

RD

ISSN: 2007-5995

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM
AÑO 4, NO. 7, JULIO - DICIEMBRE 2017



JULIO
DICIEMBRE

2017

РД

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NUEVA ÉPOCA, AÑO 4, NÚMERO 7
JULIO - DICIEMBRE 2017





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Sofia Bassi. *Sabiduria es Paz*, Facultad de Derecho, UNAM, Ciudad Universitaria, Ciudad de México.

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 4, No. 7, julio - diciembre 2017, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista@derecho.posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 20 de agosto de 2019.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA / EDITOR EN JEFE

José Manuel Guevara García

EDITOR ADJUNTO

Tania Mendoza Martínez

EDITORA ADJUNTA

Diana Erika Hernández Ríos

Mitzi Aurora Mendez Hermenegildo

Javier Cancino Jiménez

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Andrea Valencia Bermúdez

Brenda Olalde Gómez

Salvador Villaseñor Olguín

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

María Elena Mansilla y Mejía
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Lenio Luiz Streck
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, BRASIL

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, UNAM**

Tiago Gagliano Pinto Alberto

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL**

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

**UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS,
ARGENTINA**

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María José García Salgado

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Toni Roger Campione

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Leandro Vergara

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES,
ARGENTINA**

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Guillermo Enrique Estrada Adán

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, UNAM**



ÍNDICE

PRESENTACIÓN ·····	13
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	

EDITORIAL ·····	17
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

ARTÍCULOS

COMPONENTES DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD ·····	25
<i>Fausto Kubli-García</i>	

EL CAMBIO CONSTITUCIONAL, SUS VÍAS Y SU ABUSO ·····	51
<i>Sergio Enrique Abraham Rodríguez Rodríguez</i> <i>Rodrigo Brito Melgarejo</i>	

¿ES ANTICONSTITUCIONAL QUE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO SEA SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO? ·····	73
<i>Claudia Isabel Sánchez Rangel</i>	

GARANTÍAS PROFESIONALES DEL JUZGADO, EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA JURISDCCIÓN Y A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL ·····	97
<i>Manuel Augusto Castro López</i>	

EL SEMIPRESIDENCIALISMO: ¿UNA ALTERNATIVA PARA EL SISTEMA POLÍTICO MEXICANO? ·····	127
<i>Gustavo Eduardo Castañeda Camacho</i>	

REFLEXIONES SOBRE EL CONOCIMIENTO JURÍDICO ·····	147
<i>Rogelio Zacarias Rodríguez Garduño</i>	

REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COAHUILA ·····	181
<i>Armando Guadalupe Soto Flores</i>	

HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA DUPLICIDAD EN EL ASEGURAMIENTO	209
<i>Jessica Guadalupe González Posadas</i>	

LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO, UNA OMISIÓN EN SU LEGISLACIÓN	237
<i>Adolfo Eduardo Cuicláhuac Montoya López</i> <i>Jaqueline Rivas Duarte</i>	

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE	277
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

PLAN DE ESTUDIOS

PLAN DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO	299
<i>Víctor Hugo Pérez Hernández</i>	

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES	319
--	-----

PRESENTACIÓN

Nuestro Programa de posgrado comprende las maestrías en Derecho y en Política Criminal, como al Doctorado en Derecho. Nuestro Posgrado lo conforman la Facultad de Derecho, la Fes Acatlán, la Fes Aragón, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Hoy por hoy, es el posgrado más numeroso del país, con 756 alumnos y 588 tutores. Es un posgrado que forma parte del Programa Nacional de Posgrados del Calidad (PNPC) de Conacyt desde el año 2012.

La Revista del Posgrado en Derecho realiza una labor de investigación y de difusión de temas jurídicos con contenidos multidisciplinarios sobre nuestra muy compleja realidad nacional e internacional. De una comunidad tan amplia y diversa hemos recibido en esta ocasión algunas colaboraciones para el número especial de la Facultad de Derecho, la entidad que más alumnos y tutores aporta a nuestro Posgrado, con 458 alumnos de maestría, 84 de doctorado y 308 tutores. La finalidad es dar espacio a cada entidad en lo individual, de ahí la razón de llamarles números especiales.

La Facultad de Derecho impulsa este proyecto editorial con sus aportaciones, mismas que están disponibles para todo el que esté interesado en conocer nuestras visiones académicas gracias a que nuestra Revista está disponible de manera permanente y gratuita en nuestro portal del Posgrado, en derecho.posgrado.unam.mx ya que lo que más nos interesa es que la comunidad internacional de habla hispana nos conozca y nos lea.

La labor editorial de nuestro posgrado no se reduce a una sola publicación, pero esta Revista es la cara principal de nuestra tarea académica cotidiana. Es por ello que queremos hacer de esta época una que establezca nuestro compromiso social ineludible con los temas de mayor relevancia para la vida jurídica actual. Acercar el derecho a los problemas y retos complejos de la sociedad es quizá la labor

más auténtica de nuestra comunidad universitaria. Con publicaciones como esta, la Universidad también hace frente a las demandas sociales constantes.

Pero la entrega por sí misma de esta publicación no es nuestra finalidad última. Necesitamos su difusión, pero quizá también y acaso más, su crítica, que se abra al debate académico del más alto nivel, requerimos del diálogo para fortalecernos, de la confrontación de ideas para elevar nuestro nivel, del conocimiento de ciertos temas para salir de los tortuosos caminos de la simple opinión infundada, que por desgracia prevalece en los círculos mediáticos de muchas partes del mundo.

Conacyt nos pone a prueba con frecuencia mediante evaluaciones intensas de nuestros pares académicos, con los que nos ratifica o rectifica como posgrados de calidad del país. Estos ejercicios de evaluación son herramientas que nos sirven como termómetros para la introspección, para conocer nuestras fortalezas pero mucho más para identificar nuestros retos y áreas de oportunidad. La construcción de este andamiaje académico no es tarea de una sola administración, sino que forma parte del esfuerzo constante de nuestra comunidad y en las publicaciones institucionales es en donde un posgrado puede mostrar resultados palpables del camino que recorreremos y de los logros a los que aspiramos.

La calidad académica de un posgrado no se mide por el número de sus alumnos. Un posgrado de calidad es aquel que egresa mejores profesionistas y los impulsa a la vida laboral preparados para entender el mundo que lo rodea, que sepan resolver problemas, pero también que puedan transmitir su conocimiento con la responsabilidad de quienes no sólo tienen una opinión, sino el conocimiento informado sobre el tema que les ocupe, sea cual sea el campo de preferencia de sus egresados, porque es verdad que tenemos una muy amplia gama de posibilidades debido a la generosidad de nuestra profesión.

La relación alumno-tutor es indispensable para incrementar nuestra calidad. Las universidades públicas -dice Ruy Pérez Tamayo-

“cumplen con su función de distribución social del conocimiento por medio de sus programas de enseñanza, tanto de pregrado como de posgrado, y de sus actividades de difusión cultural. Cuando a través de restricciones presupuestales o de ingresos masivos de estudiantes, se rebasan las capacidades de funcionamiento óptimo, las universidades públicas disminuyen en menor o mayor grado su eficiencia para distribuir el conocimiento.”

Es por ello que nuestra labor más importante consiste en ingresar sólo a los aspirantes que cumplen nuestros estándares, a quienes nos dan ciertas garantías de que están preparados para realizar un posgrado, que no son todos, ya que un posgrado de calidad no es masivo, sino precisamente selectivo y cuidadoso en el seguimiento de sus alumnos. Un posgrado de masas no es compatible con uno de excelencia. Nuestro posgrado tiene la misión de fomentar en nuestros alumnos las capacidades de difusión del conocimiento, a través de la elaboración de más y mejores artículos académicos.

Quien aspira a hacer una maestría o un doctorado requiere de habilitar sus competencias de redacción para presentar más y mejores análisis profesionales en las diversas publicaciones disponibles. En nuestra Revista aspiramos a contar con más publicaciones de nuestros tutores y alumnos, pues en la mejora de la calidad de las mismas es en donde vamos a fortalecer mucho más nuestro posgrado. Es en la Facultad de Derecho donde se encuentra el mayor número de alumnos y de tutores, que pueden ser una gran cantera disponible que nos permita hacer realmente la diferencia como un posgrado de calidad como el que requiere nuestro país.

Esperamos que esta entrega especial cumpla las expectativas académicas de nuestra comunidad y que sus colaboraciones propicien un mayor análisis y diálogo sobre los temas que en ella se tratan.

Dr. Carlos H. Reyes Díaz
COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
UNAM

EDITORIAL

Para la Revista del Programa de Posgrado en Derecho es fundamental la generación de nuevo conocimiento, así como la difusión del mismo, incentivando principalmente la participación de la comunidad universitaria a través de cuatro números especiales de la Revista y que cuentan con la colaboración de las cuatro entidades participantes; la Facultad de Estudios Superiores Aragón, la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho, esta última, nos presenta temas interesantes que aportan a la discusión jurídica y, que cierran de una manera magnífica los números especiales, vinculando y fortaleciendo lazos entre profesores y alumnos, encontrando así, algunos artículos novedosos publicados de manera conjunta.

En este número especial, se ha incorporado una entrevista que realizamos al distinguido Dr. Raúl Contreras Bustamante, Director de la Facultad de Derecho, quien nos compartió su experiencia desde las diferentes facetas en las que conoce a la Facultad de Derecho, desde su formación como alumno, su trabajo y proyectos como Director de la Facultad de Derecho, y finalmente, como profesor de la misma, los proyectos académicos en los que ha participado, así como sus líneas de investigación.

A continuación, me permito realizar una breve síntesis de los diversos artículos que se presentan en este número especial de la Revista:

El doctor Fausto Kubli García, profesor de la Facultad de Derecho con su artículo “Componentes del Derecho a la Privacidad” hace una propuesta en la que se deben tomar en cuenta tres dimensiones para el derecho a la privacidad: la mínima injerencia del poder público tanto en la dinámica como en las relaciones de las personas en la órbita privada; el marco jurídico sobre protección de los datos personales; y la garantía y respeto al libre desarrollo de la

personalidad. En esta trilogía se podrían incorporar todas las instituciones que derivan del orden jurídico que de alguna manera regulan o atienden a la privacidad de las personas, enmarcando o proponiendo un concepto objetivo de derecho a la privacidad.

El maestro Sergio Enrique Abraham Rodríguez Rodríguez, quien fue alumno del doctorado en derecho y el doctor Rodrigo Brito Melgarejo, profesor de la facultad y tutor de nuestro programa de posgrado en derecho, presentan el artículo “El cambio constitucional, sus vías y su abuso”, en el que realizan un análisis de nuestra constitución, y señalan que no es claro si esa dinámica en los procesos de reforma constitucional ha tenido los efectos que buscaban quienes propusieron las modificaciones a la norma fundamental o si, por el contrario, los cambios constitucionales que han tenido un verdadero impacto en la vida social en el país son producto de un proceso de evolución complejo derivado de otras prácticas distintas al procedimiento contemplado en el artículo 135 constitucional y, en consecuencia, el gran número de reformas que ha experimentado la Constitución no es sino el reflejo de la falta de madurez de nuestra democracia.

El artículo “¿Es anticonstitucional que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no sea susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*?”. escrito por la maestra en derecho Claudia Isabel Sánchez Rangel, en el que analiza si la jurisprudencia aplica el control de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, ya que pareciera que va en contra de los artículos 1° y 133 Constitucional.

El maestro Manuel Augusto Castro López, presenta el artículo “Garantías Profesionales del Juzgador, el derecho constitucional a la jurisdicción y la independencia judicial”, en el que analiza lo establecido en el artículo 94 párrafo décimo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se prevé en favor de los juzgadores derechos profesionales derivados del principio de independencia judicial, como son carrera profesional,

permanencia y estabilidad económica, que les permitan que actúen como contrapeso imparcial a los demás poderes de la unión.

Por su parte, el maestro Gustavo Eduardo Castañeda Camacho, hace una aportación con su artículo “El semipresidencialismo: ¿Una alternativa para el sistema político mexicano?” en donde nos explica que los sistemas parlamentario y presidencial son formas de gobierno dentro de los regímenes políticos democráticos y que México se encuentra en los preludios de una transición de gobierno que se presenta ambivalente ante sus gobernados, al despertar sentimientos opuestos en la misma ciudadanía y que llenan de una gran incógnita, así bien, en el presente artículo el autor busca dilucidar qué régimen político sería más conveniente para nuestro país: ¿el presidencialismo, el parlamentarismo o acaso el semipresidencialismo?

El doctor y profesor de la División de Estudios de Posgrado, Rogelio Zacarías Rodríguez Garduño realiza un análisis en el que explica la forma en que se ha pensado con respecto a la utilidad del conocimiento de lo jurídico, mediante la reflexión de los siguientes cuestionamientos: ¿en qué momento se ha estudiado con profundidad el conocimiento jurídico? y ¿cuándo ha sido con superficialidad?

El doctor Armando Guadalupe Soto Flores, Jefe de la División de Estudios de Posgrado presenta el artículo, “Reflexiones sobre la Historia Constitucional de Coahuila” en el que nos relata que derivado de la falta de registro escrito, la historia de Coahuila comenzó hasta la época de la colonia. Su ocupación no comenzó sino a finales del siglo XVI, primero con pequeños poblados, los cuales eran constantemente asediados por los chichimecas y apaches, y posteriormente a través de las misiones de sus primeras poblaciones surgió el primer hombre que tomó relevancia en otro de las provincias de Oriente: Miguel Ramos Arizpe, quien fungiría como diputado a las Cortes extraordinarias en Cádiz. Luego de su independencia, Coahuila volvió a unificarse con otra entidad, esta vez con Nuevo León. El estado sería separado por Benito Juárez, y a partir de ese instante Coahuila

regularía su propio destino. El 5 de febrero de 1918, siguiendo el mandato de Venustiano Carranza, Coahuila se dio su propia constitución social, vigente hasta la fecha.

El artículo “Hacia la universalización de la seguridad social en México: Análisis Jurídico de la problemática que genera la duplicidad en el aseguramiento.” que presenta la maestra Jessica Guadalupe González Posadas, egresada de la maestría en Derecho, nos explica que en nuestro país la seguridad social es concebida como un derecho obrero, garantizado por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción XXIX del apartado A y las fracciones XI y XIII del apartado B; situación que per sé genera una delimitación de su cobertura, así como de su financiamiento, constriñéndose a la población económicamente activa. En consecuencia, el sistema de seguridad social mexicano se ha manifestado, desde su concepción, como un régimen limitado -debido a la falta de universalidad en su cobertura- y fragmentado -ante la multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de los servicios públicos correspondientes- que, a últimas fechas, puede calificarse además como desfinanciado, por la escases de reservas suficientes para garantizar su sustentabilidad. Tales vicios primigenios han propiciado una duplicidad en el aseguramiento -entendida ésta como la doble o hasta triple cobertura de un mismo individuo respecto de las diversas instituciones que prestan estos servicios de solidaridad social-, así como una inadecuada interpretación y aplicación de las legislaciones existentes en materia de seguridad social por los operadores jurídicos; causando un detrimento directo de las finanzas que soportan nuestro tambaleante sistema de seguridad social.

Finalmente, el doctor Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López y la maestra Jaqueline Rivas Duarte, presentan su artículo, “La alienación parental y su regulación en México, una omisión en su legislación.”, analizan si la falta de reconocimiento científico de la alienación parental como un síndrome o en su caso un exceso en

su sanción, es o no, motivo suficiente para omitir su regulación en la legislación nacional; o bien, si la alienación parental existe como una conducta actual, misma que puede ser corroborada mediante dictámenes psicológicos u otros métodos, y por tanto, existe la necesidad de su regulación, también propone un análisis respecto de la imposición de medidas o sanciones, a todas aquellas personas que incurran en conductas de alienación parental.

Ya habiendo introducido de una forma breve la participación de los autores, podemos concluir que este número especial, le ofrece al lector diferentes temas relevantes, que van desde historia del derecho hasta cuestiones procesales.

Deseo que este último número especial de la Revista sea de interés del lector, pero sobre todo, tenga un aporte significativo que ayude a generar un dialogo constructivo y fomente la creación de nuevo conocimiento.

Dra. Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA DE LA REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>.

ARTÍCULOS



COMPONENTES DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

COMPONENTS OF THE RIGHT TO PRIVACY

FAUSTO KUBLI-GARCÍA¹

RESUMEN: A pesar de las extensas fuentes documentales que existen en materia de derecho a la privacidad, en este trabajo pretendemos hacer algunas aproximaciones metodológicas al contenido y alcance de esta rama compuesta del Derecho. En la propuesta sostenemos que se deben tomar en cuenta tres dimensiones para su entendimiento: la mínima injerencia del poder público tanto en la dinámica como en las relaciones de las personas en la órbita privada; el marco jurídico sobre protección de los datos personales; y la garantía y respeto al libre desarrollo de la personalidad. En esta trilogía podríamos incorporar todas las instituciones que derivan del orden jurídico que de alguna manera regulan o atienden a la privacidad de las personas, enmarcando o proponiendo un concepto objetivo de derecho a la privacidad al que podríamos agregar una idea subjetiva de derecho a la privacidad. También destacamos la importancia que reviste definir el contexto en el que las relaciones transgreden la privacidad, las cuales pueden ser entre el poder público y los particulares o entre particulares.

PALABRAS CLAVE: *Derecho a la privacidad, derechos fundamentales, libertades fundamentales, libre desarrollo de la personalidad, protección de datos personales.*

ABSTRACT: Despite the extensive documentary sources that exist in terms of right of privacy, in this work we intend to make some methodological approaches to the content and scope of this branch composed of Law. In the proposal we argue that three dimensions must be taken into account for its understanding; the minimum interference of public power in both in the dynamics and relationships of people in the private orbit; the legal framework on protection of personal data; and the guarantee and respect for the free development of personality. In this trilogy we could incorporate all the institutions that derive from the legal order that in some way regulate or address the privacy of people, framing or proposing an objective

¹ Profesor de carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM de materias de la Licenciatura y del Posgrado. Comentarios al correo electrónico <faustok@unam.mx> y al Twitter <@Faustokubli>

concept of the right to privacy to which we could add a subjective idea of the right to privacy. We also highlight the importance of defining the context in which relationships transgress privacy, which may be between public power and individuals or between individuals.

KEYWORDS: *Right to Privacy, Fundamental Rights, Fundamental Freedoms, Free Development of Personality, Personal Data Protection.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Mínima injerencia justificada y legal; III. La protección de los datos personales; IV. Libre desarrollo de la personalidad; V. Consideraciones finales; VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

La palabra privacidad (lat. *privātus*) hace referencia a algo que se opone a lo público, que se encuentra fuera del escrutinio, asimismo, algo que pertenece o es usado solamente por alguna persona o grupo; de igual manera, algo que ha sido marginado o se ha quitado la pertenencia. Como otros conceptos relacionados con los valores humanos, la privacidad tiene en su delimitación aspectos de vaguedad,² por ello nos dimos a la tarea de llevar a cabo este ejercicio de buscar una serie de aproximaciones para comprenderla, al menos, de manera jurídica. En este sentido, para allegarnos a este objetivo, lo inmediato es reconocer que la privacidad es un principio. Como principio jurídico, con naturaleza abstracta, pretende, por un lado, ser el punto de partida para crear una instrumentación posterior y, por otro lado, ser fundamento, causa, de las normas sobre privacidad.

² Bloustein Edward, *Privacy as an Aspect of Human Dignity*, en *New York University Law Review*, NYU, Volumen 39, 1964, página 1001. El profesor Bloustein considera que “Las palabras que se usan para identificar y describir los valores básicos humanos son necesariamente vagos y las peores en definir. Están compuestas por profundos deseos y esperanzas que por un lado, hay aspectos empíricos y psicológicos humanos difíciles de retener, y por otro lado, nuestros objetivos sociales se adecuan más a lo que pronuncian profetas y poetas que a lo que digan los profesores. Tenemos la fortuna, entonces, de que algunos de nuestros jueces tienen visión de profeta y lengua de poetas.” *The words we use to identify and describe basic human values are necessarily vague and ill-defined. Compounded of profound human hopes and longings on the one side and elusive aspects of human psychology and experience on the other, our social goals are more fit to be pronounced by prophets and poets than by professors. We are fortunate, then, that some of our judges enjoy a touch of the prophet’s vision and the poet’s tongue.*

En el caso del derecho a la privacidad, como un concepto jurídico, la connotación se orienta hacia la esfera personal, al conjunto de normas que abordan, gestionan o regulan este estadio propio de las personas. De esta manera, una primera aproximación la proponemos al definir al *derecho objetivo a la privacidad*, como todas las disposiciones del orden jurídico nacional, de fuente interna o internacional, constitucionales, legales, reglamentarias o jurisprudenciales que atañen, inciden o se refieren a la privacidad de las personas en tres dimensiones, esto es, los derechos relacionados con la injerencia mínima del poder público en las relaciones particulares, la protección de los datos personales y el libre desarrollo de la personalidad. A partir de esta definición se puede elaborar un entramado de todas las normas relacionadas, pero que también se incorporan desde el punto de vista de las relaciones intersubjetivas, sean público-privadas o meramente privadas. De la misma manera, se incorporan las asociaciones con otros derechos enfrente del poder público como el principio de legalidad, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad.³

En el desarrollo de esta breve investigación procede hacer una distinción conceptual entre los términos de “intimidad”, “privacidad”. Si bien existe un hilo conductor entre estas voces, en este texto se propone la utilización de conceptos jurídicos de fuente judicial. Esto es, son las resoluciones judiciales, las sentencias de las cortes las que dan luz al contenido y alcance de estos vocablos. Sin embargo, podríamos establecer una gradualidad en tanto la “intimidad” está asociada con la “privacidad” de una manera más profunda, por ejemplo, existe un proyecto de *Ley de Protección a la Intimidad*⁴ que castiga la difusión de pornografía no autorizada. De esta manera, se coloca al concepto de “intimidad” como características, conductas mucho más internas y privadas que las demás.

³ En principio, consideramos a la intimidad como una parte de la privacidad, en el entendido de que lo íntimo responde a algo o alguien cercanamente a la persona.

⁴ Esta ley pretende criminalizar la exposición no autorizada de imágenes y videos con contenido sexual. Intimate Privacy Protection Act Recuperado el 13 de septiembre

Añadimos a esta delimitación, el marco teórico de referencia que parte de la propuesta de Ferrajoli en el ámbito de los derechos fundamentales.⁵ Al respecto, el enfoque sistémico de funcionamiento de los derechos fundamentales entorno a la privacidad, la democracia como un elemento sustantivo de este tipo de derechos, la supranacionalidad, la definición normativa y sus garantías procesales. Por consecuencia, una aproximación secundaria la podríamos enmarcar como el *derecho subjetivo a la privacidad*, vista a la persona como titular de derechos, es decir, el conjunto de normas jurídicas que reconocen y brindan alguna prerrogativa, facultad, atribución a las personas de resguardar elementos de su vida, su entorno inmediato, basadas en la libertad y en los límites autoimpuestos. En este tenor, la transgresión de los límites autoinferidos por las personas a su medio entran en el campo de las responsabilidades, tal y como lo abordamos en este trabajo.

Es importante resaltar que el derecho a la privacidad está constantemente en desarrollo, sobre todo en el escenario actual de *hipercomunicación*, no es un sistema normativo acabado, incluso en sistemas notablemente evolucionados en este tema, como el británico o el alemán.⁶ Por ejemplo, las tecnologías de la información han hecho repensar tanto a los teóricos como a los practicantes los modelos jurídicos que regulan la privacidad. Se añade también al fenómeno el contenido económico que hoy en día tiene la información, entre ella, la información relacionada con la privacidad de las personas, que es el insumo principal para generar publicidad focalizada. También este escenario ha impactado en otras dimensiones de la privacidad, como la relacionada con las distintas responsabilidades que pudieran generarse en redes sociales y medios de comunicación masiva.

Figuran en esta investigación una serie de elementos teóricos y prácticos que pretenden consolidar la argumentación sobre la naturaleza y aproximación metodológica que se desarrolla en torno al derecho a la privacidad. En varias partes, tomamos en cuenta decisiones judiciales que pretenden

de 2018, de https://speier.house.gov/sites/speier.house.gov/themes/jackiespeier/images/IPPA_Final.pdf

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del mas débil*, Editorial Trotta, 2002, pp. 15-35.

⁶ *Vid.* O`Callaghan Patrick, *Refining Privacy in Tort Law*, Reino Unido, Ed. Springer, 2013, pag. 184.

conceptualizar este derecho o partes de este derecho. Nos allegamos a la jurisprudencia angloamericana como un apoyo indiscutible, dado que la tradición del *case law* es un referente por su conceptualización. En muchas ocasiones las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, además de resolver conflictos, generan condiciones posteriores que sirven de herramientas para la instrumentación de políticas públicas. De ahí por supuesto la justificación que encontramos para tomar esas referencias.

Sin lugar a dudas, existen muchas propuestas en torno a la idea de privacidad, desde el punto de vista social, como un acercamiento antropológico, e incluso, dentro del derecho hay una variedad de formas. Hay tendencias teóricas que han reposado a la privacidad en una composición de intereses que se refieren a la reputación personal, a la tranquilidad emocional y a una especie de propiedad intangible.⁷ Al respecto, se han ido superando varias concepciones que se tenían sobre la privacidad, entre ellas, las que la relacionaban como un nivel de propiedad personal. En esta propuesta, no hacemos una reflexión exhaustiva particular de todas las normas relacionadas con la privacidad. Nuestro objetivo es señalar una metodología que consista en identificar en tres conjuntos a las normas relacionadas con la privacidad a partir de elementos teóricos, pero también prácticos, constitucionales, legales y jurisprudenciales. Como objetivo de esta investigación, establecemos de manera elemental los componentes del derecho a la privacidad. Consideramos que las normas sobre privacidad las podemos circunscribir por su naturaleza a tres tipologías basadas en la injerencia a la esfera personal, la información personal y las decisiones personales.

⁷ Prosser William M, Privacy, California Law Review, Volumen 48, Número 3, Agosto de 1960, pp. 383-423.

Componentes del derecho a la privacidad⁸

El primer tipo de normas a que nos referimos son aquellas que facultan algún tipo de injerencia sobre la vida privada, en especial sobre los bienes materiales y próximos de las personas. Sin duda, a este tipo de normas corresponde un extenso surtido de disposiciones a partir del significado de “injerencia”, cuya dimensión es altamente extensa. Sin embargo, son los primeros rasgos de los derechos humanos, basados en las libertades, los que le dan vida a esta idea de protección a la vida privada. Es la libertad individual que recorre un tipo de disposiciones jurídicas que permiten mínimamente la intromisión del poder público en la vida de las personas. En este sentido, la libertad que es el eje rector se simplifica en normas jurídicas que justificadamente atienden a la intervención mínima, expresada desde distintas ópticas.

En segundo lugar, nuestra propuesta aborda a otro conjunto de normas jurídicas relacionadas con la privacidad en términos de la titularidad y disponibilidad de la información personal. Nos referimos al marco normativo de la protección de datos personales que atiende a concebir a la información personal como un elemento indisoluble de la persona, quien es el titular de la información que circunda a su alrededor y que solamente él tiene

⁸ Cuadro elaborado por la pasante Sofía Morín Pérez, ayudante de investigación en la Facultad de Derecho.

el derecho a fijar el destino de su información. La confidencialidad de la información se refiere directa e inmediatamente a la privacidad, traducida en la proscripción de acceso no autorizados a los datos de una persona.

La tercera dimensión que proponemos como aproximación metodológica del derecho a la privacidad se refiere al conjunto de normas relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad. Esta se traduce en la serie de decisiones que tiene cada persona para preferir determinada conducta y aunque podríamos encasillar estas normas como “injerencistas”, consideramos que tienen sus propias particularidades, en principio por la referencia individualista que tiene este concepto. Esta individualidad está ceñida a la propia persona, decisiones que afectan directamente a ella y que no tienen repercusiones sobre el bien común o que afecten en su esfera de derechos a terceros. Asimismo, se trata de normas que hacen una interferencia decisional, mas de carácter ideal que material.

II. MÍNIMA INJERENCIA JUSTIFICADA Y LEGAL

El término que empleamos como “mínima injerencia” es la base y el sustento de las relaciones entre el poder público y los particulares. Se trata también del mecanismo orientador en términos jurídicos de la libertad en estos términos. Cabe destacar que sus orígenes son remotos y podríamos ubicarlo desde la *Carta Magna* de 1215, dado que se inscribe en su funcionamiento el célebre principio de legalidad que pretende otorgar certeza a las personas con respecto a la actuación del poder público. Sin lugar a dudas, el principio de legalidad se asocia a otros conceptos como la rendición de cuentas, el estado de derecho, sin embargo, en este trabajo lo abordamos desde el punto de vista del que consideramos el derecho a la privacidad.

La injerencia del poder público en la vida privada puede ser orientada por ideas paternalistas. En este sentido, el paternalismo como base de la construcción de políticas públicas se refiere a la posibilidad de entrometarse en la vida de la población, afectando su voluntad. Cabe destacar que existen distintas tipologías en la que el paternalismo puede ser concebido. Existe la idea del *paternalismo rígido* en la que existe una alta proclividad

a la intervención del poder público en las relaciones de los particulares. Por otro lado, el *paternalismo suave* establece un límite más restringido de interferencia y solamente se hará cuando no sean actos voluntarios y conscientes. De igual manera, hay *paternalismo amplio*, el cual se refiere a la acción integral, esto es, a llevar a cabo acciones tendientes a la satisfacción de derechos sociales de campo de acción restrictivo. Por su parte, el *paternalismo restrictivo* solamente responde a la coerción del Estado.

Por otro lado, están el *paternalismo fuerte* y el *paternalismo débil*, en este sentido la debilidad significa que se podrán interferir en las personas en los medios que escogen para lograr sus fines, por su parte la fortaleza del paternalismo considera que las personas toman malas decisiones y por ello se legitima la injerencia. De igual manera, hay *paternalismo puro* que se refiere a la interferencia de un cierto sector de la población, mientras que en el *paternalismo impuro* la intervención es a un sector más amplio. Finalmente el *paternalismo benefactor* y el *paternalismo moral*, el primero se traduce en las condiciones que puede proponer el poder público para que una persona tenga óptimo desarrollo psico-social; sin embargo, el *paternalismo moral* hace referencia cuando una medida de esa clase tiene una carga moral al respecto.⁹

Proponemos la aproximación al derecho a la privacidad en tanto, en determinados y reducidos casos, está justificada y legalizada la intervención del poder público en las relaciones de los particulares, es decir, en la vida privada. De esta manera, la expresión más liberal que encontramos en la Constitución mexicana está incorporada en el artículo 16 al tiempo de establecer como norma general “Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones...” Al respecto, la libertad se traduce en dejar a la población tomar sus propias decisiones en tanto no transgredan la esfera de derechos de los demás y por supuesto el orden jurídico. De ahí derivan varios cuestionamientos, ¿qué tan extenso es el concepto de “propias decisiones”?, la respuesta se contesta caso por caso, de manera concreta en términos específicos.

⁹ Dworkin, Gerald, “Paternalism”, en Edward N. Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Ed. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Recuperado el 14 de enero de 2019 en <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/paternalism/>>.

Dentro de nuestra propuesta circunscribimos algunos elementos básicos para comprenderla. En primer lugar, en este apartado, estamos haciendo referencia a las relaciones entre poder público y particulares; en segundo lugar, es posible que se pueda interferir en la vida privada de las personas; en tercer lugar, subrayamos que esa interferencia debe estar ampliamente justificada; en cuarto término, la justificación de la interferencia en la vida privada debe estar incorporada en alguna disposición del orden jurídico.

El papel del derecho ante los particulares reposa en la libertad; la privacidad y todas las disposiciones que se asocian a ella están determinadas por este concepto. Discutida por miles de años, desde Aristóteles hasta Locke e incluso en la actualidad,¹⁰ la libertad se ha visto de manera positiva como la forma de autodeterminarse, sin embargo, dentro de las relaciones entre el Estado moderno democrático, basado en derechos y libertades, la óptica de este concepto es distinta. En este sentido, la libertad personal, que incluye el entorno y los ámbitos de desarrollo de los individuos puede ser objeto de intromisión por parte de las instituciones del poder público. Esta intromisión, injerencia o intervención es dada en principio para lograr los fines propios del Estado, entre ellos el bien común. Esto es que el sacrificio de la individualidad al permitir la injerencia pública gravita de manera directa (o al menos así debiera) en el interés público, el mismo patrón y base con el que se construye el orden jurídico.

Por su parte, la injerencia del poder público en las relaciones de los particulares puede expresarse en prohibiciones, cargas, limitaciones, imposiciones. En todo caso, las intervenciones en la vida particular conllevarán a que la autodeterminación esté restringida por razones justificadas. Por ejemplo, los delitos incorporados en los códigos penales justifican la actuación del poder público, de igual manera, la intromisión a través de diligencias e investigaciones en la vida particular para esclarecer y responsabilizar al que contravino lo establecido en las disposiciones penales. En

¹⁰ Véanse el concepto de “Libertad” en Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 738-747.

este ejemplo, la “intromisión” que significan una serie de actos de molestia están dentro de la razonabilidad de la actuación del poder público. El daño social que provoca la delincuencia es la base y fundamentación suficiente para poder transgredir de manera dirigida y legal a la libertad de las personas, es decir, en muchos casos a la privacidad. Dese este punto de vista, el cateo se convierte en una ecuación de intervención justificada; y la actuación policial es corroborada de manera judicial, dado que pretende garantizar la seguridad jurídica, la cual en el fondo reposa en la libertad.

Los impuestos son otro buen ejemplo de cómo se puede manifestar la intervención del poder público en la vida privada. La riqueza que generan las personas, la cual es producto de su esfuerzo físico y mental, es tasada en un porcentaje para cubrir el gasto público, esta intervención encuentra su justificación en la aplicación de estos recursos en beneficio de todos, que sin dudas es una idea de interés público. De esta manera, también emana la idea de rendición de cuentas inscrita en la aplicación de los recursos que las propias personas han proporcionado para que se lleven a cabo los fines tales como la salud, la seguridad, los servicios públicos, la impartición de justicia, entre otros.

En suma, cualquier disposición que faculte a la autoridad pública a llevar a cabo injerencias en la vida privada de las personas debe estar basada en lo que consideramos una *justificación primaria*.¹¹ Consideramos a ésta como el conjunto de razonamientos del orden primario, en virtud de tratarse de la base, el origen de el derecho positivo. Las exposiciones de motivos en las leyes contienen estas justificaciones primarias que se componen de una serie de argumentos del *porqué* debe promulgarse la ley que se expide. Es importante resaltar que las justificaciones primarias normalmente obedecen a lo políticamente razonable, sin embargo el argumento en contra de una ley, esgrimiendo la erosión o pérdida de la libertad, debe considerarse en el cuerpo de las motivaciones. Ahora bien, la justificación primaria no es un trabajo acabado, estático, puede ser debatirse, aún después de incorporarse a la letra de la ley. De hecho cuando se discute en las cortes supremas la constitucionalidad o no de una norma, se replantea la

¹¹ Es necesario aclarar que consideramos como *justificación secundaria* la motivación de

justificación primaria y su compatibilidad con el régimen constitucional.

Es importante resaltar que el derecho a la privacidad en muchos escenarios está rodeado de complejidad, cuyas respuestas no son sencillas, dado que no hay una regla general que establezca el sentido de una decisión, esto es, siguiendo a Dworkin,¹² susceptible de florecer casos difíciles. Como ejemplo de la dimensión que proponemos -como una de tres partes del derecho a la privacidad- cabe mencionar el régimen jurídico de la geolocalización, que en México está establecido en el artículo 303 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, el cual facultaba a las procuradurías y fiscalías el acceso a los datos de posición de los teléfonos móviles.

En un principio, merced al artículo 303, la geolocalización podría ser solicitada por el ministerio público (local o federal) directamente a los concesionarios y permisionarios de las telecomunicaciones, lo cual fue impugnado por el entonces IFAI y la CNDH.¹³ En las demandas se arguyó que este modelo violaba el derecho a la privacidad en virtud de que consistía en un acto de molestia que no era validado por un juez. En el esquema liberal democrático expuesto, la intervención a la privacidad puede darse siempre y cuando sea validada, corroborada por el poder judicial, es decir, bajo controles judiciales.

Es importante destacar que antes de dictar sentencia, el artículo 303 fue reformado,¹⁴ incorporando la participación de los jueces de control en la intervención de los aparatos electrónicos susceptibles de ser localizados por el sistema de Posicionamiento Global, lo cual obedece a

la ley exigida en todo acto de autoridad, es decir el arco narrativo que se debe expresar para la operatividad legal. En suma la *justificación primaria* es la base y el principio de la existencia de las leyes y la *justificación secundaria* opera en la aplicación de la norma ya existente.

¹² Dworkin, Ronald, Hard Cases, en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.

¹³ Sentencia de las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 acumulada promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 14 de enero de 2019 en la siguiente cibergrafía http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2014_10_Demanda.pdf

¹⁴ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016. Recuperado el 14 de enero de 2019 en la siguiente cibergrafía http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441763&fecha=17/06/2016

parámetros proporcionales y razonables que deben guiar la transgresión de la privacidad. En sus resoluciones la Corte tuvo la disyuntiva de validar la intervención sin control judicial en casos urgentes, finalmente el artículo 303 -que estuvo vigente del 2014 a junio de 2016- fue declarado inconstitucional, entre otras cosas porque no acotaba a un determinado tipo de delitos (delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestros, extorsión y amenazas).

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

La segunda esfera de disposiciones consideradas dentro del universo del derecho a la privacidad son las relacionadas con la protección de los datos personales. La asociación que existe entre determinada información concerniente a una persona es el conjunto de datos personales. Dentro de esta dimensión hay un caudal de disposiciones jurídicas que reconocen tanto la titularidad de los datos personales, como un sistema de responsabilidades. Cabe destacar que la protección de datos personales está considerada como un derecho humano fundamental, oponible *erga omnes*, es decir, ante cualquier institución pública y ante sujetos privados. Otro elemento que se debe señalar es el del contexto de las tecnologías de la comunicación que, en esta área, también ha impactado notablemente. El incremento en la digitalización de datos y el conocimiento generado en las tecnologías de la información han permitido que tanto instituciones públicas, como privadas accedan y recolecten información personal sobre consumidores y ciudadanos. Esto es de resaltar, dado que se ha generado un intenso mercado de datos personales en el que la información se convierte en un objeto de comercio.

La naturaleza particular e independiente de las disposiciones sobre datos personales es evidente, aunque relacionadas con los otros componentes del derecho a la privacidad, tienen su propio estatus y se enfocan a determinar el manejo de la información confidencial, cuyo significado recae en la definición legal clásica de los datos personales.¹⁵

¹⁵ La definición legal más aceptada es la siguiente: "Cualquier información concer-

Consideramos en este universo tres tipos de disposiciones de distintas fuentes en torno a la protección de datos personales. En principio, las *normas sustantivas* que le dan titularidad a las personas sobre una serie de derechos subjetivos que se asocian a sus datos personales; en segundo lugar, las *disposiciones procesales-institucionales* que instrumentan el manejo y gestión de datos personales; y un tercer conjunto de normas relacionadas con el *régimen de responsabilidades* que pudiere surgir por el rompimiento de la confidencialidad.

La relación de la protección de los datos personales con la privacidad es evidente, el lenguaje que se utiliza, básicamente se refiere a la confianza en depositar en alguien determinados datos. De hecho, “confidencial”, tiene en su raíz etimológica la expresión “con confianza” (*con+fide*), justo se refiere a que esa confianza se cumpla en el momento en que se entregue determinada información. Las normas de protección de datos personales en casi todas las latitudes no autorizan la disposición de la información en tanto no sea consentida por el titular y castigan el rompimiento de la confidencialidad porque se invade la privacidad.

De manera sustantiva, las normas de protección de datos personales pretenden, o tienen como objetivo, que las personas físicas tengan pleno control de su información. En este control se encuentra incorporada la voluntad, el consentimiento de la persona de querer compartir o no su información personal. De esta manera, las disposiciones que hay en torno a los datos personales encuentran un diferenciador de acuerdo a la naturaleza de las entidades que las piden y poseen, es decir, públicas y privadas. En todo caso, el titular de los datos personales tendrá los derechos inherentes y reconocidos por la Constitución mexicana en el segundo párrafo del artículo 16, los derechos ARCO:

...

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de da-

niente a una persona física identificada o identificable.”

tos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

...

Estos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) son la instrumentación práctica del control de los datos personales señalados. Cada una de estas prerrogativas –que tienen los titulares de los datos personales– se enmarcan en una facultad distinta con respecto a los datos personales. El *derecho de acceso* se ejerce por el titular y consiste en la solicitud que se lleva a cabo sobre sus datos personales, así como la fuente de la que fueron recabados, el manejo que se hace de ellos, las transferencias que se hayan hecho de ellos y el acceso al aviso de privacidad; por su parte, el *derecho de rectificación* se entiende como la facultad que tiene el titular de sus datos personales de solicitar la corrección de ellos cuando sean imprecisos, inexactos, inadecuados, incompletos; en otro tenor, el *derecho de cancelación* se traduce en la facultad que tienen las personas de solicitar la eliminación de sus datos de la base o contenedor en el que estén depositados; finalmente, el *derecho de oposición* se ejerce por el titular de los datos personales cuando no se está de acuerdo con el tratamiento que se les está dando, es decir, la finalidad por los que fueron recabados, la cual debiera estar en concordancia con el consentimiento de la persona.

Por otro lado, dentro de los derechos sustantivos inherentes a los datos personales se encuentran los que los categorizan en datos ordinarios y sensibles. Dependiendo el grado de intimidad, los datos personales podrán ser reconocidos y deberán sujetarse a disposiciones diferenciadas sobre acceso, gestión y tratamiento. Por datos sensibles se entienden los relacionados con la salud de las personas, su origen étnico, sus orientaciones sexuales, sus preferencias políticas, la información genética. Un elemento diferenciador de los datos sensibles, dado que la enunciación anterior no es exhaustiva, es que se refiere a cualquier información que pudiera provocar alguna conducta discriminatoria en el titular de los datos.

Adyacentes a los derechos sustantivos sobre protección de datos personales se encuentran las *disposiciones procesales-institucionales*. Distin-

guimos a este tipo de normas de las otras, dado que su naturaleza se refiere al ejercicio de las disposiciones sustantivas, en el sentido de crear procedimientos, organismos, para gestionar, administrar y procurar un tratamiento apropiado de los datos personales. En este sentido, tanto en el ámbito público como en el privado, la gestión de los datos personales cobra importancia y las leyes en todo caso imponen restricciones y la creación de avisos de privacidad, que fungen como el instrumento indispensable para recolectar datos personales.

En el ámbito público se han creado sistemas de gestión de datos personales para brindar seguridad en el tratamiento de la información de las personas. En este sentido, las entidades públicas deben tener una serie de lineamientos preventivos y seguros que garanticen que los datos personales serán utilizados para los fines por los que han sido recabados y no sean compartidos en el marco de las solicitudes de acceso a la información, o bien extraídos informalmente de las bases de datos en los que están contenidos. En México el derecho aplicable a estos casos, además de las disposiciones constitucionales, se encuentran en la *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*.¹⁶

Por otro lado, en el orden jurídico mexicano también se ha dado un despliegue importante de normas que protegen la privacidad de las personas ante particulares. Para tales efectos se cuenta con la *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*,¹⁷ que tiene por objeto regular el tratamiento de los datos personales con la intención de que sea controlado e informado y así salvaguardar la privacidad de las personas y el control –que la *Ley* llama autodeterminación– de la información personal.

A pesar de leyes y reglamentos que existen en materia de privacidad, los medios de comunicación socio-tecnológicos representan un enorme desafío. En la actualidad hay un importante contenido económico de los datos perso-

¹⁶ *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de enero de 2017. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgpdppso.htm>

¹⁷ *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*, publicada el 5 de julio de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/123648/Ley_Federal_de_Proteccion_de_Datos_Personales_en_Posesion_de_los.pdf

nales, otra de las características de este nuevo paradigma de comunicación. Aunado a lo anterior, se estima que el 90 por ciento de los adolescentes son usuarios de redes sociales,¹⁸ y cada vez son más sofisticadas las formas en que se invade a la privacidad, desde el teléfono móvil, la computadora y hasta los televisores pueden estar invadiendo el ámbito íntimo de las personas.¹⁹ Esta invasión normalmente está consentida por los usuarios de los medios electrónicos, pero también normalmente desconocen que están siendo escuchados, seguidos y hasta observados en sus casas.

Las circunstancias que existen en torno a la protección de datos personales son complejas, por lo mismo el sistema de responsabilidades debe tener una gran cantidad de elementos. En este sentido, se han delimitado cuatro momentos en los que se pueden producir responsabilidades en materia de protección de datos personales: *recolección*, *procesamiento* y *difusión*.²⁰ En todo caso, en toda esta dimensión de la privacidad gira el consentimiento al respecto, es decir, sin consentimiento se conflagra el acto ilícito, la intromisión en la privacidad.

La *recolección* de datos puede ser ilícita aunque no exista la divulgación de ellos. Básicamente, puede darse por *vigilancia* o por *interrogatorio*. La *vigilancia* puede tener muchos fines, como el control social, que tendría, en principio vocación preventiva y persecutoria de los delitos, pero también puede restringir la libertad personal; por otro lado, la *vigilancia* también puede dar como resultado la posibilidad de crear publicidad dirigida y precisa. Por su parte el *interrogatorio*, hay que tomarlo en sentido amplio, es decir, la recolección de datos en cualquier circunstancia a partir del llenado de formularios, encuestas o en los trámites ante alguna instancia, pública o privada. En estos casos la ley es clara con el aviso de privacidad como el instrumento idóneo para llevar a cabo la recolección de datos personales.

¹⁸ Sánchez Abril, Patricia, et al. "Health Privacy in a Techno-Social World: A Cyber-Patient's Bill of Rights", en *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, número 6, Verano, 2008, pp. 244-277.

¹⁹ Maheshwari, Sapna, "That Game on Your Phone May Be Tracking What You're Watching on TV", en *The New York Times*, 28 de diciembre de 2017. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <https://www.nytimes.com/2017/12/28/business/media/alphonso-app-tracking.html>

²⁰ Solove, Daniel J., "A Taxonomy of Privacy" en *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 154, Enero de 2006, Número 3, pp 477-560.

Por lo que respecta al *procesamiento* de datos, también pueden identificarse una serie de características en las que se puede incurrir en responsabilidades. El uso, almacenamiento y manipulación de los datos personales entran en esta actividad. Dentro del procesamiento de datos se pueden distinguir momentos específicos como la incorporación, identificación, medidas de seguridad, usos secundarios y exclusiones.

Por su parte la *difusión* de datos personales es el quebrantamiento de la confidencialidad, es la exposición total de los datos que se saben fueron entregados con un fin específico y se han divulgado, sin consentimiento, por supuesto, de su titular. También se puede considerar como difusión cuando se comparten los datos personales con otras personas o entidades públicas o privadas. Al respecto, en el orden jurídico nacional hay una serie de responsabilidades civiles, administrativas y penales, por lo que puede trascender al ámbito del daño moral.

IV. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Consideramos que un tercer componente del derecho a la privacidad se encuentra en las disposiciones sobre el libre desarrollo de la personalidad. Se conoce bajo este concepto al derecho de una persona o personas a ser libres de tomar decisiones sin interferencia del poder público en materias fundamentales que les afecten en su vida, esto incluye el establecimiento de un plan de vida individual. Es importante destacar los elementos que revisten a este tipo de derechos, que sin duda están dispersos en el orden jurídico y que su definición ha reposado más en la interpretación de los tribunales que en normas de fuente legal. Aunque las materias que inciden en este derecho son variadas, hay un común denominador en las decisiones sobre la sexualidad, control natal, adicciones y un abundante número de formas en que el desarrollo de la personalidad puede asociarse.

Cabe destacar que este derecho está inextricablemente relacionado con la privacidad, a pesar de que existan argumentos en contra que lo

vinculan más con la autonomía y la libertad de las personas.²¹ Sin embargo, tanto la libertad personal como la autonomía las consideramos dentro de una “zona de privacidad”, como lo entienden otros teóricos al respecto.²² En la idea moderna de los contratos existe esta mínima interferencia al establecer en varias parte del derecho civil y mercantil las expresiones “voluntad de los contratantes”, “voluntad del testador”, como una especie de supremacía de la voluntad que solamente tendrá límites específicos en tanto sean contrarios al interés público.²³ En estos casos, claramente se refiere a la autonomía y libertad contractuales. Las disposiciones que atañen al libre desarrollo de la personalidad tienen otra naturaleza, dado que inciden en cuestiones mas íntimas de las personas dentro de su plan de vida y facultad de decisión.

Normas que invadan el ejercicio individual por interés público sin duda están ampliamente justificadas, de ahí la misma base y fundamento del control social. El papel del derecho ante el libre desarrollo de la personalidad es complejo y tiene una gran cantidad de cuestionamientos. Las normas jurídicas pretenden guiar la conductas de las personas, en este sentido, esa conducción hasta dónde puede considerarse que no traspase la esfera de la individualidad, las decisiones personales en una persona no menor de edad, por supuesto, con toda la capacidad de ejercicio legal.

En el derecho angloamericano se ha pulido a partir de la doctrina y la jurisprudencia el concepto de *interferencia decisional* (*decisional interference*),

²¹ Dado que el daño de una disposición invasiva en las decisiones es en contra de la autonomía y la libertad personal, no se trata de un componente de derecho a la privacidad. Tribe, Laurence H, *American Constitutional Law*, 2da edición, The Foundation Press, 1998, New York, Estados Unidos, pp 1352.

²² Solove, Daniel J., “A Taxonomy of Privacy” en *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 154, Enero de 2006, Número 3, pp. 477-560.

²³ Al respecto el Código Civil Federal establece los límites a la voluntad humana. Artículo 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

que da luz al concepto que abordamos en este apartado.²⁴ Su significado está centrado en los aspectos de la vida que son considerados socialmente como los más íntimos.²⁵ Este concepto comparte similitudes con la mínima injerencia porque en los dos casos se refiere a la invasión en la esfera personal en la que se supone no deba haber ninguna incursión sin el debido consentimiento o bien sin justificación legal que lo revista de válido. Sin embargo, el diferenciador es que la mínima injerencia se desarrolla en el contexto de las actividades de las personas, su familia, sus posesiones y el libre desarrollo de la personalidad es la intromisión en sus decisiones.

La larga doctrina sobre la privacidad creada por la academia y los tribunales estadounidenses desarrolló la idea de un derecho basado en la prohibición de interferir en las decisiones de vida de los demás. Se conoce como *Derecho a no ser molestado* (*Right to be let alone*)²⁶ y tuvo sus primeras interpretaciones a finales del siglo XIX.²⁷ De acuerdo con la jurisprudencia el *Derecho a no ser molestado* consiste en la facultad de todo individuo de poseer y controlar su propia persona, libre de toda restricción e interferencia de otros, a menos de que exista una incuestionable autoridad derivada de disposiciones jurídicas.²⁸ De manera más contemporánea,

²⁴ Stark-Smith, Gesse et al., “Privacy in the Time of American War”, en Aspray, William, Doty, Philip (editores), *Privacy in America: Interdisciplinary Perspectives*, The Scarecrow Press, 2011, pp 249.

²⁵ Solove, Daniel J., “A Taxonomy of Privacy” en *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 154, Enero de 2006, Número 3, pp. 477-560.

²⁶ A pesar de que la palabra *alone* significa en términos literales “estar solo”, también tiene como acepción la idea de “molestia”, cuyo término consideramos más adecuado. La expresión *Leave me alone*, más que “déjame solo”, significa, “déjame en paz”. Definición de *alone* en www.yourdictionary.com. Recuperado el 18 de septiembre de 2018 en http://www.yourdictionary.com/alone?direct_search_result=yes

²⁷ Warren, Samuel D., Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy” en *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

²⁸ El caso comentado es *Union Pacific Railway Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891), derivado de una examinación médica forzada que le querían hacer sin su consentimiento a la señora Botsford desató este comentario por parte del juez Gray. *No right is held more sacred or is more carefully guarded by the common law than the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others unless by clear and unquestionable authority of law.*

en otro juicio se determinó que la posesión de pornografía no podía ser penalizada por las instituciones públicas, en virtud de que constituiría una interferencia en la vida privada de las personas.²⁹ Un tercer juicio -emblemático en la jurisprudencia angloamericana- es *Lawrence v. Texas*, en el que se alegó la prohibición legal texana de tener relaciones consensuadas sodomitas entre hombres, a lo que la Corte Suprema concluyó:

La libertad protege a las personas de intrusiones injustificadas del gobierno en su domicilio u otros lugares privados. En nuestra tradición el Estado no está omnipresente en todos los hogares. Hay otras esferas de nuestras vidas y existencia fuera de nuestras casas, en donde el Estado no debe tener presencia dominante. La libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad presume la autonomía personal que incluye la libertad de pensamiento, creencia, expresión y determinadas conductas íntimas. Este caso envuelve la libertad de las personas tanto de manera espacial como en dimensiones más trascendentes.³⁰

Por su parte, en México, se ha iniciado una discusión que incluye el libre desarrollo de la personalidad a partir de la impugnación de varias normas de la *Ley General de Salud* que prohíben actos como la siembra, cultivo, cosecha, preparación, adquisición, posesión, comercio, transporte, prescripción médica, suministro, empleo, uso y consumo de estupefacientes. Al respecto, el artículo 237 de la *Ley* hace mención expresa de que todas las actividades mencionadas estarán prohibidas cuando se trate de varias sustancias entre ellas la mariguana (*cannabis sativa*, *índica* y *americana*).³¹ Cabe destacar que para efectos de la *Ley*, el *Tetrahydrocannabinol*, sustancia activa de la marigua-

²⁹ Esto se determinó en el caso *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969). Recuperado el 18 de septiembre de 2018 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>

³⁰ Véase *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Recuperado el 18 de septiembre de 2018 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions.

³¹ Se trata de los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247 en su último párrafo y 248 de la *Ley General de Salud*

na, está considerado de bajo valor terapéutico, pero como un importante problema de salud pública (245, fracción I). Cabe destacar que no hay en el cuerpo de la *Ley* una prohibición absoluta a todos los actos señalados, esto es que podrán llevar a cabo siempre que sus fines sean médicos y científicos y con autorización de la Secretaría de Salud (247, último párrafo).

Al respecto se han llevado a cabo procedimientos por vía del juicio de amparo para declarar la inconstitucionalidad de los artículos de la *Ley General de Salud*, dado que establecen una prohibición que lesiona entre otros derechos el libre desarrollo de la personalidad.³² La idea está centrada en que las personas que quieran consumir marihuana, porque así lo han decidido y lo consideran su plan de vida, no lo pueden hacer con esta batería de disposiciones jurídicas, que sin duda son prohibicionistas. Cabe señalar que las prohibiciones sobre decisiones personales son normalmente incompatibles con el libre desarrollo de la personalidad y en este caso pareciera que así es. Sin embargo, hay que tener presente que la marihuana es un psicotrópico y representa un grave problema de salud pública.

Los juicios de amparo han prosperado, se han declarado en tres sentencias la inconstitucionalidad de los artículos de la *Ley General de Salud* y se ha ordenado a la autoridad reguladora (SS-COFEPRIS) que “emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar— del estupefaciente “cannabis” (sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico “THC” (tetrahidrocannabinol)...”³³

³² A la fecha existen 3 sentencias de Amparo que han declarado inconstitucionales los artículos de la *Ley General de Salud*.

Amparo 237/14, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://es.scribd.com/document/288517633/Resumen-Ejecutivo-Marihuana#fullscreen&from_embed
 Amparo 1115/2017, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-03/AR-1115-17-180316.pdf

Amparo 623/2017, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-04/AR-623-2017-180430.pdf

³³ Séptimo Resolutivo del Amparo en revisión 1115/2017.

Desde nuestro punto de vista estas sentencias están incompletas y erróneas por los siguientes motivos. Si bien consideramos que la argumentación sobre la interferencia decisoria de la *Ley General de Salud* es correcta, también debemos anotar que el poder público, en este caso el Gobierno, debe tener una estrategia persuasiva, que genere conciencia a la ciudadanía sobre los efectos de la marihuana en el sistema nervioso, lo cual no existe, o al menos lo debió ordenar la Suprema Corte. Esto se refiere al papel que debe tener el poder público enfrente del libre desarrollo de la personalidad, el cual debe ser persuasivo y no prohibitivo. En estos casos las prohibiciones se están eliminando, pero no se está garantizando el nivel de responsabilidades del Gobierno en persuadir a la población de que no consuman marihuana.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Existen un gran número de disposiciones jurídicas que atañen o inciden directa e inmediatamente a la privacidad de las personas, a todas esas normas las acuñamos como el derecho objetivo a la privacidad. De ese enorme conjunto, las que declaran alguna facultad o una prerrogativa a las personas las consideramos como derecho subjetivo a la privacidad. Por otro lado, consideramos que el derecho a la privacidad lo podemos circunscribir a tres componentes esenciales. Esto es, a las normas que determinan la mínima injerencia del poder público en su vida, familia, posesiones; las que tutelan los datos personales; y las que interfieren en la persona, pero desde el punto de vista de sus decisiones y su plan de vida, esto es las que corresponden al libre desarrollo de la personalidad.

De esta manera, creemos concluyente que en el contexto de esta aproximación metodológica se pueden encasillar todas las disposiciones jurídicas relacionadas con la privacidad de las personas.

Creemos que la aproximación metodológica que presentamos ofrece una ventana de oportunidades para poder llevar a cabo algunas evaluaciones sobre el derecho a la privacidad, que se traducen en parámetros que deben considerarse en la generación de políticas públicas. En principio, por lo que respecta a la mínima injerencia, consideramos que siempre deberá configurarse bajo una exhaustiva argumentación y en todo caso

la convalidación judicial es altamente necesaria; por lo que respecta a la protección de datos personales, los derechos ARCO, deben estar desregulados al máximo para que los titulares tengan la oportunidad de ejercerlos de forma expedita; de igual manera, cuando se pretende generar alguna política pública, se deberá tomar en cuenta si es compatible con el libre desarrollo de la personalidad de las personas, en este sentido, también consideramos que el papel del poder público enfrente de las decisiones de las personas debe ser en todo momento persuasivo y no prohibitivo.

VI. FUENTES

1. DOCTRINA

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 738-747.

BLOUSTEIN, Edward, "Privacy as an Aspect of Human Dignity", en *New York University Law Review*, NYU, Volumen 39, 1964

DWORKIN, Ronald, "Hard Cases", en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975).

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del mas débil*, Editorial Trotta, 2002.

MAHESHWARI, Sapna, "That Game on Your Phone May Be Tracking What You're Watching on TV", en *The New York Times*, 28 de diciembre de 2017. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <https://www.nytimes.com/2017/12/28/business/media/alphonso-app-tracking.html>

O'CALLAGHAN, Patrick, *Refining Privacy in Tort Law*, Reino Unido, Ed. Springer, 2013, 184 pp.

PROSSER, William M, Privacy, *California Law Review*, Volumen 48, Número 3, Agosto de 1960, 383-423

SÁNCHEZ, Abril Patricia, et al. "Health Privacy in a Techno-Social World: A Cyber-Patient's Bill of Rights", en *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, número 6, Verano, 2008, pp. 244-277.

SOLOVE, Daniel J., “A Taxonomy of Privacy” en *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 154, Enero de 2006, Número 3, pp 477-560.

STARK-SMITH, Gesse et al., “Privacy in the Time of American War”, en *Aspray, William, Doty, Philip* (editores), *Privacy in America: Interdisciplinary Perspectives*, The Scarecrow Press, 2011, pp 249

TRIBE, Laurence H, *American Constitutional Law*, 2da edición, The Foundation Press, 1998, New York, Estados Unidos, pp 1352.

WARREN, Samuel D., Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy” en *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

2. ORDEN JURÍDICO

Amparo 237/14, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://es.scribd.com/document/288517633/Resumen-Ejecutivo-Marihuana#fullscreen&from_embed

Amparo 1115/2017, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-03/AR-1115-17-180316.pdf

Amparo 623/2017, recuperado el 18 de septiembre de 2018 en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-04/AR-623-2017-180430.pdf

Caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Recuperado el 18 de septiembre de 2018 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

Caso *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969). Recuperado el 18 de septiembre de 2018 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>

Caso *Union Pacific Railway Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891)

3. CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, se puede consultar en la siguiente cibergrafía http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441763&fecha=17/06/2016

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares

Ley General de Salud

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados

Sentencia de las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 acumulada promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 5 de septiembre de 2018. Se pueden consultar en la siguiente cibergrafía http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2014_10_Demanda.pdf



EL CAMBIO CONSTITUCIONAL, SUS VÍAS Y SU ABUSO

THE CONSTITUTIONAL CHANGE, ITS WAYS AND ITS ABUSE

SERGIO ENRIQUE ABRAHAM RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹

RODRIGO BRITO MELGAREJO²

RESUMEN: La forma tan vertiginosa en que nuestro texto constitucional ha cambiado en los últimos años, no es claro si esa dinámica en los procesos de reforma constitucional ha tenido los efectos que buscaban quienes propusieron las modificaciones a la norma fundamental o si, por el contrario, los cambios constitucionales que han tenido un verdadero impacto en la vida social en el país son producto de un proceso de evolución complejo derivado de otras prácticas distintas al procedimiento contemplado en el artículo 135 constitucional y, en consecuencia, el gran número de reformas que ha experimentado la Constitución no es sino el reflejo de la falta de madurez de nuestra democracia.

PALABRAS CLAVE: *Constitucional, Reforma Constitucional, flexibilidad de las constituciones.*

ABSTRACT: The fastest way in our text has been modified in recent years, it is not clear and that dynamic has been rounded in the reform processes. Constitutional changes that have had a real impact on social life in the country product of a process of evolution derived from other different practices procedure referred to in Article 135 Constitution is but the reflection of the lack of maturity of our democracy.

KEYWORDS: *Constitutional, Constitutional Reform, flexibility of the constitutions.*

SUMARIO: I. Preliminar. II. Rigidez y flexibilidad de las constituciones. III. Las distintas vías del cambio constitucional. IV. La relevancia del proceso de reforma constitucional. V. La dinámica del cambio constitucional en México. VI. Fuentes.

¹ Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

² Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, así como Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. <r.brito@icloud.com>

I. PRELIMINAR

Cambio y estabilidad son dos palabras que, aunque parecen opuestas, caracterizan a los textos constitucionales. Las constituciones, como instrumentos fundamentales para la regulación de la vida social, indudablemente tienen pretensiones de permanencia; sin embargo, ese ánimo de continuidad no impide que éstas puedan adecuarse a las transformaciones que la sociedad a la que rigen experimenta. Por ello no puede dejarse de lado el estudio de las distintas prácticas y procedimientos a través de los cuales se evita el anquilosamiento de las disposiciones constitucionales y las implicaciones que esas maneras de adecuar los contenidos de la Constitución tienen para los Estados. Es verdad que, como señala Carlos de Cabo Martín, cuando se escribe sobre una materia que ha sido tratada de manera reiterada, se siente la necesidad de ofrecer algún tipo de justificación. En este caso, el motivo para dedicar a este tema las páginas que siguen, es la forma tan vertiginosa en que nuestro texto constitucional ha cambiado en los últimos años. Y es que no es claro si esa dinámica en los procesos de reforma constitucional ha tenido los efectos que buscaban quienes propusieron las modificaciones a la norma fundamental o si, por el contrario, los cambios constitucionales que han tenido un verdadero impacto en la vida social en el país son producto de un proceso de evolución complejo derivado de otras prácticas distintas al procedimiento contemplado en el artículo 135 constitucional y, en consecuencia, el gran número de reformas que ha experimentado la Constitución no es sino el reflejo de la falta de madurez de nuestra democracia.

II. RIGIDEZ Y FLEXIBILIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

La posibilidad de reformar las constituciones es un elemento esencial para su supervivencia y estabilidad pues, como señalara Pedro de Vega, una de las funciones principales de este proceso es la ade-

cuación entre la realidad jurídica y la realidad política.³ De hecho, debido a la importancia que implica la reforma constitucional para que las normas fundamentales puedan permanecer en el tiempo, la manera en que éstas se modifican adquiere matices distintos en los Estados que están relacionadas con sus características particulares. Es por ello que, en los inicios del siglo XX, James Bryce, tomando en cuenta que nada humano es inmortal y que los creadores de las constituciones harían bien en considerar que cuanto menos se jactaran de que su obra disfrutaría de larga vida –pues de esta forma probablemente viviría más tiempo–, concibió una clasificación de las constituciones que encontraba como criterio diferenciador la relación de cada norma fundamental con las leyes ordinarias y con la autoridad que las dictaba.

Para Bryce, algunas constituciones se encontraban al mismo nivel que las demás leyes de país, procedían de las mismas autoridades que hacían las leyes ordinarias y eran promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento de aquéllas. En tales casos, la palabra “Constitución” sólo se refería a aquellos estatutos y costumbres del país que determinaban la forma y disposiciones de su sistema político, por lo que con frecuencia era difícil decir de cualquier ley en particular, si era o no parte de la Constitución política. En los Estados con constituciones de este tipo, todas las leyes (excepto, por ejemplo, las leyes accesorias o las regulaciones municipales), tendrían el mismo rango y la misma fuerza. Además, sólo existiría una autoridad legislativa para aprobar las leyes en todos los casos y para todas las materias. La naturaleza cambiante de este tipo de constituciones implicaba, a decir de Bryce, que éstas cambiaran de modo constante e imperceptible durante el curso de legislación ordinaria, sin conocer el reposo. A estas constituciones las llamó *flexibles*, por su elasticidad y por la capacidad que tenían para adaptarse y alterar sus formas sin perder sus características principales.⁴

³ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 67-70.

⁴ James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estu-

El segundo grupo de constituciones al que se refirió Bryce estaba compuesto por aquellas que se encontraban por encima de las otras leyes del país en que se aplicaban. En este caso, el instrumento en que se contenían las constituciones no procedía de la misma fuente que las demás leyes, era promulgado a través de un procedimiento distinto y poseía mayor fuerza. La proclamación de estas constituciones no correspondía a la autoridad legislativa ordinaria, sino a una persona o corporación superior o con poder especial y, cuando alguna de sus medidas entraba en colisión con una ley ordinaria, prevalecía la Constitución, siendo la ley ordinaria la que tenía que ceder. Se distinguían así dos clases de leyes en virtud de la superioridad y la fuerza que unas tenían sobre otras y dos tipos de autoridades legislativas: una superior y con facultad para legislar sobre cualquier materia y otra inferior, cuya facultad legislativa necesitaba para su ejercicio que la autoridad superior le confiriera el derecho y la función de hacerlo. Entonces, los Estados en los que las leyes principales y fundamentales poseían una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no eran modificables por la autoridad legislativa ordinaria, tenían una Constitución *rígida*, pues su estructura era dura y fija.⁵

Vale la pena detenerse en las características de este tipo de constituciones pues la norma fundamental mexicana reúne, al menos desde el punto de vista teórico, los elementos que la hacen pertenecer a esta clasificación. En este sentido, es conveniente señalar que las constituciones rígidas están destinadas, al menos en el papel, a ser particularmente duraderas, pues el procedimiento más complejo para su reforma retrasa mediante frenos y formalidades la realización de un cambio, dando tiempo a que el pueblo estudie de nuevo los resultados implicados y desista del proyecto que al principio le atrajo, si lo cree oportuno. Sin embargo, Bryce reconoce que, a pesar de los elementos de estabilidad que poseen estos textos, pueden darse casos en los que las constituciones rígidas no sean tan firmes como

dios Constitucionales, 1988, pp. 9-14.

⁵ *Idem.*

parecen, pues existen peligros que comportan riesgos para su continuidad.⁶ James Bryce refiere que una Constitución rígida:

está construida como un puente de hierro de ferrocarril; para resistir la más fuerte presión probable del viento o del agua. Si los materiales son sólidos y la mano de obra buena, el puente resiste con aparente facilidad y quizá sin mostrar signos de esfuerzo o movimiento, en tanto la presión quede dentro del límite previsto. Pero cuando este límite es rebasado, puede romperse de repente y completamente [...] El hecho de que sea muy fuerte y esté trabado estrechamente en una pieza, le permite aguantar en firme las pequeñas oscilaciones o contratiempos, pero no los muy grandes. La constitución rígida está dispuesta para resistir ciertos cambios, pero lo mismo que el puente se viene debajo de un golpe, está amenazada de ruina por las tempestades populares, que se alimentan y crecen de la imposibilidad de realizar modificaciones en determinadas condiciones políticas por medio de enmiendas.⁷

Otro aspecto que considerar es que, de acuerdo con Bryce, en los países regidos por constituciones rígidas obran dos tendencias opuestas constantemente. La primera, que tiende a reforzarlas, es el aumento del respeto por la Constitución que traen consigo los años. Y es que una nación, “aunque no esté contenta con su constitución, y se vea en pugna exasperada contra partes de ella, puede encariñarse con la misma simplemente por la convivencia y por haber conseguido cierta prosperidad con ella, y acaso porque haya alardeado de sus méritos ante otras naciones y brindado por ella en lugares públicos”.⁸

No obstante, el tiempo también puede trabajar contra este tipo de constituciones, pues éste, al cambiar las condiciones materiales y sociales del pueblo, hace que los antiguos arreglos políticos, a medida que pasan de una generación a otra, no expresen de manera totalmente adecuada sus necesidades políticas. Entonces, si las condiciones de un país cambian, mientras la forma y los métodos de gobi-

⁶ *Ibidem*, pp. 87-93.

⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁸ *Ibidem*, p. 96.

erno preceptuados constitucionalmente continúan sin modificación, evidentemente se encontrarán en la Constitución defectos que antes no se veían y surgirán problemas incompatibles con cualesquiera arreglos de ésta. Lo anterior implicaría ver las enmiendas a la Constitución como el remedio para enfrentar esta situación; pero si el procedimiento agravado que contemplan las constituciones rígidas no permite que, en cierta época, se reúnan las condiciones para lograr reformarlas, serán precisamente las previsiones que pretendían darles seguridad las que eventualmente podrían representar un peligro para ellas al interceptar el camino del desenvolvimiento en marcha. Esto entraña que, en ocasiones, la desventaja que implican las constituciones rígidas sea su menor capacidad para salir al paso de los cambios y urgencias de las condiciones económicas, sociales y políticas. Sin embargo, este hecho no ha impedido que, como vaticinara Bryce, sea este tipo de constituciones el que prevalece y que durante varios años no hayan nacido constituciones flexibles.⁹ La razón es quizá, como señala Carlos de Cabo, que el cambio constitucional se encuentra más en la lógica del racionalismo de las constituciones rígidas que en el historicismo tradicionalista de las flexibles.¹⁰

Esta clasificación elaborada por Bryce no ha estado exenta de críticas, pues, por una parte, coloca a casi todas las constituciones del mundo en la categoría de rígidas y sólo considera a unas cuantas como flexibles;¹¹ pero, además, por otro lado, al clasificar de esta forma a las constituciones se puede inducir al error, ya que las constituciones flexibles no son las que más cambian.¹² Un claro ejem-

⁹ *Ibidem*, pp. 97-116. O

¹⁰ Carlos de Cabo Martín, *op. cit.*, p. 11. Quizá es importante agregar también que “la rigidez responde, como todos los instrumentos políticos garantizadores, a una intensa desconfianza, presente en todo el constitucionalismo liberal y, al mismo tiempo, a una cierta fe en la capacidad estabilizadora y garantizadora de la norma jurídica”. Luis María Cazorla, *et al.*, *Temas de derecho constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 101.

¹¹ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7^a ed., México, Porrúa-UNAM, 2010, p. 56.

¹² Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Lecciones de teoría constitucional*, 3^a ed., Madrid, Colex, 2010, p. 31. Esta situación ya había sido tratada por Bryce, quien señalaba la denominación de las constituciones como “flexibles” parecía indicar que éstas eran in-

plo de ello es la Constitución mexicana de 1917 que, a pesar de su carácter rígido,¹³ en poco más de cien años ha sido modificada en 723 ocasiones a través de 237 decretos de reforma.¹⁴

III. LAS DISTINTAS VÍAS DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Si bien muchas constituciones evolucionan a través de los procedimientos establecidos para su reforma, los cambios en sus contenidos

estables o que carecían de garantías de solidez y permanencia, pues se encontraban en un estado de flujo perpetuo, como el río de Heráclito, en el que ningún hombre puede hundir los pies dos veces. Es más, Bryce planteaba que parecería natural que las constituciones flexibles, promulgadas por la autoridad legislativa ordinaria y susceptibles de ser alteradas por la misma, al no estar contenidas en un instrumento especialmente inviolable, podrían ser objeto de cambios frecuentes y extensos, así como fácilmente burladas en la práctica. Sin embargo, el propio Bryce señaló que los hechos no apoyaban esta presunción, pues, por ejemplo, la Constitución romana, un caso extremo de una estructura de gobierno capaz de ser modificada de la manera más sencilla y rápida, cambió relativamente poco en los tres siglos transcurridos desde las *leges licimias* hasta la época de Sila. De la misma manera, Bryce señalaba que en Inglaterra el poder soberano ha residido en una asamblea con capacidad, cuando se presenta la ocasión, de actuar con gran celeridad y, a pesar de ello, las características principales del sistema de gobierno inglés siguen siendo las mismas desde 1689 y 1701. Estos ejemplos evidencian que la estabilidad de las constituciones depende no tanto de su forma como de las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen. La Constitución se mantiene inalterada, por tanto, cuando se apoya en el equilibrio de estas fuerzas, siempre que se corresponda con él. En consecuencia, es un error considerar, *per se*, considerar inestables las constituciones flexibles debido a que su marca verdadera y su mérito distintivo es la elasticidad. Estas constituciones pueden extenderse o adaptarse de acuerdo con las circunstancias sin que su estructura se rompa; sin embargo, sólo entre ciertas naciones con determinadas dotes dichas constituciones alcanzan su madurez, y son, al mismo tiempo que obras de arte, objetos científicos. Para ello se requieren, al parecer, tres elementos: espíritu legal, afinación y talento para la ley. Además, señala Bryce, se necesita un temperamento conservador, esto es, cierta cautela frente a los cambios, de tal manera que éstos no se realicen de manera repentina, sino lentamente. Un elemento más es la lozanía intelectual y una actividad que rechace la petrificación por respeto a la ley o por aversión a los cambios. Bryce, James, *op. cit.*, nota 3, pp. 24-52.

¹³ El artículo 135 constitucional establece la forma en que puede modificarse el texto constitucional. Dicho procedimiento, que es distinto al proceso legislativo ordinario, implica, para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte del texto constitucional, que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

¹⁴ Al 15 de mayo de 2019, los artículos 1º al 136 habían sido modificados en 709 ocasiones, mientras que los artículos transitorios del texto constitucional habían sido reformados 9 veces, mientras que los artículos transitorios de decretos de reforma se habían modificado en 5 ocasiones.

se dan también a través de otras vías. Muchas veces, como señalara Georg Jellinek, la vida real produce hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador y que se vuelven contra la misma norma. En consecuencia, el legislador “se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero que frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle”.¹⁵ Dichos poderes, según señala Jellinek, no se arredran en ningún modo ante leyes más elevadas y profundas, por lo que las leyes fundamentales se establecen, de la misma forma que las demás, en el curso de los acontecimientos históricos. Esta premisa, hace posible diferenciar a la reforma de la Constitución entendida como la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionales,¹⁶ de la mutación constitucional, esto es, la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consecuencia, de tal mutación.¹⁷

Hesse señala sobre este punto que la realidad social a la que van referidas las normas constitucionales, está sometida al cambio histórico, y éste en ningún caso deja incólume el contenido de la Constitución. Por ello, cuando se desatiende este cambio, el contenido constitucional queda petrificado y, a corto o largo plazo, no podrá cumplir sus funciones. La forma de evitar esta parálisis de los contenidos de las constituciones es garantizar la fuerza normativa de sus preceptos, lo que presupone conservar su identidad. Para conseguir este objetivo, Hesse sostiene que, además de reformar las constituciones, se pueden cambiar los contenidos de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal. Lo anterior se

¹⁵ Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la constitución*, Bogotá, Leyer, 2006, p. 12.

¹⁶ Los cambios en los textos constitucionales pueden darse tanto mediante los procedimientos establecidos en el propio texto constitucional, como a través de la revolución. Esto quiere decir que las modificaciones que alteran la letra de una Constitución, o en ocasiones la cambian completamente, se pueden dar no sólo siguiendo los cauces institucionales y normativos predispuestos en el texto constitucional, sino también mediante la fuerza de un poder que se impone.

¹⁷ Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 16, p. 13.

produciría, a decir de este autor, “en aquellos apartados en donde la Constitución, y en concreto en lo referente a los derechos fundamentales, contiene normas *abiertas*, es decir, regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica”. Para Hesse, semejante concreción “sólo es posible cuando el texto de la norma es referido al sector de la realidad histórica sobre el que la norma quiere proyectarse. Este sector determina el contenido de la norma que no puede ignorar las condiciones de realización de ésta ni mantenerse inalterable”.¹⁸ No debe olvidarse que, como señalara Pablo Lucas Verdú, el Estado y su Constitución son realidades culturales, vitales y dinámicas para cuya comprensión es menester un tratamiento socio cultural que, sin negar sus dimensiones normativo-institucionales, expliquen satisfactoriamente aquello que los anima y funda.¹⁹

La mutación de la Constitución es entonces una vía a través de la cual la constitución conserva su vigencia. Y es que si bien las normas constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad y para protegerlas contra modificaciones precipitadas, las experiencias prácticas demuestran en muchas ocasiones que estos medios obstaculizadores de la reforma a la Constitución no han respondido a las esperanzas que se atribuían a su eficacia.²⁰ Un ejemplo de ello es la forma en que a veces los contenidos constitucionales cambian a través de las leyes que se expiden en un Estado determinado, por la práctica parlamentaria, por la administración o por la jurisdicción.

Jellinek refiere en este sentido que debido a que los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos, el legislador debe

¹⁸ Konrad Hesse, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Benda, Ernst, *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 9-10.

¹⁹ Pablo Lucas Verdú, *La constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Ediciones Bera-mar, 1993, pp. 16-17.

²⁰ Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 25.

darles un sentido preciso mediante leyes que los concreten. Para él, así como por lo general “la aplicación jurisdiccional de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución”. De esta forma, lo que en un tiempo parece inconstitucional, puede emerger más tarde como conforme a la Constitución, y así ésta sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. Este tipo de mutaciones, sin embargo, no sólo son provocadas por el legislador cuando expide leyes; por el contrario, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales.²¹ Así, por ejemplo, en el texto de la Constitución pueden dormir poderes desconocidos que descubre la legislación y a los que luego, definitivamente, les da la vida el juez.²² Es más, debe considerarse también, como indica Häberle, que la apertura constitucional y la idea de participación activa y plural en la Constitución también implica que todos seamos sus potenciales intérpretes.²³

Otra de las formas en que la Constitución se transforma es la necesidad política. Georg Jellinek señala que la *necessitas* como poder creador del derecho juega un papel enorme en la vida de las constituciones, pues ésta se suscita por los acontecimientos históricos que conmueven, fuera del derecho, los fundamentos del Estado. Las usurpaciones y las revoluciones, a decir de Jellinek, “provocan en todas partes situaciones en las que el derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno en el otro”. Por lo tanto, el *fait accompli* -el hecho consumado- es un fenómeno histórico que tiene fuerza constituyente, frente al cual toda la oposición de las teorías legitimistas sería, en principio, impotente.²⁴ Para el profesor alemán:

²¹ *Ibidem*, pp. 25-26.

²² *Ibidem*, p. 38.

²³ Peter Häberle, “La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Una revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, núm. 11, 2008, pp. 31-32.

²⁴ Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 41.

No sólo en los momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa *necessitas* puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución. Cabe estudiar este notable fenómeno con total claridad cuando se crean *ex novo* las Constituciones, porque no hay previsión humana capaz de determinar la formación real de nuevas instituciones que no han sido experimentadas. Muy a menudo la institución planeada sufrirá, en semejantes casos, sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas o imprevistas, y tal vez en seguida o al poco tiempo.

Pero además de la necesidad política, la práctica constitucional también puede alterar los contenidos de las leyes fundamentales sin que se altere su texto. Esto ocurre en la medida que, si bien las competencias de los órganos supremos del Estado se regulan siempre en forma de poderes exclusivos, en ocasiones la ley no ordena cómo se aplican tales competencias políticas. Existen Estados en los que el Monarca puede elegir libremente a los Ministros, pero los elige invariablemente de la mayoría parlamentaria dominante, con lo que a través de este comportamiento invariable observado durante mucho tiempo se puede dar contenido vinculante al poder constitucional. En algunas experiencias en las que se presenta dicha situación, se habla de reglas constitucionales convencionales en contraposición a los preceptos legales de la Constitución. Estas reglas convencionales “conforman, en su conjunto, una ética política, cuyos mandatos son y tienen que ser rigurosamente seguidos”, por lo que, a través de ellas, se modifica la distribución constitucional del poder, sin cambiar la letra de la Constitución.²⁵

Pero si las constituciones se transforman según el modo en que se ejerce el poder, cabría preguntarse si también se dan casos en que esto podría ocurrir cuando una competencia no es ejercida durante un tiempo considerable. En este sentido, Jellinek refiere que de ni-

²⁵ *Ibidem*, pp. 51-55.

ninguna manera puede concluirse que, por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales resulten obsoletas, pues el derecho supremo del Estado, según su esencia, es imprescriptible. Por ello, lo que se debe determinar en cada caso particular para saber si se da una mutación de la Constitución, es en qué medida un poder nunca ejercido de hecho, tiene relevancia jurídica o no, esto es, si es válido o si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal.²⁶

Finalmente, debe señalarse que, estrechamente ligado a la cuestión de la mutación constitucional, aparece el problema de las lagunas constitucionales. Estas lagunas se presentan en ocasiones porque es un hecho incontrovertible que los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el derecho, que quiere conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles. Así, la experiencia histórica, a decir de Georg Jellinek, demuestra que las constituciones llegan a tener lagunas que a menudo sólo se manifiestan después de mucho tiempo y no pueden colmarse mediante los medios convencionales de la interpretación y de la analogía. El descubrimiento imprevisto de estas lagunas puede producir una mutación de la Constitución si la situación fáctica induce a un reconocimiento del derecho consuetudinario y se le atribuye un significado normal; sin embargo, por regla general, la comprobación de lagunas constitucionales corresponde al legislador, pues la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas.²⁷

Estos planteamientos evidencian que, tanto la reforma como la mutación de las constituciones, como señalara Jorge Carpizo, al buscar acoplar la norma a la realidad, son métodos complementarios que se apoyan entre sí; sin embargo, de alguna forma son también excluyentes, pues mientras más se utilice una de ellas, la otra declinará

²⁶ *Ibidem*, pp. 61-70.

²⁷ *Ibidem*, pp. 73-74.

en algún grado. No obstante, no existe ningún país en el cual uno de estos métodos excluya por completo al otro y, consecuentemente, ambos conviven, pero son diferentes situaciones, circunstancias, instituciones y prácticas las que determinan cuál de ellos predomina en un Estado y con qué intensidad.²⁸

IV. LA RELEVANCIA DEL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Si se considera a la Constitución como un cuerpo normativo no absoluto y dinámico, que se relaciona íntimamente con la sociedad, es perfectamente entendible la idea de un desarrollo del Estado constitucional que posibilite la adaptación del texto fundamental a los cambios que la sociedad o sus elementos políticos, económicos o culturales le imponen. El constitucionalismo, en consecuencia, tiene el reto de identificar las vías a través de las cuales los cambios constitucionales pueden darse y, con ello, identificar las prácticas que, más que la adecuación de la norma fundamental, abren la puerta a una serie de abusos en el ejercicio del procedimiento de reforma. No debe olvidarse que, si bien mediante la reforma constitucional el constituyente originario se proyecta hacia el futuro,²⁹ muchas veces las modificaciones constitucionales a través de esta vía no son un importante medio a través del cual la Constitución cambia.

David A. Strauss, al hacer un análisis sobre la irrelevancia de las enmiendas constitucionales en los Estados Unidos de América, ha señalado, por ejemplo, que, en algunos casos, la Constitución ha cambiado a pesar de que el texto se ha mantenido inalterado. En otras ocasiones, a pesar de que ciertas enmiendas a la Constitución no son aprobadas, el derecho se transforma en la dirección en que aquéllas habían sido propuestas. Además, algunas enmiendas que

²⁸ Jorge Carpizo,, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 548-549.

²⁹ Cecilia Mora-Donatto, *El valor de la Constitución normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 48.

se consideran importantes en un momento determinado tienen, en los hechos, muy pocos efectos hasta que la sociedad cambia por otros medios. Finalmente, otras enmiendas no hacen más que ratificar los cambios que se producen a través de otros medios. Para Strauss, esto significa, en primer lugar, que muchas veces los precedentes y otras prácticas o tradiciones son tan importantes como las reformas constitucionales, pero también que la actividad política, en general, no se debe enfocar simplemente en las propuestas de reforma, pues el derecho constitucional es el resultado de un proceso evolutivo complejo que va más allá del ejercicio del poder reformador.³⁰

Este argumento presupone que existe una diferencia importante entre los que puede llamarse la constitución con “c” minúscula, es decir, las instituciones políticas fundamentales de una sociedad (o la constitución en la práctica) y el documento mismo. Para Strauss, esta distinción puede ser un tanto imprecisa, pero al mismo tiempo resulta coherente y útil. Cuando se trata de reformar el texto constitucional, lo que menos importa es el documento, pues lo que se busca en última instancia es lograr aquellos arreglos institucionales que el texto constitucional debería controlar. Si las instituciones no cambian, entonces la “constitución en la práctica” (a la que David A. Strauss denomina también el orden o régimen constitucional) tampoco cambiará, incluso si el texto de la Constitución ha sido modificado. De igual manera puede decirse que ciertos cambios institucionales son de tal tipo y magnitud, que a pesar de que el texto permanezca sin modificaciones, pueden producir importantes cambios en el orden constitucional.³¹ Es más, Strauss incluso se aventura a señalar que si la Constitución norteamericana no contemplara el proceso para enmendarla del artículo V, el sistema estadounidense no sería muy diferente al que existe actualmente.

³⁰ David A. Strauss, “The irrelevance of constitutional amendments”, *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000-2001, pp. 1457-1460. Ese proceso de cambio involucra las resoluciones de los tribunales, cambios legislativos, prácticas constitucionales, etc. Sobre este tema véanse los interesantes apuntes de Thomas C. Grey en “Do we have an unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, febrero de 1975, pp. 703-718.

³¹ David A. Strauss, *op. cit.*, pp. 1459-1460.

Para Strauss, sin embargo, es necesario tomar en cuenta dos aspectos fundamentales. El primero es considerar que la irrelevancia del procedimiento de reforma constitucional es válida en el contexto de una sociedad que cuenta con una democracia madura y no en un orden constitucional incipiente. Esto, pues cuando un sistema constitucional se está conformando, las reformas son más una parte de los arreglos iniciales del régimen que una vía para su modificación.³² Cuando un régimen se establece, los textos formales son más importantes y las tradiciones, instituciones y entendimientos que mantienen a una sociedad madura unida y que hacen posible el cambio constitucional sin reformas formales no están bien desarrollados. No obstante, una vez que un sistema constitucional ha sobrevivido, por una generación o dos, los cambios formales que tienen lugar a través de los procedimientos de reforma establecidos en el propio texto constitucional se vuelven incidentales dentro del proceso de cambio constitucional.³³

El segundo aspecto que no puede dejarse de lado es que las reformas constitucionales tienen ciertas funciones auxiliares. Por ejemplo, muchas reformas constitucionales han servido para resolver asuntos que por sí mismos no eran controversiales, pero que tenían que determinarse de manera clara en una forma u otra.³⁴ El ejemplo que refiere Strauss en este sentido es la vigesimoquinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que señala qué hacer cuando caso de que el Presidente sea depuesto de su cargo, o en caso de su muerte o renuncia. Para el profesor de la Universidad de Chicago, éste no es un aspecto menor, pero dista de ser fundamental para activar un proceso formal de enmienda a la constitución, pues si la regulación de este escenario no se hubiera incluidos en el texto constitucional, el sistema habría desarrollado alguna forma de resolver un asunto como éste.³⁵

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, p. 1461.

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

Las reformas constitucionales también sirven para suprimir aquellas decisiones que se alejan de la forma en que se estructura el sistema. Cuando la nación ha alcanzado un consenso casi universal sobre algún aspecto, el proceso formal para enmendar la Constitución es una manera de alinear a aquellos que han optado por un camino distinto. Así, por ejemplo, cuando se aprobó la vigesimocuarta enmienda a la constitución norteamericana, que prohibía que se negara a los ciudadanos de los Estados Unidos el derecho al sufragio por no haber pagado un impuesto electoral, sólo cinco entidades contemplaban ese tipo de impuestos, por lo que la modificación del texto constitucional sirvió para que el consenso que existía en prácticamente todo el país sobre este tema se extendiera a aquellos Estados que aún contemplaban prácticas diversas. Esto, sin embargo, no significa que, de no haberse aprobado la enmienda, los Estados que todavía contemplaban impuestos electorales no los hubieran suprimido en algún momento pues, en términos de lo señalado por Strauss, el fuerte consenso que existía en este ámbito habría orillado tarde o temprano a dejar de lado esa práctica opuesta al consenso.³⁶ Estos argumentos evidencian que quizá no debería sorprender el hecho de que las reformas formales que se dan por medio de procedimientos agravados tienen gran importancia sólo en aquellos países en los que no existe un régimen constitucional maduro, pues en las sociedades liberales con un alto grado de madurez se recurre a mecanismos distintos al proceso de reforma formal para cambiar la Constitución. Esos mecanismos, a decir de David A. Strauss, existen porque a través del tiempo el pueblo ha desarrollado instituciones en las que confían; por el contrario, en sociedades que no han logrado un grado importante de madurez, la falta de acuerdos bien establecidos, tradiciones y patrones de orden y confianza mutuos, las reformas formales al texto constitucional pueden ser vía más útil para evitar el anquilosamiento de la norma fundamental.³⁷

³⁶ *Ibidem*, p. 1462.

³⁷ *Idem*.

No es raro, por tanto, las sociedades maduras se comparen con un contrato a largo plazo. Generalmente, las partes en esos contratos no confían solamente (es más, en ocasiones ni siquiera de manera sustancial) en el texto del contrato para regir su relación en el día a día, pues desarrollan diversos entendimientos extratextuales en los que también sustentan sus relaciones. De manera similar, en las sociedades maduras las personas aceptan los actos de las legislaturas, de los tribunales y de las entidades del Ejecutivo -y también los actos (políticos o de otra clase) de sus ciudadanos- inclusive cuando esos actos discrepan en cierta medida de lo establecido en la norma fundamental. En una sociedad política recién formada, por el contrario, cualquier desviación aparente de las palabras de la Constitución puede ser vista como revolucionaria y puede ocasionar que la sociedad se aparte de ella.³⁸

V. LA DINÁMICA DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Los planteamientos de Strauss sobre la irrelevancia de las enmiendas formales a la Constitución son muy interesantes y reflejan la forma en que la dinámica del cambio constitucional se ha dado en los Estados Unidos; sin embargo, cabría preguntarse hasta qué punto estas ideas son válidas cuando se piensa en el caso de México. No debe olvidarse que en nuestro país el ritmo de las reformas se empieza a acelerar considerablemente en 1982, esto es, 65 años después de la aprobación del texto constitucional, cuando, si se atiende a lo señalado por el profesor estadounidense, tendrían que empezar a tomar fuerza los arreglos extratextuales que influirían de manera determinante en el cambio constitucional haciendo que disminuyera el número de reformas formales a la Constitución. En efecto, a partir del gobierno del presidente Miguel de la Madrid, se inicia un proceso de reformas bastante dinámico que trajo consigo un gran número

³⁸ *Idem.*

de cambios formales al ordenamiento constitucional del país.³⁹

Ese mayor dinamismo en el cambio constitucional es evidente si tomamos en cuenta que más de dos tercios de las reformas que ha tenido la Constitución y más de la mitad de los decretos a través de los cuales se materializaron son posteriores a diciembre de 1982; sin embargo, también debe hacerse notar que más de un tercio de los cambios se ha producido en los periodos presidenciales de Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto. Ahora bien, no debe pasarse por alto que la nueva dinámica del cambio constitucional se refleja también en el crecimiento del texto constitucional medido en palabras. El texto original de la Constitución de 1917 tenía 21 mil palabras de extensión, mientras que, en 1982, al concluir el mandato del presidente López Portillo, el texto ya había aumentado en un 42.6 por ciento, alcanzando casi 30 mil palabras. Con el presidente De la Madrid se inicia un crecimiento mucho más rápido que se torna vertiginoso a partir de 2006, pues durante los mandatos de los presidentes Calderón y Peña Nieto, el texto aumenta en más de 20 mil palabras, lo que equivale prácticamente a la extensión del texto original.⁴⁰

Esa tendencia, parecería ir en contra de los planteamientos de Strauss, pues en principio demostraría que, en México, mientras más pasa el tiempo, se recurre en mayor medida a la reforma como medio para el cambio constitucional. Esto, sin embargo, podría encontrar una explicación en el propio texto del profesor de la Universidad de Chicago, ya que, para él, decir que cualquier arreglo de fuerzas políticas que sea capaz de realizar una reforma constitucional es capaz de cambiar la sociedad a través de otros medios es algo que no siempre es verdad.⁴¹ Las mayorías parlamentarias pueden aprobar una reforma inclusive si la sociedad no ha cambiado sustancialmente; es más, esa

³⁹ Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CEDIP-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2017, pp. 3-4.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁴¹ David A. Strauss, *op. cit.*, p. 1463.

reforma puede representar una marca momentánea del sentir popular sobre algún tema o un esfuerzo efectivo por parte de un grupo de poder para asegurar su posición.⁴² Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que más adelante, muchas personas, incluso la mayoría, puedan decidir que esa reforma fue un error, aunque ya se encuentre plasmada en el texto constitucional y tenga muy poco tiempo en vigor o incluso no haya producido efecto alguno. Esto es, en ciertos casos, lo que ha pasado en México en los últimos años.

Dado que la confianza en las instituciones no es una característica de nuestra democracia, los arreglos extratextuales ceden frente a una gran cantidad de reformas que, en ocasiones, son contradictorias o convierten al texto constitucional en una norma bastante prolija que contiene incluso aspectos reglamentarios que no deberían formar parte de la norma fundamental. Empleando las palabras de Carl Schmitt, las representaciones de la Constitución como una unidad normativa que contiene un plan consciente y completo de la vida política y social en su conjunto, cede frente a una serie de determinaciones que se inscriben en el texto constitucional a partir de consideraciones y contingencias políticas de las coaliciones de partidos.⁴³ Se va conformando así una pluralidad asistemática de prescripciones legal-constitucionales que condiciona la flexibilidad de los cambios ajenos al proceso formal de reforma debido a la falta de madurez del sistema y a la desconfianza en las instituciones que inhibe los arreglos más allá del texto fundamental.

La idea de la Constitución escrita como la auténtica voz del pueblo en los aspectos fundamentales que rigen la vida social cede de esta manera frente a un concierto de reformas sobre los más variados temas cuya pauta no es otra que una serie de arreglos de carácter coyuntural por parte de las fuerzas políticas a través de los cuales, en no pocas ocasiones, simplemente intentan plasmar la forma en que ejercen el

⁴² *Idem.* Sobre este tema véase también Donald J. Boudreaux y A. C. Pritchard, "Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process", *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993, pp. 111 ss.

⁴³ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 5^a reimpresión, Salamanca, Alianza Editorial, 2006, pp. 35-36.

poder en el texto constitucional. De esta forma, la constitución con “c” minúscula (esto es, la constitución en la práctica) encuentra más dificultades para reflejar la voluntad de los ciudadanos a través de cambios no formales, lo que, en ocasiones, puede llegar a condicionar el proceso evolutivo del sistema constitucional como resultado de su propia falta de desarrollo. Se vuelve necesario entonces evitar el abuso en la reforma constitucional para encontrar un balance con otras vías de cambio que permitan que el texto constitucional corresponda en mejor medida a las expectativas ciudadanas a través de las dinámicas institucionales y sociales que son propias de las democracias constitucionales.

VI. FUENTES

- BOUDREAUX, Donald J. y A. C. Pritchard, “Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process”, *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CABO MARÍN, Carlos de, *La reforma constitucional en las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011.
- CAZORLA, Luis María *et al.*, *Temas de derecho constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- FIX-FIERRO, Héctor y Diego Valadés, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CEDIP-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2017.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2010.
- GREY, Thomas C., “Do we have an unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, febrero de 1975.

- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Una revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, núm. 11, 2008.
- HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Benda, Ernst, *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, Bogotá, Leyer, 2006.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Ediciones Beramar, 1993.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2010.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 5ª reimpresión, Salamanca, Alianza Editorial, 2006.
- STRAUSS, David A., “The irrelevance of constitutional amendments”, *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000-2001.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

¿ES ANTICONSTITUCIONAL QUE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO SEA SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO?

IS UNCONSTITUTIONAL THAT JURISPRUDENCE OF SUPREME COURT CAN'T BE ON CONTROL OF EX OFFICIO CONSTITUTIONALITY AND/OR CONVENTIONALITY?

CLAUDIA ISABEL SÁNCHEZ RANGEL¹

RESUMEN: Actualmente las autoridades -incluso aquellas no jurisdiccionales- tienen la obligación de aplicar normas de derechos humanos solo si son conformes con la Constitución y los Tratados Internacionales (control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*), sin embargo la jurisprudencia no es sujeta a este tipo de control, en este artículo se estudiará la constitucionalidad o no de esta exclusión, ya que pareciera que va en contra de los artículos 1° y 133 Constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Control de Constitucionalidad ex officio, control de convencionalidad ex officio, Constitución, Tratados Internacionales, Jurisprudencia.*

ABSTRACT: Actually the authorities, -including the not jurisdictional ones - have the obligation to apply only the human rights laws according to the Constitution and International Treaties (control of *ex officio* constitutionality and/or conventionality) but, the Jurisprudence it's out of this control, the object of this article is to study the constitutional or not of this exclusion, because it seems to be in opposition to the articles 1° and 133 Constitutional.

KEYWORDS: *Control of ex officio constitutionality, control of ex officio conventionality, Constitution, International Treaties, Jurisprudence.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Antecedentes; III. Análisis de la ejecutoria de amparo que dio origen a la Jurisprudencia en estudio; IV. Conclusiones; V. Fuentes.

¹ Licenciada en Derecho. Universidad Autónoma de Aguascalientes. Estudiante de la maestría en Derecho Constitucional Universidad Nacional Autónoma de México.

I. INTRODUCCIÓN

No obstante que siempre ha existido el control de constitucionalidad en nuestro país, el órgano encargado de ejercerlo de forma exclusiva es el Poder Judicial de la Federación, sin embargo a consecuencia de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco y otros vs. México², en el que se condenó al Estado Mexicano, entre otras cosas, a ejercer por parte de los jueces el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, se dieron varios cambios en nuestro país.

Uno de ellos fue la publicación de una reforma el diez de junio de dos mil once al artículo 1° Constitucional para reforzar lo anterior³.

Esta reforma transformó nuestro sistema jurídico al cambiar la forma de entender la actuación del Estado ya que la protección de los derechos de las personas debe ser el eje rector de toda la actividad estatal.

Se logra además tener una concepción más amplia de los derechos humanos, supliendo al de garantías individuales, la perspectiva de que la persona goza de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, la interpretación conforme que debe hacerse de estas disposiciones, el principio pro persona como criterio de interpretación y aplicación más favorable que deben observar todas las autoridades y la obligación de éstas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.²

De igual forma trajo un cambio en la orientación, al obligar a las autoridades de los distintos órdenes del Estado a sujetarse estrictamente en todas sus actuaciones al contenido de la Constitución y los Tratados en materia de derechos humanos. Autorizándose el ejerci-

² Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de convencionalidad. Fundamento y Alcance. Especial Referencia a México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, p.11.

cio efectivo de un control difuso no sólo de constitucionalidad, sino también de convencionalidad.³

Así mismo fue resuelto el expediente varios 912/2010⁴ en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció cuál era su papel dentro de las condenas realizadas al Estado Mexicano en el caso Rosendo Radilla Pacheco y otros vs. México.

De forma simultánea fueron emitidas varias Jurisprudencias en las que se puntualizó la obligación de realizar el control *ex officio* por parte de las autoridades y los parámetros para llevarlo a cabo, cambiando así la forma de actuar y de juzgar, respetando en todo momento y por encima de las leyes internas e incluso de la Constitución una de las clases de derechos fundamentales que existen que son los Derechos Humanos.

Sin embargo esta práctica ya tuvo algunas dificultades en su aplicación, como lo fue el caso de la aplicación de las Jurisprudencias, las que, dependiendo del órgano que las emite, son obligatorias para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, el problema es el siguiente: si las Jurisprudencias no están acordes con la Constitución y/o Tratados Internacionales, ¿Podrían los jueces inaplicarlas al ejercer el control *ex officio*?

Hubo criterios discordantes, por un lado existió el que permitía inaplicarlas y por otro no, lo que llevó a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolviera la contradicción de tesis correspondiente, del que se derivó la Jurisprudencia aplicable actualmente la que es el tema de investigación del presente artículo⁵.

En ésta se determinó de manera tajante que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es susceptible de someterse al control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*.

³ Márquez Rábago, Sergio R. (coord.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y con jurisprudencia*, 2ª. ed. México, Porrúa, 2017, p.513.

⁴ Resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en julio de dos mil once.

⁵ Tesis: “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”, Registro Número 2008148, Décima Época, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

A lo largo de este artículo se abordarán los antecedentes del control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, un breve estudio de lo que son las jurisprudencias, resumen y análisis de la ejecutoria de la jurisprudencia objeto de este artículo, los votos particulares formulados por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y el Ministro Juan N. Silva Meza, para concluir si ésta viola o no los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por lo tanto es anticonstitucional.

II. ANTECEDENTES

1. CONTROL *EX OFFICIO* DE CONSTITUCIONALIDAD

En relación al *Control Constitucional* en México, Héctor Fix Zamudio señala: “En la Constitución Federal de 1917, que todavía está en vigencia con numerosas reformas, se consagraron cuatro instrumentos de control constitucional, es decir: a) el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios; b) el procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia; c) las controversias constitucionales, y d) el juicio de amparo.”⁶.

Los medios de control constitucional son: “mecanismos o instrumentos que tienen como función garantizar el orden creado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁷

El “control constitucional” es un imperativo y orden constitucional, donde todos los actos y resoluciones de las autoridades deben estar sujetas a los principios que la Constitución establece; por lo que además de generar el orden también debe producir un efecto de saneamiento al eliminar las normas que se declarasen inconstitucionales, reforzando así la validez sistemática de nuestro ordenamiento y también su eficacia⁸.

⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Evolución del Control Constitucional en México*, sin fecha, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/48/6.pdf>, p. 99 consultado el 10 de septiembre de 2018.

⁷ Definición legal blogspot.com, 2016, <https://definicionlegal.blogspot.com/2016/04/medios-de-control-constitucional.html>, consultado el 10 de septiembre de 2018.

⁸ Patrón Muñoz, René, “Control *ex officio* de constitucionalidad, Primer caso en

Para efectos de nuestro estudio únicamente es importante resaltar el control constitucional que lleva a cabo el Poder Judicial de la Federación, el cual lo realiza a través de las controversias constitucionales, el juicio de amparo, las acciones de inconstitucional así como a últimas fechas con la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Según Fix-Zamudio “Hasta enero de 1992 cuando se introdujeron los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, de los cuatro instrumentos iniciales de control constitucional establecidos en la Carta de 1917, todo el peso de la tutela de las normas constitucionales se había concentrado casi exclusivamente en el derecho de amparo”⁹.

De lo anterior podemos concluir que el control de constitucionalidad le correspondía de manera exclusiva al Poder Judicial de la Federación.

Esto es lo que toca al concepto tradicional de control de constitucionalidad, ahora bien, hablaremos del control *ex officio* de constitucionalidad, el cual según el Mtro. René Patrón Muñoz en su artículo titulado “Control *ex officio* de constitucionalidad” afirma que el control constitucional ha evolucionando conforme a los criterios de interpretación que se realizan a la Constitución a consecuencia de una vertiente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien obligó al Estado Mexicano a respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona a raíz de la sentencia del caso “Rosendo Radilla” por la que se reformó el artículo primero de la Constitución, disponiéndose que todas las autoridades del Estado Mexicano tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Asimismo, se obligó a todas las autoridades del país que en el momento en que se encuentren con una aplicación de normas de

el Estado de Guerrero”, México, 2016, Tribunal Electoral del Estado de Guerrero, <http://teegro.gob.mx/inicio/wp-content/uploads/2016/03/Control-ex-officio-de-constitucionalidad.pdf>, pp. 2-3, consultado el 10 de septiembre de dos mil dieciocho a las 20:00 hrs.

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, op. cit. p.134

derechos humanos, éstas deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.¹⁰

Este control, con la reforma al artículo 1° Constitucional en relación con el 133¹¹ es difuso al dar facultad a todos los jueces para interpretar y aplicar directamente las normas supremas y de ser posible, inaplicar una norma general contraria a la Constitución cuando esta sea violatoria de derechos humanos, a esto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional le ha denominado control “*ex officio* de constitucionalidad”.¹²

2. CONTROL *EX OFFICIO* DE CONVENCIONALIDAD

Por lo que toca al *control ex officio* de convencionalidad este se puede definir como un deber internacional y constitucional de todos los jueces y autoridades mexicanas de realizar una confrontación entre la norma general que se debe aplicar a un caso concreto y el bloque de derechos humanos, buscando una interpretación conforme o, en caso extremo, desaplicarla de la resolución correspondiente¹³.

Esto implica que los jueces, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹⁴

¹⁰ Patrón Muñoz, René, *op.cit.* pp.1-2.

¹¹ Artículo 133 Constitucional “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, (...), serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

¹² Patrón Muñoz, René, *op.cit.* p.3.

¹³ Dorantes Díaz, Francisco Javier, “El Control de Convencionalidad *ex officio*. Su aplicación en la PAOT”, México, sin fecha, Instituto Politécnico Nacional, http://www.ciiemad.ipn.mx/Eventos/Documents/pdf/30_Aniversario_CIIEMAD/04JUNIO2014/06_04JUNIO2014.pdf, p. 4 consultado el 10 de septiembre de 2018.

¹⁴ *Ibidem* p.19.

El término de control de convencionalidad fue usado por primera vez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se considera un concepto en evolución, éste era utilizado cuando la Corte verificaba la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención.¹⁵

Miguel Carbonell señala que el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional, entendiendo que los jueces nacionales deberán desarrollar -de oficio- una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.¹⁶

Este concepto únicamente ha sido tratado en jurisprudencia, no se encuentra incluido en la Constitución ni en ninguna ley secundaria.

Para Pelayo Moller, la doctrina del control de convencionalidad ha surgido y forjado a partir de situaciones concretas de violaciones a derechos humanos y la subsecuente necesidad de encontrar una efectiva solución para hacer vigentes las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, siendo un instrumento donde su principal protagonista ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷.

La SCJN determinó que el control de convencionalidad tenía obligación de realizarlo tanto los jueces como demás autoridades dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Según Guillermo Pacheco Pulido, la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad es tal, que aquel juez que no acate los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos caería en actos violatorios de la Constitución Federal y de los propios dere-

¹⁵ Pelayo Moller, Carlos María, "El surgimiento y desarrollo de la doctrina de Control de Convencionalidad y sus implicaciones en el Estado Constitucional", México, sin fecha, Miguel Carbonell.com, docencia, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml, consultado el 10 de septiembre de 2018.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

chos humanos al no ajustarse a dicho principio de convencionalidad, siendo una disposición que no admite excepción, razón por la cual deben sentirse involucrados los integrantes de los Poderes Públicos así como los de las Instituciones centralizadas o paraestatales; Ayuntamientos, Juntas Auxiliares y toda persona que desempeñe un servicio público.¹⁸

Respecto al control de convencionalidad según Ernesto Rey Cantor se presentan dos clases: en sede internacional y en sede interna, siendo el primero de ellos el que ejerce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y en sede interna es aquella que realizan los jueces ordinarios en general y los Tribunales Constitucionales en especial, siendo que este control en sede interna es una especie de control de convencionalidad difuso porque cualquier juez nacional deberá oficiosamente acudir a esta forma de control, mientras que el control de convencionalidad en sede internacional es una especie de control de convencionalidad concentrado por ser la Corte Interamericana su juez natural.¹⁹

Con todo lo antes expuesto, se puede observar la importancia de la función actual de las autoridades de llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad a fin de proteger la aplicación de aquellas normas que lleven a cabo mejor protección de los derechos humanos.

Para el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control de convencionalidad *ex officio* se configura como una herramienta de interpretación que permite al Juez ordinario y a todas las autoridades, maximizar la protección de los derechos humanos pues, a través de un ejercicio de ponderación, deberá aplicar aquella norma en materia de derechos humanos que, independientemente de su fuente constitucional o convencional, otorgue la protección más amplia a la persona.²⁰

¹⁸ Pacheco Pulido, Guillermo *Control de Convencionalidad México*, Porrúa, 2012 p. 2-5.

¹⁹ Rey Cantor, Ernesto *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p.46-47.

²⁰ Tesis "Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de

Para concluir con el análisis de los antecedentes del control de convencionalidad y/o constitucionalidad *ex officio* me parece importante resaltar lo que señala el autor Rey Cantor en el sentido de que si no se activan los Controles de Constitucionalidad y/o Convencionalidad pudiendo hacerlo, quedarían agotados los recursos de jurisdicción interna y abiertas las puertas de la jurisdicción internacional de los derechos humanos en los que se aplicaría el Control de Convencionalidad.²¹

3. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia tiene su fundamento en el artículo 94 Constitucional con el fin de establecer una mejor impartición de justicia, en dicho numeral se establece su obligatoriedad y los requisitos necesarios para su interrupción y sustitución.

Así mismo los artículos 105 y 107 Constitucional se refieren a la integración de la jurisprudencia.

Tal y como lo señala Jaime Efraín Tinoco Miranda, “el artículo 217 de la Ley de Amparo establece la obligatoriedad de la jurisprudencia para todos los órganos jurisdiccionales del país conforme al orden lógico descendente que se da entre el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Los Tribunales de Pleno de Circuito, los Tribunales Colegiados de Circuito y los restantes órganos que imparten justicia”.²²

El principio de obligatoriedad de la jurisprudencia exige que siempre que un criterio de decisión judicial esté definido en jurisprudencia, este sea aplicado con el objeto de proporcionar seguridad jurídica al gobernado con respecto al criterio de decisión que se va

constitucionalidad” Registro núm. 41856, Décima Época, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²² Tinoco Miranda, Jaime Efraín, “Inaplicación de la jurisprudencia bajo un control difuso de Constitucionalidad”, México, sin fecha, p. 17, Centro de Estudios Superiores en materia de derecho fiscal y Administrativo, Investigaciones, http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-7.pdf, consultado el 17 de septiembre de 2018.

a utilizar y con la finalidad de uniformar criterios para casos análogos.²³

La jurisprudencia según un concepto establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es una institución del Derecho mexicano establecida para extender la fuerza vinculante de los criterios sostenidos por los tribunales en la interpretación y aplicación de las normas generales que integran el orden jurídico emanado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁴

Para el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, la jurisprudencia en el derecho angloamericano a través del precedente es fuente principal, primaria, del Derecho, mientras que en México, como en la mayoría de los sistemas romano-canónicos, la jurisprudencia tiene un carácter secundario, complementario al concretarse a la interpretación y a la integración de la ley, sólo tiene sentido cuando existe duda respecto a lo que la ley dispone en el caso específico o cuando no se encuentra previsto en alguna hipótesis de la ley.²⁵

III. ANÁLISIS DE LA EJECUTORIA DE AMPARO QUE DIO ORIGEN A LA JURISPRUDENCIA EN ESTUDIO

Esta jurisprudencia derivó de una contradicción de tesis sustentada por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con residencia en Guadalajara Jalisco y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito.

Fue resuelta el catorce de octubre de dos mil catorce por mayoría de siete votos, un voto con consideraciones, dos votos en contra.

La tesis fue publicada el viernes doce de diciembre de dos mil catorce y obligatoria a partir del lunes quince de diciembre de dos mil catorce.

El tema era determinar si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ser objeto de control de constitu-

²³ Ibidem, p.27.

²⁴ Ibidem, p.15.

²⁵ Ibidem p.16.

cionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Los criterios denunciados como contradictorios fueron:

En relación al Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, éste derivó de una causa penal en la que se consideró que los quejosos eran penalmente responsables de diversos delitos entre ellos el de contrabando presunto previsto por el Código Fiscal de la Federación, los quejosos consideraron en sus conceptos de violación que dicha norma resultaba inconstitucional por ser violatoria del principio de presunción de inocencia y que la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la norma mencionada resultaba violatoria de la Constitución Federal, del Pacto de San José y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Tribunal consideró inoperantes los planteamientos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad esgrimidos señalando que la jurisprudencia emanada del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de observancia obligatoria.

El criterio del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región derivó de una causa penal en la que se determinó que el quejoso era penalmente responsable de la comisión del delito de contrabando presunto previsto y sancionado por el Código Fiscal de la Federación. El quejoso sostuvo en su demanda de amparo que la norma impugnada resultaba violatoria del principio de presunción de inocencia, tales argumentos fueron calificados como fundados por el Tribunal Colegiado de Circuito señalando en primer término que la sentencia se dictó en fecha posterior a la entrada en vigor a la reforma al artículo 1° Constitucional en la que se incorporaron dos modelos de interpretación constitucional, la interpretación conforme y el principio *pro persona*, así como la

obligación de todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en tales instrumentos entre ellos la presunción de inocencia considerando que una jurisprudencia analizada bajo los principios actuales y vigente de interpretación constitucional previstos en los artículos 1º y 133 resulta inconvencional, señalando además que resulta acorde con el principio pro persona pues a través de la inaplicación al caso concreto de la citada jurisprudencia se logra la protección más amplia a favor del quejoso del derecho fundamental en cuestión, sosteniendo bajo ese nuevo paradigma de interpretación que los Tribunales Colegiados de Circuito podrían inaplicar cualquier otra jurisprudencia que resultase inconvencional.

Es importante resaltar que ninguno de los tribunales contendientes sustentaron su criterio mediante una tesis aislada o una jurisprudencia, no obstante lo anterior se entró al estudio de la contradicción, basándose en una tesis jurisprudencial del Tribunal pleno que los autorizaba para ello.

Para determinar el criterio que debía prevalecer estudiaron en primer término el nuevo paradigma de la interpretación constitucional que tiene como eje central la protección, defensa y garantía de los derechos humanos a la luz de la interpretación que realizó el Pleno en el expediente varios 912/2010²⁶ y en la contradicción de tesis 293/2011.

Respecto del nuevo modelo de control constitucional señalaron que de conformidad con el contenido de los artículos 1º y 133 constitucionales, y con la interpretación que el Tribunal Pleno hizo en el expediente varios 912/2010 se está ante un nuevo diseño de control constitucional en el que se ha ampliado el catálogo de los derechos humanos para conformar un nuevo universo formado por los reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) más los reconocidos por los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte. En el que el artículo

²⁶ Caso Rosendo Radilla Pacheco.

1° de la CPEUM obliga a todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, siempre que no exista restricción expresa en la Constitución, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos deben interpretarse junto con lo establecido en el artículo 133 constitucional, obteniendo que los Jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Debiendo dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencias a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Determinándose así que los Jueces, antes de aplicar una norma jurídica, deben realizar un control *ex officio* que pasa por tres momentos diferenciados:

- a) Una interpretación en sentido amplio, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- b) Una interpretación conforme en sentido estricto, cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas se preferirá la interpretación que haga la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte
- c) Inaplicación de la ley, cuando las alternativas anteriores no sean posibles.

Concluyendo que de igual forma la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los Jueces mexicanos siempre que sea más favorable a las personas, atendiendo a lo siguiente:

- 1.- Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existen-

- cia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento.
- 2.- En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional.
 - 3.- De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

En segundo término se estudió la posibilidad de control de constitucionalidad y/o convencionalidad, respecto de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Empezaron por distinguir que existen tres tipos de jurisprudencia o de criterios jurisprudenciales que se pueden emitir:

El primero de ellos es el que se refiere a la integración o interpretación de cualquier disposición secundaria (jurisprudencia de legalidad); el segundo que es el que interpreta de manera directa un artículo de la Constitución o un artículo de un tratado internacional (jurisprudencia constitucional o convencional) y el tercero el que interpreta la constitucionalidad o la convencionalidad de una ley de carácter general (jurisprudencia sobre constitucionalidad o convencionalidad de normas de carácter general).

Afirmaron que los Tribunales Colegiados de Circuito no están autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (en relación a la jurisprudencia de legalidad) sino que sólo pueden interpretar el precepto legal que se esté analizando en un caso en concreto; y en su caso decidir que la jurisprudencia no es aplicable si resuelve una pregunta distinta que no tiene que ver con la interpretación legal que se brindó.

Por lo que hace a la jurisprudencia que interpreta un artículo constitucional o convencional (jurisprudencia sobre constitucionalidad o convencionalidad de normas de carácter general), los Tribunales Colegiados de Circuito pueden considerar que no es aplicable si no resuelve el problema que se sometió a su consideración.

Puntualizaron que los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con la jurisprudencia emitida por la SCJN carecen de atri-

buciones para reinterpretar su contenido, señalando que uno de los derechos fundamentales es la seguridad jurídica que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales, los cuales se harían nugatorios si la obligatoriedad de la jurisprudencia dependiera de lo que en cada caso determinaran los órganos jurisdiccionales que por disposición legal tienen el deber de acatarla, lo anterior a fin de que prevalezca el criterio del órgano límite o del órgano terminal, enfatizando que la jurisprudencia es de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país, incluidos los integrantes del Poder Judicial de la Federación por disposición del artículo 217 de la ley de amparo.

Así mismo se afirmó que la jurisprudencia obligatoria es de naturaleza similar a las normas jurídicas, es decir de observancia similar, cuando una decisión jurisdiccional es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras desempeña exactamente el mismo papel que la ley; aceptando que en la constitución no existe ningún precepto que determine en forma clara la obligatoriedad de acatar la jurisprudencia emitida por la SCJN pero que de la interpretación del artículo 94 Constitucional se infiere lo anterior al establecer que la jurisprudencia sólo la pueden dictar la SCJN (pleno y salas), los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito quedando fuera el resto de las autoridades por lo que la jurisprudencia por ellos emitida es de carácter inobjetable para todos los tribunales de la república sujetos a su jerarquía.

Concluyeron su análisis señalando que la existencia de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación torna inoperantes las inconformidades que abordan aspectos dilucidados en ella, por ser insoslayable y de aplicación inexcusable ya que al existir jurisprudencia al respecto, con su aplicación se da respuesta integral al tema de fondo, ya que el admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma, sería tanto como permitir distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que

genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.

Señalando que lo anterior no implicaría que se desatienda el compromiso adquirido por México de ejercer un control de convencionalidad bajo el principio *pro homine*, porque en el caso de que los Tribunales Colegiados de Circuito adviertan que una jurisprudencia de la SCJN pudiera resultar inconvencional existen medios y procedimientos contemplados en la propia legislación para expresar sus cuestionamientos al respecto como son el procedimiento de sustitución de jurisprudencia o las solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción.

Puntualizaron que si se determinara en forma contraria, se desconocería y quedaría anulada la figura de la delegación de asuntos de competencia originaria del Pleno de la Suprema Corte a la Sala y a los Tribunales Colegiados de Circuito cuando sobre tales asuntos exista jurisprudencia al respecto, ya que la razón de esa figura está fundada en la certeza que da el sistema de obligatoriedad de la jurisprudencia en el sentido de que los Tribunales Colegiados de Circuito resolverán los casos concretos observando irrestrictamente la jurisprudencia.

Haciendo notar que si se permitiera realizar un control de convencionalidad sobre una jurisprudencia, en el ejercicio correspondiente subyace la inobservancia del artículo 217 de la ley de amparo anulando así el sistema de creación jurisprudencial establecido en dicho ordenamiento legal incurriendo en una contradicción normativa que no se actualiza con el control de convencionalidad que se hace sobre preceptos legales reglamentarios, pero no sobre la interpretación de la norma sin que se toque la obligatoriedad legal que está en la norma de la propia ley de amparo, concluyendo así que la jurisprudencia emitida por la SCJN no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que la misma no resulta acorde al nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos surgido a partir de la reforma de diez de junio de dos mil once

para sustituirla, enfatizando que la misma es obligatoria en términos de lo dispuesto en la constitución federal y en la ley de amparo.

1. VOTO DEL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

En éste manifestó que la decisión de la mayoría de los magistrados es equivocada porque desconoce o desprecia claramente tres valores fundamentales: un mandato constitucional expreso, la concepción constitucional de los derechos humanos y la jerarquía y funciones del orden internacional.

Divide su argumento en dos: tesis negativa y tesis positiva.

La tesis negativa se basa en dos pilares esenciales: negar que la jurisprudencia sea una norma y el énfasis en el concepto de autoridad.

En resumen los argumentos en contra que son los siguientes:

- La jurisprudencia no puede equipararse con una norma ya que tiene procesos de creación distintos así como de modificación.
- La jurisprudencia puede asimilarse a una norma pero el medio para controlarla no puede ser el control difuso sino la sustitución.
- La obligatoriedad de la jurisprudencia es irrestricta.
- La imposibilidad de trasgredir el sistema de jurisprudencia.
- La confianza garantizada (infalibilidad).

La tesis positiva busca justificar la facultad de inaplicar la jurisprudencia, -siendo ésta la tesis que defiende el Ministro- al demostrar que los criterios jurisprudenciales aunque tienen una fuente distinta a las normas (por su proceso de creación) son normas también, y que es justificada la inaplicación de normas internas (partiendo de la idea que la jurisprudencia es norma) por inconvencionalidad o inconstitucionalidad.

Sus argumentos son los siguientes:

- Distinguir entre enunciado o disposición y norma; al respecto señala que los enunciados normativos son los que acuerda el legislador y expresa en un texto legal, en cambio las normas son el significado que está justificando atribuir a tales enunciados normativos, por lo que al tener en cuenta esta

distinción los criterios jurisprudenciales serían normas ya que a través de éstos se le atribuye un significado a algún enunciado normativo.

Afirma que en cualquier ejercicio de interpretación se distinguen dos etapas: la asignación de significado a la norma que funcionará como parámetro y la asignación de significado al enunciado a interpretar, con lo anterior se refuerza la tesis de que los Jueces tienen permitido inaplicar criterios jurisprudenciales, porque tales criterios constituyen la explicitación de normas no solo legales sino también constitucionales, por lo que la apertura en el acceso a la interpretación de los derechos humanos constitucionales y convencionales está justificada a partir de tener en cuenta esta fenomenología de la interpretación.

-La superioridad epistémica; señala que si a un órgano no le está permitido justificar su decisión a la luz de algún derecho y decidir inaplicar cualquier norma (legislativa o jurisprudencial) por considerarla inconstitucional o inconvencional, se estaría asumiendo la incapacidad de tal órgano para argumentar correctamente sobre lo que exigen los derechos.

Puntualiza que no puede admitir que la SCJN sea impermeable al principio pro persona contenido en el artículo 1º. de la CPEUM ya que dicho principio está dirigido a todas las autoridades y les habilita o faculta a llevar a cabo el control difuso de la regularidad constitucional ya que al admitirse lo anterior se estaría aceptando que la Corte no puede violar derechos humanos mediante sus criterios o que aunque pudiera hacerlo no son los jueces ordinarios quienes pueden advertirlo y resolverlo sino ella misma a través de los medios previstos en el sistema como el de la sustitución de la jurisprudencia y que ninguno de estos dos escenarios es constitucionalmente admisible ya que ni la Corte es infalible ni se puede consentir en una actitud de soberbia institucional al considerar que sólo la Corte se puede corregir a sí misma, ya que sería desconocer el alcance del principio pro persona.

- El sistema de revisión es compatible con la inaplicación; al respecto menciona que si un juzgador inaplicara la jurisprudencia por considerarla inconstitucional o inconveniente estaría haciendo un juicio a un criterio interpretativo de una disposición jurídica o enunciado normativo, siendo posible interpretar una interpretación bajo el nuevo paradigma, por lo que todas las interpretaciones son cuestionables, sin que parecería insensato que un Juez o Tribunal Colegiado de Circuito apreciara que una determinada jurisprudencia estuviera adoptando una interpretación restrictiva o incluso lesiva de derechos humanos digna de ser inaplicada.
- El respeto a los principios de consistencia y coherencia en relación con el derecho internacional de los derechos humanos.
- La salvaguarda del sistema de la jurisprudencia; el efecto que se propone al inaplicar una jurisprudencia es sólo en el caso concreto no el de interrumpir su obligatoriedad de manera general, siendo ambos mecanismos perfectamente compatibles.

Señala que la ley de amparo no establece ninguna sanción si algún juzgador inaplica una jurisprudencia, ni tampoco en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por lo que los órganos jurisdiccionales podrían no sentirse obligados a seguir los criterios jurisprudenciales que les resulten obligatorios considerándose lo suficientemente capaces para criticarlos e inaplicarlos si tienen buenas razones para hacerlo al considerar que son violatorios de algún derecho humano de fuente constitucional y/o convencional.

2. VOTO DEL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA

Señala que la reforma en materia de derechos humanos del año 2011 que reconoce la posibilidad de ejercer control de convencionalidad de leyes transformó el modelo de justicia constitucional en México y potencializó la labor de los jueces como verdaderos intérpretes constitucionales, que ante el control judicial de las normas, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el juez ordinario se encuentra en posibilidad de definir el alcance de una norma.

Comparte que la jurisprudencia emitida por la SCJN sea obligatoria, sin embargo se aparta de la consideración de que los Jueces no pueden dejar de aplicarla bajo el principio pro persona ya que en aras de dar congruencia y vigencia al nuevo paradigma de derechos humanos debe entenderse que tal obligatoriedad encuentra su límite en el propio artículo 1º constitucional señalando que la jurisprudencia emitida por la SCJN es susceptible de ser objeto de un ejercicio interpretativo por medio del cual se determine, atendiendo al caso concreto, si la misma es aplicable o no, por constituir la interpretación más favorable a la persona ya que toda limitación a un derecho humano es excepcional, se acompaña de una garantía y parte de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro es siempre y cuando se garantice una mayor protección a la persona; es decir la protección más amplia de los derechos humanos debe ser siempre el criterio imperante para determinar el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.

IV. CONCLUSIONES

Era importante abordar en los antecedentes los temas de control de constitucionalidad y/o control de convencionalidad hasta la tarea actual de los jueces en relación al control *ex officio* en ambos rubros, toda vez que nuestro país no puede estar aislado del resto del mundo, es decir en nuestro derecho interno, ya que también estamos inmersos en el derecho internacional, por la obligación que ha contraído el Estado Mexicano al suscribir diversos tratados internacionales en especial en materia de derechos humanos y al someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

En este punto, la tarea del juez es muy complicada, ya que antes de resolver tiene la obligación de verificar que la norma que va a aplicar sea la más conforme y la que garantice más derechos a la per-

sona, tarea nada sencilla, sin embargo esta labor ha sido clarificada en varias ocasiones por la SCJN al establecer jurisprudencia con el método que debe seguirse a fin de aplicar dicho control.

Los Tribunales Federales son sin duda los que realizan esta tarea de forma más regular, aunque también los jueces locales han acudido a este tipo de control para otorgar más derechos, sobre todo en materia familiar, aplicándose distintos tipos de tratados y convenciones para proteger los intereses de los niños.

Todo pareciera pintar de maravilla y retratar un panorama jurídico de avanzada en la esfera de protección de los derechos humanos, sin embargo aún y cuando en un principio la SCJN fuera la que impulsara -obligada por la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos multicitada en este artículo relativa al caso *Radilla Pacheco vs. México*- la tarea de los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, es con una jurisprudencia que pareciera actuar en retroceso al impedir que la jurisprudencia emitida por la SCJN fuera objeto de este control.

Esto va a provocar que prácticamente solo mediante sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se deje sin efectos tal determinación.

También por eso me pareció importante el análisis de la ejecutoria que diera origen a la citada jurisprudencia, ya que es necesario conocer los argumentos y fundamentos en que se basó la Corte para determinar lo anterior.

Cabe señalar que dicha determinación es a todas luces incomprendible a los ojos de cualquier operador jurídico, ya que da la impresión de tener el carácter de un mandato de dictadura, encapsulando a nuestro derecho al orden interno haciéndonos ciegos al orden internacional al obligar a todos los jueces a someterse de formar obligatoria a la jurisprudencia emitida por la SCJN.

Lo anterior sin tomar en cuenta que el Estado mexicano puede caer en responsabilidad internacional por no aplicar la mayor protección a los derechos humanos.

Si se analiza de manera detallada la jurisprudencia es clara que la misma no está interpretando ninguna norma jurídica, ni la legalidad o no de algún ordenamiento legal, lo que denota que la SCJN se está excediendo en sus funciones, ya que cada vez es más frecuente que se emitan jurisprudencias en las que este órgano establezca lineamientos o formas de actuar ante alguna circunstancia, supuestos que no tendrían por qué darse en las jurisprudencias cuya función tal y como la misma Corte lo ha establecido es la interpretación de ordenamientos legales.

Coincido totalmente con los votos particulares en contra emitidos por los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza, toda vez que el inaplicar una jurisprudencia en un caso concreto de ninguna manera afecta la obligatoriedad de la figura, sino únicamente que para ese caso en particular es aplicable otra norma que es más favorable a la persona, siendo pues equiparable la jurisprudencia a una norma y por ende la posibilidad de inaplicarla por el control de convencionalidad y/o constitucionalidad *ex officio*.

No paso por alto el hecho que la función *ex officio* debe realizarse previo a un análisis detallado y exhaustivo, con la argumentación, fundamentación y motivación necesaria para llegar a la conclusión de la inaplicación de la jurisprudencia, de manera tal que estos argumentos sean suficientes y bastantes para sostener su fallo ante cualquier instancia.

El que los jueces puedan realizar su labor en el control *ex officio* tanto constitucional como convencional permitirá no solo evitar una responsabilidad internacional para el Estado Mexicano, sino dar seguridad jurídica al justiciable.

Es por lo anterior que se considera válida la inaplicación de una jurisprudencia violatoria de derechos humanos mediante el control *ex officio* de convencionalidad y/o constitucionalidad al buscar que las resoluciones emitidas sean armónicas con los derechos humanos y el principio pro persona.

Es triste el darse cuenta que a pesar de que ya pasaron casi cuatro años que fue publicada la jurisprudencia en análisis la misma se encuentre vigente.

Es por todo lo anterior que, sin lugar a dudas, la jurisprudencia que excluye del control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* a la jurisprudencia emitida por la SCJN es anticonstitucional.

V. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier, “*El Control de Convencionalidad ex officio. Su aplicación en la PAOT*”, México, sin fecha, Instituto Politécnico Nacional, http://www.ciemad.ipn.mx/Eventos/Documents/pdf/30_Aniversario_CIEMAD/04JUNIO2014/06_04JUNIO2014.pdf.

FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, “*Control de convencionalidad. Fundamento y Alcance. Especial Referencia a México*”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “*Evolución del Control Constitucional en México*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, sin fecha, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/48/6.pdf>.

MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R.(coord.) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y con jurisprudencia, 2ª. ed. México, Porrúa, 2017.

PACHECO PULIDO, Guillermo Control de Convencionalidad México, Porrúa, 2012.

PATRÓN MUÑOZ, René, “*Control Ex Officio De Constitucionalidad, Primer caso en el Estado de Guerrero*”, México, sin fecha, Tribunal Electoral del Estado de Guerrero, <http://teegro.gob.mx/inicio/wp-content/uploads/2016/03/Control-ex-officio-de-constitucionalidad.pdf>.

PELAYO MOLLER, Carlos María, “*El surgimiento y desarrollo de la doctrina de Control de Convencionalidad y sus implicaciones en el Estado Constitucional*”, México, sin

fecha, Miguel Carbonel.com, docencia, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml.

REY CANTOR, Ernesto Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México, Porrúa, 2008.

TINOCO MIRANDA, Jaime Efraín, “*Inaplicación de la jurisprudencia bajo un control difuso de Constitucionalidad*”, México, sin fecha, p. 17, Centro de Estudios Superiores en materia de derecho fiscal y Administrativo, Investigaciones, http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-7.pdf.

2. SITIOS DE INTERNET

Definición legal blogstop.com.

3. NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017, México.

Ley de Amparo, 2013, México.

4. RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Contradicción de Tesis No. 299/2013.

5. JURISPRUDENCIA

Tesis “Control de Convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad” Registro núm. 41856, Décima Época, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=160589&Clase=Detalle-TesisBL>.

Tesis: “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”, Registro Número 2008148, Décima Época, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=41858&Clase=VotosDetalleBL>.



GARANTÍAS PROFESIONALES DEL JUZGADOR, EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA JURISDICCIÓN Y A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

PROFESIONAL WARRANTIES OF THE JUDGE, CONSTITUCIONAL RIGHT TO THE JURISDICTION, AND THE JUDICIAL INDEPENDENCE

MANUEL AUGUSTO CASTRO LÓPEZ¹

RESUMEN: El artículo 94, párrafo décimo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé en favor de los juzgadores derechos profesionales derivados del principio de independencia judicial, como son carrera profesional, permanencia y estabilidad económica, que les permitan que actúen como contrapeso imparcial a los demás poderes de la unión; analizaremos la defensa de esta disposición constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, artículos 94, 116, 122, derecho a la jurisdicción, independencia judicial, estabilidad económica.*

ABSTRACT: Article 94, paragraph eleventh of the Political Constitution of the United Mexican States, provides to the judges with professional rights, derived from the principle of judicial independence, such as professional career, permanence and economic stability, which allow them to act as a counterweight, impartial to the other powers of the union; We will analyze the defense of this constitutional provision.

KEYWORDS: *Constitution. articles 94, 116, 122, access to justice, judge independence, judicial career, economic stability.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Independencia Judicial; III. Estabilidad Económica; IV. Legitimación de la Resistencia a la Derogación de Derechos; V. Medios de Resistencia a la Derogación de Derechos.; VI. Fuentes.

¹ Magistrado de Circuito, maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y titular de la cátedra en materia de amparo.

I. INTRODUCCIÓN

El capítulo IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos², determina la organización, funciones y garantías del poder judicial a nivel federal. En cuyo estado ideal debe fungir como uno de los tres poderes de la unión, dentro de un sistema de pesos y contrapesos para evitar la concentración y abuso del poder político. Esto desde luego no implica que se trate de una fuerza de oposición política, tampoco de adhesión a determinado régimen, un actuar judicial independiente debe estar desprovisto de estos tintes.

El artículo 94, en el párrafo décimo primero, de nuestro máximo ordenamiento jurídico, establece una garantía de protección a los miembros del poder judicial, en el sentido de que la remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Por su parte el artículo 116 de la propia constitución en cita, al regular la división de poderes a nivel estatal contempla también en su párrafo III, diversos derechos para los magistrados y jueces en ejercicio de sus funciones, entre otros, que las leyes que regulan sus funciones garanticen su independencia. Tales derechos se reiteran en el artículo 122 constitucional, en lo referente al poder judicial en la Ciudad de México.

A fin de otorgar certidumbre en la carrera judicial, deben regularse expresamente en ley las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados, sus nombramientos serán hechos preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica.

² Ver Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Su permanencia también está garantizada y ha sido objeto de numerosa producción jurisprudencial, pues los magistrados deben permanecer en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las constituciones locales, podrán ser reelectos, y si lo fueren, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados.

Aunque quisiéramos hablar de todas las garantías judiciales, por la limitada extensión de este texto y por la notoria controversia que está causando actualmente, nos enfocaremos en este caso a la estabilidad económica de los juzgadores, es la referida a que los magistrados y jueces perciban una remuneración adecuada e irrenunciable, la cual no podrá ser disminuida durante su encargo.

Los derechos o garantías constitucionales para los miembros del poder judicial, sea federal o estatal, han sido materia de reciente debate político, mayormente tildados de “privilegios” injustificados, se aduce que los sueldos de los miembros del poder judicial son muy altos, que se han establecido así como prebenda, para que no sea tocada la clase política ni sus intereses por las decisiones judiciales, las cuales se han calificado de “inútiles” para el pueblo mexicano. En el proceso de madurez de ese tipo de discurso político, ha disminuido el tono agresivo, se aduce respeto a la independencia de los poderes de la unión, pero se sigue insistiendo en que los derechos profesionales deben disminuirse, específicamente los salarios y prestaciones laborales de los juzgadores.

El argumento más reiterado para darle sustento a esta disminución de salarios, es el relativo a que en el numeral 127 de la constitución, se establece que nadie podrá tener una percepción superior a la del Presidente, por lo que decretando la disminución del sueldo presidencial, automáticamente se reduzcan todos los demás del resto de servidores públicos³.

³ Aristegui Carmen, Reducción de sueldos a 34 mil 559 burócratas, no eliminará corrupción: PAN, PRI y PRD, julio 18, 2018 <https://aristeguinoticias.com/1807/mexi->

Es necesario aclarar que no solamente se ha planteado la disminución de sueldos en el poder judicial, sino otros muchos cursos de acción para afectarlo como institución y en el desarrollo del servicio público, aduciendo que se debe reducir a su mínima expresión por ser costoso, entre otras estrategias se ha pugnado por la creación de un nuevo tribunal, al que se les ha dado por denominar tribunal constitucional, con potestad por encima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como si ésta no fuera ya un tribunal de constitucionalidad, se ha propuesto la desaparición del Consejo de la Judicatura Federal, la disminución de sueldos y prestaciones, incluso dejar en manos de los tribunales estatales el juicio de amparo, removiendo de sus puestos a jueces y magistrados federales, a quienes se le ha llegado a tildar de “empleados de confianza”, cerrando la mayoría de los tribunales federales y permitiendo solamente la existencia en un mínimo esencial, para dilucidar problemáticas muy excepcionalmente. Ideas que no han soportado el escrutinio técnico, ni el paso de los tiempos políticos.

Otra propuesta fallida, que en su momento corrió igual suerte que las arriba señaladas, consistió en la creación de una Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la que al parecer se pretendía dar labores administrativas, sustitutivas del consejo de la judicatura, aunque también se manejó que su función preponderante sería el combate a la corrupción. Lo que se advirtió económicamente inviable e ineficaz, además de generar la suspicacia en algunos sectores de ser un intento de cambiar los equilibrios al interior del Máximo Tribunal del País.

Todo ello invita a la reflexión sobre si el poder judicial y los juzgadores que lo integran, deben resistir estas afectaciones en el sentido activo o en el pasivo, esto es, combatirlas o aguantarlas estoicamente, incluso adoptar una tercer vía, el de asumir una postura dúctil y acorde con el ambiente político imperante, en lugar de optar por un

medio de resistencia, en mi opinión, es la defensa legal de la constitución el mejor camino⁴.

II. INDEPENDENCIA JUDICIAL

En una democracia de corte social, edificada sobre los ideales del constitucionalismo moderno, no tiene cabida un poder judicial que no garantice el acceso a la jurisdicción, la defensa de los derechos humanos y de la constitución.

Desde los albores del constitucionalismo moderno, el principal freno al autoritarismo y a la concentración que lleva al abuso del poder, lo ha sido la división de los poderes de la unión, basada en la teoría de pesos y contrapesos del barón de Montesquieu, en su magna obra *El Espíritu de las Leyes*.

Ya desde la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787⁵, sus tres preceptos iniciales contemplan la instauración de los tres poderes que ya se proponían en el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, sin olvidar que la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano desde 1789⁶, en su numeral 16, considera que solamente tienen constitución aquellas sociedades que logran la definida separación de sus poderes: “*toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución*”.

En los primeros textos constitucionales modernos encontramos plasmados los ideales de la división de poderes y derivada de ello, la necesidad de la independencia judicial, con fundamentos en la ideología de Jhon Locke y más aún en la de Montesquieu, quien en su Capítulo VI, “de la Constitución de Inglaterra”, Libro XI de “El

⁴ Arturo Sánchez y Dennis A. García, La reducción salarial, acorde con la Constitución, 18 de julio de 2018, <https://www.jornada.com.mx/2018/07/18/politica/004n-2pol> (06 junio 2019, a las 20:05 hrs.)

⁵ Ver Constitución de los Estados Unidos de América. Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

⁶ Ver Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf

espíritu de las leyes”⁷ de 1748, se ilustra que en los Estados debe haber tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el Poder Judicial. A este último le reconoce como función la de castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares.

La separación de los poderes no es ideología caprichosa, nace de la histórica necesidad de controlar al poder con el poder, de crear un sistema de pesos y contrapesos que limite los excesos de los gobernantes. Por parte de Montesquieu no queda insatisfecha su justificación, al precisar que es necesario un poder judicial independiente, señalando:

Quando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.⁸

A diferencia de Jhon Locke, quien pensaba que la facultad de juzgar podía realizarse desde el poder supremo que advertía era el legislativo, por ser el emanado del pacto social; para Montesquieu, esto no era admisible y lo aducía así:

El poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designada de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función

⁷ Montesquieu Charles de Secondant, “El espíritu de las leyes”, libro XI, capítulo VI, p.227 Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>

⁸ Montesquieu Charles de Secondant, Op. cit. pp 227-228.

exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así invisible y nulo⁹.

Desde aquellos inicios del constitucionalismo moderno se advertía el peligro de invisibilidad y de nulidad del Poder Judicial, sobre todo si se le considera únicamente como “*la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*”¹⁰.

En Francia es histórico el fracaso de un poder judicial que no es independiente, que permaneció mucho tiempo confundido dentro del ejecutivo en una parte, porque los nombramientos los hacía el Rey, y del legislativo en otra, porque se encontraban enclavados orgánicamente en éste, eran puestos que se compraban y que podían heredarse, siendo los costos a cargo de los litigantes, de ahí que los juzgadores eran una especie de aristocracia, claramente conservadora y antirrevolucionaria, por ello al triunfo de la revolución y desaparición del feudalismo sufrieron una nueva transformación, pero ahora para integrarlos al ejecutivo, como un departamento del ejecutivo jerárquicamente organizado similar al ejército, lo que claramente los subordinaba a la rama administrativa, impidiéndoles entre otras cosas juzgar los actos de la administración pública y la revisión judicial de las leyes, la falta de una división e independencia claras, llevaron a una crisis del derecho a la jurisdicción y violentaban flagrantemente la independencia judicial¹¹.

Por su parte, en Inglaterra se gestaba “El estatuto del juez inglés”, pues en el Siglo XVIII, la lucha contra el absolutismo en la *Glorious Revolution* de 1688, llevo a un régimen constitucional, que reconocía derechos a la ciudadanía, en el *Bill of Rights* de 1689, y en la Act of Settlement de 1701, se contiene un aspecto dinástico para convertirlo en una monarquía constitucional, esa última acta es el núcleo del estatuto del juez inglés, el cual determina que las comisiones de

⁹ Ibidem p. 236.

¹⁰ Ibidem P.237.

¹¹ Arochena, Fernando y otro, *La Independencia Judicial*, España, Dykinson, 2015, pp. 15-23.

los jueces se realizarán mientras dure “su buen comportamiento”, y se determinarán y fijarán sus salarios, sin posibilidad de que sus nombramientos se revoquen a la muerte del rey; no obstante, podían ser legalmente removidos por deliberación de ambas Cámaras del Parlamento.

Esto generaba derechos o garantías a los juzgadores, a fin de lograr su imparcialidad e independencia, garantizando a los ciudadanos el acceso a una jurisdicción eficaz, sin controles de otros órganos de gobierno, por ello los jueces eran inamovibles *during good behaviour*, esto es, mientras mantengan su buen comportamiento, ni por su edad o salud, ni por la sucesión en la corona; las retribuciones eran determinadas y fijas, lo que les garantizó la independencia económica, con salarios más elevados a los de sus pares no independientes de Francia; la responsabilidad se limita al caso de *impeachment* o juicio político, pero fuera de tal supuesto, el juez no está sujeto a responsabilidad en el ejercicio del cargo¹².

Los Estados Unidos de América, ya independientes, en su constitución de 1787, decretan la instauración de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, este último depositado en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituyera en lo sucesivo; de la lectura integral de las disposiciones constitucionales se advierten intercaladas intromisiones muy específicas entre los tres poderes, pues la interpretación norteamericana de la teoría de Montesquieu no fue la división absoluta de funciones (como en Francia), sino el sistema de pesos y contrapesos en los que la función principal de cada poder es vigilada y acotada por los otros dos. La Constitución de los Estados Unidos de América establece en su artículo 2, que el presidente con consentimiento del senado, nombra a los magistrados del Tribunal Supremo, pero todos los jueces, desempeñarán sus cargos mientras dure su buena conducta, y recibirán periódicamente por sus servicios una compensación que no podrá disminuirse mientras desempeñen sus puestos. Concebido el legislativo desde los *fè-*

¹² Ibidem, pp.23-24.

*deralist papers*¹³ como un “superpoder”, que generaba un temor a los abusos del mismo, es que se permitió la *judicial review of legislation*, es decir la revisión judicial de las leyes. Esto del control de constitucionalidad de las leyes, es actualmente en México un medio de defensa al que ya estamos acostumbrados y que ha probado su eficacia sobradamente¹⁴.

Para evitar confusiones, es importantísimo clarificar que la independencia judicial es un principio que puede percibirse desde un ámbito externo y otro interno¹⁵, la independencia externa se refiere a que el poder judicial como institución que encarna a un poder del Estado, no debe subordinarse, ni ser controlado por otros poderes, entendidos como sus pares el ejecutivo y el legislativo, divisible la eterna a su vez en orgánica y funcional; la otra parte, que más aquí interesa, es la independencia interna, que es relativa a la de cada juez o magistrado, desde la perspectiva de libertad metodológica-jurídica, que le permita la aplicación de la ley a cada caso concreto conforme a su libre convicción, en un proceso técnico, objetivo y equitativo, con la fuerte prohibición de incidir con el dictado de instrucciones externas en sus decisiones judiciales.

Pero esta independencia no se agota con la prohibición de recibir instrucciones externas expresas sobre cómo resolver los asuntos sometidos a su potestad, pues las formas más comunes de vulnerarla en la actualidad son más sutiles, desde injerencias mediáticas, amenazas directas o veladas, sometimiento jerárquico, restricciones en la carrera judicial y desestabilización ya sea económica, familiar o personal, con afectaciones al salario, al lugar de adscripción, entre otras, son mecánicas perversas de los gobiernos autocráticos y de las sociedades aparentemente democráticas, pero aún inmaduras.

¹³ <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/>

¹⁴ Arochena, Fernando y otro, Op. Cit. pp. 24-29.

¹⁵ Grandé, Miguel, “*Justicia para Juristas*”, España, Dykinson, 2013, pp. 118-129.

III. ESTABILIDAD ECONÓMICA

Como hemos podido observar en el capítulo anterior, los derechos o garantías de los jueces se han ido gestando a la par de la madurez del constitucionalismo moderno, empezando con el estatuto judicial en la *Act of Settlement*, de Inglaterra, reconocimiento de derechos que fue replicado en la Norteamérica independiente, pues se había observado irónicamente, como la corona inglesa que protegía a sus juzgadores, cuando se trataba de los de la colonia, los afectaba, removía y vulneraba económicamente para someterlos en sus decisiones.

No obstante en diversas latitudes, otros gobiernos constitucionales, como el francés, reducían la independencia judicial a declaraciones solemnes, casi nunca cumplidas, pues entre otras cosas no se respetaban las restricciones a las intromisiones del legislativo, mientras que existía un rigor excesivo para impedir cualquier intromisión del judicial hacia los demás poderes, con todo tipo de incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los juzgadores; la visión de la “independencia judicial”, era de corte idealista y discursivo, en tanto desvinculada de los derechos de los jueces. En mayor medida entendida como una cuestión diferente a los derechos profesionales económicos.

Durante la época posterior a la revolución francesa, se volvió reiterativo rechazar la idea de un derecho a la estabilidad económica de los jueces, con fundamento en la independencia judicial. Se dividió en el discurso el tema de los derechos profesionales de los jueces y su independencia para tomar determinaciones, siendo común entre las profesiones la falta de puntualidad en la percepción de un salario digno. Desde ese trato desvinculado, fue necesario litigarlo como un derecho profesional en sí mismo, el de reclamar una remuneración digna que asegure la “independencia financiera” o “estabilidad económica”; con el tiempo se ha ido disminuyendo la tendencia de negar la necesaria vinculación entre estabilidad económica, incluidos otros derechos o garantías profesionales, con la independencia judicial y el derecho general de acceso efectivo a la jurisdicción.

En México los ideales de la primera constitución federalista se vieron atropellados por el centralismo impuesto del caudillo Santa Anna, pero cuando se logra regresar a un constitucionalismo moderno, con un federalismo y estado de derecho más patente, el presidente Benito Juárez y el constituyente que colaboró en la constitución de 1856 a 1857, plasmaron en su artículo 50, un federalismo con una moderna división de los poderes, en la que nuestra nación contara con un poder ejecutivo, un legislativo y un judicial, que en igualdad de condiciones, fungieran como controles mutuos respecto de los abusos que se llegaran a dar por cualquiera de los otros dos, en un sistema de pesos y contrapesos, en el que se debe respetar la autonomía de las funciones de cada uno, sin injerencias que impidan una legítima, libre e imparcial actuación¹⁶.

Es importante destacar que en aquella época, el presidente de la república accedía al poder ejecutivo desde la presidencia de la suprema corte, por ello en México se contaba con un ejecutivo con perspectiva de legalidad y no solo de política, es por ello, que se incluye en nuestra constitución, lo que ya se reconocía en los estados democráticos modernos de la época, que era el principio constitucional de la independencia judicial y las garantías profesionales que están íntimamente vinculadas, entre otros derechos el de la estabilidad económica del juzgador.

Al referirnos a otros derechos o garantías profesionales, es para destacar que la problemática no se agota con los derechos profesionales económicos, pues no se trata exclusivamente de aspectos reducidos a un salario; ya que por igual, deben respetarse los derechos profesionales que no son apreciables desde la perspectiva económica.

Uno de los más importantes derechos profesionales no económicos que deben garantizarse es el de seguridad en la carrera judicial, lo que implica una igualdad de trato y oportunidades, tanto para los

¹⁶ Ver Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos 1857, art. 50. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>

nombramientos, como para los ascensos, esto es, sin discriminación por categoría sospechosa, por razón de sexo o género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; peor aún, por no conciliar con intereses de grupos políticos o partidistas, incluso por no plegarse a mezquinos intereses personales. De ahí la importancia de criterios de selección claros y de concursos transparentes, que garanticen imparcialidad y objetividad, con el único afán de elegir a los más aptos y premiar el mejor ejercicio de la función.

Otros aspectos a considerar y que han sido tradicionalmente vulnerados como derechos del juzgador, es el respeto al tiempo de calidad para la vida personal, en lo familiar y en lo privado, así como el derecho a la protección ante los riesgos propios de la función, sobre todo en el ámbito de las decisiones en materia criminal, al igual que la protección contra la violencia laboral y sexual, garantizando la formación continua y la disponibilidad de material bibliográfico.

Esto porque es inadmisibles privar a los juzgadores de derechos fundamentales, los cuales tienen en su calidad de ciudadanos y que no deben perder por el hecho de ser jueces, no obstante que sea una labor estratégica para la función del estado y la paz social, sus derechos profesionales solo admiten las modulaciones necesarias para el funcionamiento del servicio público, por ejemplo, los derechos fundamentales del juzgador pueden ser restringidos en tanto se le exige una *neutralidad ideológica*, como parte de la aducida independencia judicial, pero las limitantes deben ser objetivas, proporcionales y probadas en relación con esa neutralidad.

Podemos ver que el respeto a los derechos profesionales del juzgador, es indispensable para una verdadera *independencia judicial*, la cual a su vez es presupuesto necesario para la irrestricta observancia de un real y efectivo *derecho a la jurisdicción*; sin embargo, en las legislaciones secundarias y en el ámbito político lejos de pugnarse por su protección, se advierte una tendencia a acotar otros derechos civiles

y políticos, como por ejemplo la prohibición de tener cargos de elección o desempeñar otros con relativa relación o que pudieran entrar en conflicto con la función judicial, tampoco puede accederse a los concursos si se cuenta con doble nacionalidad, entre otros ejemplos restrictivos.

Lo cierto es, que lejos de reconocerse las dificultades de la función judicial, en general lo que imperan son las percepciones de que los derechos profesionales de los juzgadores son privilegios de clase social, que deben desaparecer.

El principio de independencia judicial no está dirigido a garantizar beneficios personales para los juzgadores; su justificación está en preservar un efectivo acceso a la justicia de los gobernados, que ésta sea imparcial, objetiva, eficiente, gratuita y ágil, con juzgadores profesionales, capacitados, de tiempo completo dedicados a la función, que no sean sometidos ni política, ni económicamente a presiones externas, en su labor de proteger a los individuos contra los abusos del poder y garantizar una recta administración de justicia. Todo esto es imposible de cristalizar sin respetar los derechos profesionales de los juzgadores.

IV. LEGITIMACIÓN DE LA RESISTENCIA A LA DEROGACIÓN DE DERECHOS

En nuestro país, mucho se ha avanzado en la regulación normativa del poder judicial, sobre todo desde el interior, entendiendo que la independencia judicial conlleva un alto grado de autorregulación, tanto por los propios juzgadores, como por sus asociaciones, los consejos de la judicatura y los criterios reguladores de la suprema corte, emitidos en jurisprudencia, acuerdos y protocolos de actuación, así como en códigos éticos; no obstante, la tendencia política constantemente está dirigida a la desaparición de esos derechos y de los organismos encargados de vigilar su respeto.

Cabe preguntarse, de inicio, hasta qué punto el juez, como ciudadano en sí mismo, dedicado a velar por el respeto de los derechos de los demás ciudadanos, debe abstenerse de presentar una defensa de sus derechos constitucionales; si acaso, su neutralidad ideológica le debe llevar al grado de aceptar las políticas restrictivas que decidan imponer los demás poderes y, así será válido que acepte humilde y calladamente el sacrificio de sus derechos, a fin de no presentarse ante la sociedad como un mezquino defensor de sus intereses económicos personales, por encima de aquellos que se presentan y enarbolan en la esfera política, como los más convenientes al bien común.

Hablar de salarios exorbitantes resulta sumamente subjetivo, en principio siempre se hace referencia a sueldos que han no han sido disminuidos por los impuestos sobre la renta, pues los juzgadores no están exentos de su pago, cuotas de seguridad social, de asociaciones y demás disminuciones que finalmente dejan una percepción neta de casi la mitad de los cifras que se hacen públicas. No es la tarea de este ensayo poner en perspectiva objetiva el monto de salarios justos de los juzgadores, porque eso requeriría un tratamiento distinto y alejado de la perspectiva del derecho constitucional; me limitare a señalar que la labor jurisdiccional es de tiempo completo, con expreso impedimento de realizar otros trabajos o tareas remuneradas, o bien de llegar a desarrollar algunas de las permitidas, como la docencia, no se les autoriza a recibir remuneración por éstas.

Desde el punto de vista personal, al menos del juzgador del fuero federal, que es el ámbito con el que más familiarizado me encuentro, el nivel de profesionalización, de responsabilidad, la carga de trabajo, las horas que se dedican a la función, los sacrificios profesionales y personales, hacen justa la actual remuneración, si esta llegara a disminuirse drásticamente, se perdería la proporción entre el esfuerzo en la labor exigido y el salario recibido.

En su momento, el Ministro Luis María Aguilar, ante la presentación de estas posturas políticas, siendo en aquel entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló entre otras cosas que:

Las condiciones de seguridad, estabilidad, remuneraciones dignas y capacitación no son en beneficio personal de los juzgadores, ni mucho menos privilegios inconfesables de éstos, sino condiciones necesarias para un servicio público indispensable, ineludible, en un país democrático que busca tener paz en el respeto a los derechos humanos de todos, y construir, con ello, una sociedad más justa¹⁷.

No obstante, los ministros que conformaban a principios del año la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como medida de racionalidad del gasto público y respondiendo a las políticas de austeridad, con el ministro presidente Arturo Zaldívar, aceptaron una disminución de su sueldo, según se dio noticia de un veinticinco por ciento, respecto de las percepciones de dos mil dieciocho.

Pero dejemos de exponer cuestiones meramente monetarias y sus percepciones subjetivas, para volver a la perspectiva constitucional del planteamiento, porque lo que aquí jurídica y académicamente interesa es centrarnos en las disposiciones constitucionales, sus fines y sus pretendidas modificaciones.

Mucho nos aportaran para la legitimación de la defensa de los derechos profesionales plasmados en la constitución, las ideas del profesor Ermanno Vitale, quién en su obra *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, nos hace ver que además de lo ya dicho sobre el constitucionalismo moderno, las experiencias de los eventos históricos del siglo pasado, el más bélico de la humanidad, tanto por las guerras mundiales, como por los continuos enfrentamientos armados modernos que les siguieron, deben ser útiles para evolucionar hacia los estados de derecho democráticos que imperan en las naciones de occidente y en gran parte de oriente, que enarbolan los derechos humanos, así como las consecuentes garantías para su defensa.

En esos estados de derecho democráticos, con tanto énfasis en los derechos humanos, casi parecería innecesario hablar de resistencia del ciudadano, sin embargo, en la realidad los ideales de esas formas

¹⁷ <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=4740>
(23 agosto 2018, a las 20:15 hrs.)

de gobierno se siguen viendo cumplidos parcialmente o simplemente simulados, por los corrompidos sistemas de la política, sobre todo en Latinoamérica y en países del tercer mundo, en los que el reparto de la miseria suele ser la solución para disimular el pillaje que realiza la clase política.

La resistencia según nos explica Vitale¹⁸, es una etapa de defensa a las injusticias cometidas por quienes ejercen el poder, previa a la revolución propiamente dicha, es una que todavía se encuentra dentro de los linderos de la legalidad. Esa resistencia se legitima, en la medida de que el actuar de los detentadores de poder es ilegítimo. La defensa jurídica de la constitución y los ideales en los que se fundamenta no pretende acabar con el orden democrático, sino reconducir al poder político de nuevo dentro de sus senderos constitucionales, ahí donde se advierte desviado.

Es precisamente la palabra resistencia la que nos interesa, la que debemos entender en sentido jurídico, como una oposición a la fuerza que agrede, con la fuerza de las razones y de los procedimientos, *quien resiste se esfuerza por continuar en la condición en al que se encuentra, o busca recuperarla lo más pronto posible, oponiéndose a un evento externo que ha impuesto o pretende imponer una modificación a su estado*¹⁹.

El juzgador es un ciudadano en sí mismo, protegido por derechos de rango constitucional, pero más allá de ello, su importantísima función también tiene garantías constitucionales para su ejercicio, la cual además se enfoca principalmente en lograr que los demás poderes respeten los derechos de los conciudadanos; por ello parece especialmente difícil entender, que ese servidor público que no es capaz de la defensa de sus derechos y de los de la función que desempeña, a pesar de estar fuertemente arraigados en la constitución y en el derecho internacional, con mayor razón tampoco podrá lograr que se respeten, aquellos de los demás justiciables, ahí donde éstos acudan a él para el reclamo de su observancia.

¹⁸ Vitale Ermanno, *Defenderse del Poder; Por una resistencia Constitucional*, España, Trotta, 2012, pp. 37-62.

¹⁹ *Ibidem*, p.19.

Ahora bien, cuando con la actuación de grupos políticos en los otros dos poderes, se determina restringir o desaparecer los derechos constitucionales que en una democracia constitucional moderna se les consagran al poder judicial como institución y, por consecuencia de los juzgadores en lo particular, la respuesta más lógica parecería la de defender su respeto. Dicho esto, tendremos que atender como una problemática adicional, la elección del medio para dicha defensa de la constitución.

V. MEDIOS DE RESISTENCIA A LA DEROGACIÓN DE DERECHOS

Existen múltiples medios de defensa, más o menos viables, por los que se puede optar, ante una derogación de derechos profesionales de los juzgadores, algunos con la posibilidad de ejercerse en lo individual, otros en lo colectivo; para poder elegir los más idóneos, será necesario distinguir si la vulneración de esos derechos se realiza a través de una reforma constitucional o sin que ésta tenga verificativo.

De optar los demás poderes de la unión, por ordenar la disminución de las remuneraciones de los miembros del poder judicial, *sin realizar una reforma constitucional*, específicamente a los artículos 94, décimo primer párrafo, 116 y 122, su determinación sería fácilmente tildada de inconstitucional por contravenir dichas disposiciones. Ya fuere que lo pretendiesen hacer con base en lo que dispone el numeral 127 de la propia carta magna, fracciones II y/o III, en lo relativo a la prohibición de que los servidores públicos de la federación perciban remuneración superior a la establecida para el presidente de la república, o vía reformas, modificaciones o promulgación de leyes secundarias; porque en el primer caso la contradicción clara entre ambos, genera una antinomia en la que ese numeral 127, no superaría la ponderación entre disposiciones constitucionales contradictorias; con mayor razón en el segundo supuesto, donde la modificación o emisión de leyes secundarias, sucumbiría ante el análisis

constitucional de lo que disponen los preceptos constitucionales sobre estabilidad económica de los juzgadores.

En ambos casos, la defensa sería muy simple, pero todo parece indicar que ese aspecto ya ha sido analizado, por lo cual, cada vez más se vislumbra como vía el reformar la constitución en su artículo 94 en cita, a fin de derogar la prohibición de disminuir o renunciar a las percepciones de los juzgadores. La defensa de los derechos profesionales, específicamente el de estabilidad económica, resulta más compleja si su derogación emana de una reforma constitucional, sin embargo, para nada es imposible la defensa de esos derechos.

Ahora bien, de darse esa reforma constitucional que pretenda la derogación del derecho a la estabilidad económica del juzgador, se perciben, a su vez, varias posibilidades de defensa legítima; tanto en lo colectivo, como institución o en asociación, como en lo individual, por cada juzgador.

En lo colectivo, la resistencia a la derogación de derechos como institución se visualiza poco viable, salvo que estuviéramos en el supuesto de que no fuese por la vía de la reforma constitucional, pues precisamente a la modificación de la carta magna, habrá de seguir la transformación institucional, que entre otras cosas, por lógica necesaria, cambiará a los titulares de las funciones, por aquellos que claramente coincidan con la agenda política de derogación de derechos, lo que se sospecharía como la intención política detrás de la superposición de un *tribunal constitucional*. De no hacerlo así, permitiendo que los ministros conservaran sus funciones, estos podrían con suma facilidad decretar judicialmente la insubsistencia de disposiciones contrarias a la independencia judicial. Salvo que poco a poco, con relevos individuales de ministros, se lograra inclinar la balanza hacia la defensa de corrientes políticas que debiliten la independencia y fuerza del poder judicial.

Otro aspecto que influiría en la defensa de los derechos profesionales, al interior del poder judicial, tanto en el fuero federal como estatal, en gran medida, los juzgadores se encuentran organizados en

asociaciones profesionales, algunas más grandes e importantes que otras, pero todas con cierto grado de influencia en las cuestiones que atañen a los derechos y funciones de sus miembros. El actuar de estas asociaciones muchas veces se reduce a mantener presencia política, allegando eventos sociales y académicos, tratando de ser intermediarios entre los juzgadores en lo individual y los representantes de los organismos institucionales.

Sobre todo a nivel de algunos poderes judiciales locales, se han hecho escuchar ahí donde se han considerado vulnerados los derechos a la independencia judicial, con énfasis en el respecto de la permanencia, selección y carrera judicial. Aunque no se ha dado el caso, de que se realice una convocatoria de estas asociaciones a la resistencia abierta, eso desde luego se debe, principalmente, a que la derogación de los derechos profesionales que se plantea actualmente en el discurso político, no tiene precedentes en la historia cercana. Siendo en todo caso una oportunidad, para que estas asociaciones probaran valía como fuerza unificadora.

Ante la vulneración de los derechos profesionales o laborales de un gremio, un medio de defensa por excelencia, ha sido históricamente la huelga. Ninguna duda cabría del derecho legítimo de casi cualquier gremio para acudir a la huelga a fin de hacer valer sus intereses profesionales. Sin embargo, este derecho está restringido para los sectores estratégicos de un país, máximo si se trata de uno que encarna uno de los poderes del Estado. Es poco usual, pero nunca fantasioso, pretender que se estalle una huelga de juzgadores, incluso se han convocado de forma actual en otras latitudes.

El más reciente caso es la convocatoria a huelga de jueces de 22 de mayo de 2018, en Galicia, España²⁰, que exigía la reivindicación de prestaciones laborales debido a las excesivas cargas de trabajo, la negativa de ampliar las plantillas laborales, a mejores retribuciones económicas, a claridad en los procesos de nombramientos de la

²⁰ <https://www.eitb.eus/es/noticias/economia/detalle/5610059/huelga-jueces-fiscales-22-mayo-2018-seguimiento-cav-y-navarra/> (23 ago 2018, a las 20:20 hrs.)

carrera judicial, entre otros. Este proceso de huelga, además de ser constitucionalmente válido en España, como lo es en México, tiene desde luego sustento en el derecho internacional, tanto en la libertad de sindicalización como en la de huelga que reconocen la organización internacional del trabajo y los pactos internacionales en materia laboral. Máxime siendo desde luego un derecho de última instancia, al que le precedieron diversos paros parciales y avisos públicos, se organizó por siete asociaciones de juzgadores²¹.

No ha sido desde luego el único caso, otro ejemplo también español, es el ocurrido el 18 de febrero de 2009, con centenares de jueces que suspendieron labores por un día, fueron convocados por dos asociaciones, por el reclamo de más medios materiales y personales, es considerada la primera huelga de jueces de la democracia española²².

Este parece ser un fenómeno reiterado en España, pues se advierten eventos convocados casi todos los años, donde la inconformidad entre la comunidad de juzgadores se va acentuando ante los deméritos de su función.

Aunque no es fenómeno único de España, en África muchos países han convocado a huelga de jueces por precarios salarios y sometimiento político de su función, algunos de los más notorios son Tanzania, Zimbabue y Ghana, donde estos movimientos ya no son algo raro²³.

En Portugal recientemente se hizo lo propio, por las mismas razones que en otras latitudes, la vulneración de derechos profesionales, desde los más mundanos como los económicos, hasta los más sagrados como la libertad de resolver en íntima convicción²⁴.

²¹ <https://eldebatedehoy.es/justicia/huelga-jueces-y-fiscales/> (23 ago 2018, a las 20:25 hrs.)

²² https://elpais.com/politica/2012/12/11/actualidad/1355261674_066262.html (23 ago 2018, a las 20:30 hrs.)

²³ <https://citinewsroom.com/2018/06/22/judges-magistrates-threaten-strike-again-over-low-pay/> (23 ago 2018, a las 20:35 hrs.)

²⁴ <https://theportugalsnews.com/news/judges-call-off-strike/43218> (23 ago 2018, a las 20:40 hrs.)

Casos ejemplificativos como el de Venezuela y Polonia, sobran a nivel mundial, aunque en nuestro país nunca se ha dado algo similar a nivel nacional, a últimas fechas, las presiones inflacionarias, las alzas de gasolinas, la continua devaluación del peso, entre otros factores, van mermando el poder adquisitivo de toda la población, entre ellos claro, los miembros del poder judicial, quienes durante dos mil dieciocho, empezaron a manifestarse a nivel federal vía su representación sindical, inconformes con la invisibilidad de sus derechos²⁵.

Esto es importante, porque también es común criticar los salarios del poder judicial, desde el ejemplo de los dos salarios sumados del ministro presidente, calculados en bruto y sin deducciones, el cual además si tiene un amplio margen para su disminución; sin embargo, los sueldos del personal jurídico y operativo no tienen ese margen, al contrario, su calidad de vida se vería ampliamente disminuida si se redujeran los salarios que actualmente perciben, perdiéndose la dignidad y el decoro de la función en una de sus partes más importantes, que son el grueso de los trabajadores, que no alcanzan el nivel de jueces, magistrados o ministros, de quienes también depende en gran medida el servicio público y sin cuya colaboración plena no sería posible el ideal de respeto al derecho de acceso a la jurisdicción²⁶.

Sin duda la paralización de la función de impartición de justicia, parcial o total, permanente o transitoria, conllevaría una afectación sería a la paz social y al propio ideal de justicia. Sin dejar de advertir que esos procesos de desgaste social solo debilitan aún más a la función y a la percepción de honorabilidad que se debe tener de los juzgadores. De ahí que, por lo estratégico e importante de la función, así como por los costos político-sociales, no sería recomendable, por

²⁵ <http://www.milenio.com/policia/trabajadores-judicial-federacion-hidalgo-piden-aumento-salarial> (23 ago 2018, a las 20:45 hrs.)

²⁶ <https://www.sdpnoticias.com/nacional/2018/07/22/reduccion-de-sueldos-de-funcionarios-y-magistrados-no-apelo-a-la-legalidad-invoco-al-sentido-comun> (23 ago 2018, a las 20:50 hrs.)

el contrario totalmente perjudicial en todos los aspectos, desde nuestro muy particular punto de vista, optar por ese medio de defensa, ni siquiera para el personal operativo sindicalizado.

Ahora bien, el defender los derechos profesionales de los jueces en lo individual, se ha logrado en muchos casos por la vía del juicio de amparo, invocando desde luego la previsión constitucional de dichas garantías para el ejercicio de la labor jurisdiccional, esos casos también son referidos a tribunales estatales, respecto de actos en los que se ven vulnerados aspectos de permanencia, selección o ascensos de jueces y magistrados estatales, siendo los tribunales federales de amparo los competentes y que en muchos casos se han encargado de restituir esos derechos.

En el ámbito federal, cuando se han alegado vulnerados esos derechos por jueces o magistrados del propio fuero, el amparo no se promueve porque su improcedencia está expresamente señalada en la ley secundaria contra actos disciplinarios del consejo de la judicatura, pero puede elevarse un recurso a la instancia superior, esto es, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, estos medios de defensa legal fueron creados para la tutela individual de los derechos profesionales de los juzgadores, frente a los propios órganos del poder judicial, son eficaces en tanto no se trate de una vulneración general derivada del actuar conjunto de los poderes legislativo y ejecutivo.

Esta opción no es apta, ni viable para la defensa de derechos constitucionales del poder judicial, cuando la propia constitución es reformada, sobre todo cuando la Suprema Corte de Justicia ha acotado la improcedencia de la revisión judicial de una reforma constitucional, cuando los efectos del amparo pueden implicar una violación al principio de relatividad de las sentencias²⁷. Lo que se hace aún más complicado, cuando el objeto de esa reforma es la derogación de los

²⁷ Segunda Sala, Tesis: 2a./J. 37/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1061 y Segunda Sala, Tesis: 2a. CXLI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, Noviembre de 2002, p. 455.

propios derechos del poder judicial, generando un claro conflicto de intereses. Por estas razones, es difícil, pero no inviable la resistencia jurídica en instancias judiciales nacionales, como lo ha demostrado ser la acción de inconstitucionalidad, a la cual se le desarrolló una característica suspensiva, de carácter eminentemente progresivo.

Nos referimos a las acciones de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, contra el Decreto por el que se expide la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales fueron falladas el veinte de mayo del presente año, instadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y senadores integrantes de la Sexagésima Cuarta Legislatura del Congreso de la Unión, respectivamente; siendo ese medio de defensa del que derivó la propuesta de suspensión del ministro Alberto Pérez Dayán; y, que a la postre, en lo principal se estimara parcialmente procedente y fundada, declarando la invalidez de las disposiciones más sustanciales de dicha legislación, en lo que a vulneración de garantías profesionales de los juzgadores se refiere.

El señor Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que el debate y votación sobre la Ley de Remuneraciones, fue un claro indicador que demostró la autonomía e independencia de la institución, así como que el compromiso de sus ministras y ministros es únicamente con su visión constitucional, rechazando categóricamente haber adquirido otros previos de ninguna especie. Lo que se hizo patente en el sentido de dicha resolución, que a la fecha de elaboración del presente no se encuentra engrosada.

Dichas decisiones en el ámbito del derecho nacional o doméstico fortalecen la confianza en nuestros propios sistemas, pues un ambiente político nacional generalizado, que llegare a tomar tintes notoriamente adversos a las garantías profesionales del juzgador, genera la tentación de explorar la posibilidad de realizar una defensa jurídica en el ámbito del derecho internacional, en el entendido de que la independencia judicial y los derechos profesionales para el juzgador

que de ella derivan, son ampliamente reconocidas en el derecho internacional, como veremos a continuación.

Ya señalamos la disposición del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, pero no es una disposición internacional aislada, ya que después de la segunda guerra mundial, se han firmado numerosos instrumentos internacionales relativos a la independencia judicial como uno de los derechos humanos de todas las personas, pues de ella depende el debido proceso, el juicio justo y el acceso a la jurisdicción mediante recursos sencillos y efectivos para la defensa de todos los demás derechos.

Se considera a nivel internacional, que sin esta independencia judicial no hay estado de derecho, pues no garantizarla implica transgresión de ese derecho, pero además un incumplimiento de todo el sistema de garantías de los derechos humanos, en perjuicio desde luego de todas las personas. Siendo lo segundo un efecto perverso de la primera vulneración.

Son numerosos los instrumentos internacionales que hablan de la necesidad de garantizar el acceso efectivo a la jurisdicción, a la independencia judicial y el respeto al estado de derecho, solo por citar algunos ejemplos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece, en su artículo 10, que *“toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, consagra ese principio de acceso a la jurisdicción efectiva, en su artículo 14, así como las reglas a respetar del debido proceso²⁸.

En el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se ordena que: *todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como*

²⁸ Ver Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

*derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción*²⁹.

En el artículo 18 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias³⁰, consagra el derecho a la audiencia pública y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

En el artículo 11.3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas³¹, también se consagran garantías judiciales y procedimentales para las personas involucradas en dichos delitos.

Uno especialmente importante es el que consagra los *Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*³², fueron adoptados en el 7º Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán (1985), y confirmados en las Resoluciones 40/32, de 29.11.1985, y 40/146, de 13.12.1985, de la Asamblea General. Es un instrumento internacional derivado del artículo 10 de la DUDH.

Las Naciones Unidas reconocen el derecho a la independencia judicial, la importancia que éste tiene para alcanzar el derecho humano a la justicia, así como que en la actualidad su respeto está muy lejos de ser irrestricto por los gobiernos a nivel mundial, por lo cual enumeró sus veinte principios, organizados bajo los títulos de: “*independencia de la judicatura*”, “*libertad de expresión y asociación*”, “*competencia*

²⁹ Ver Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

³⁰ Ver Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

³¹ Ver Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

³² Ver Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>

profesional, selección y formación”, “condiciones de servicio e inamovilidad”, “secreto profesional e inmunidad” y “medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo”.

Destaca la obligación de elevar a rango constitucional el principio de independencia judicial, que se respete y acate por todas las instituciones, con el consecuente deber de los Estados de proporcionar los recursos adecuados para el desempeño de las funciones judiciales, como lo es una garantía económica, principio séptimo: 7. *Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.*

Las condiciones de servicio e inamovilidad son expresas al señalar, en el principio once que se garantizará la permanencia en el cargo de los jueces, su independencia y su seguridad, *así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas*; en el doce: su inamovilidad; en el trece: un sistema de ascensos basado en factores objetivos; y, en el catorce: la consideración como asunto interno de la asignación de casos a los jueces dentro del tribunal.

Esos, y muchos más derechos profesionales, se reconocen y consagran en dicho instrumento internacional; pero además, para garantizar su efectivo acatamiento, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura³³, el cual exige respeto al principio de división de poderes en un Estado democrático, que: *“la independencia e imparcialidad de la Justicia son universales y se basan tanto en el derecho natural como en el positivo”, son “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado numerosas sentencias donde se han establecido los alcances del principio de independencia judicial, pues en ese continente ya se tiene aún más avance en el reconocimiento de su importancia, con el activismo

³³ Ver Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Disponible en: <http://conadeh.ln/wp-content/uploads/2016/05/Procedimientos-aplicacion-efectiva-principios.pdf>

del Consejo de Europa y del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos, cuentan con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; la Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces; la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, con su Memorando Explicativo; la Resolución sobre medidas para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa; la Carta Magna de los Jueces (Principios fundamentales); el Estatuto Universal del Juez y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, solo por citar algunos ejemplos.

En suma, podemos afirmar que el reconocimiento a nivel mundial, del principio de la independencia judicial, con gran cantidad de instrumentos internacionales vinculantes que lo protegen, permiten una defensa del mismo, incluso ante una pretendida vulneración vía reforma constitucional, siendo en todo caso los tribunales supranacionales, quienes con independencia de la política interna que se adopte a nivel poder ejecutivo y legislativo, pueden resolver imparcial y objetivamente, con irrestricto apego a los derechos humanos y a principios de derecho tan básicos como el de independencia judicial.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, *“El espíritu de las leyes”*, 4ª. Ed. Alianza, México, libro XI, capítulo VI.

VITALE, Ermanno, *“Defenderse del poder, por una resistencia constitucional”*, 3ª. Ed. Trotta, España, 2012.

AROSHENA, Fernando y otro, *“La Independencia Judicial”*, España, Dykinson, 2015.

GRANDÉ, Miguel, *“Justicia para Juristas”*, España, Dykinson, 2013.

2. JURISPRUDENCIA

Tesis 2a./J. 37/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1061.

Tesis: 2a. CXLI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, Noviembre de 2002, p. 455.

3. LEGISGRAFIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Constitución Política de la República Mexicana 1857. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Constitución de los Estados Unidos de América 1787. https://www.constitution-facts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Convención sobre los Derechos del Niño. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789. https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank.../es_ddhc.pdf

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>

Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.

<http://conadeh.hn/wp-content/uploads/2016/05/Procedimientos-aplicacion-efectiva-principios.pdf>

4. CIBERGRAFIA

<https://aristeginoticias.com/1807/mexico/reduccion-de-sueldos-a-34-mil-559-burocratas-no-eliminara-corrupcion-pan-pri-y-prd/> (23 ago 2018, a las 20:00 hrs.)

<https://www.jornada.com.mx/2018/07/18/politica/004n2pol> (23 ago 2018, a las 20:05 hrs.)

<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/> (23 ago 2018, a las 20:10 hrs.)

<http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=4740>
(23 ago 2018, a las 20:15 hrs.)

<https://www.eitb.eus/es/noticias/economia/detalle/5610059/huelga-jueces-fiscales-22-mayo-2018-seguimiento-cav-y-navarra/> (23 ago 2018, a las 20:20 hrs.)

<https://eldebatedehoy.es/justicia/huelga-jueces-y-fiscales/> (23 ago 2018, a las 20:25 hrs.)

https://elpais.com/politica/2012/12/11/actualidad/1355261674_066262.html (23 ago 2018, a las 20:30 hrs.)

<https://citinewsroom.com/2018/06/22/judges-magistrates-threaten-strike-again-over-low-pay/> (23 ago 2018, a las 20:35 hrs.)

<https://theportugalthnews.com/news/judges-call-off-strike/43218> (23 ago 2018, a las 20:40 hrs.)

<http://www.milenio.com/policia/trabajadores-judicial-federacion-hidalgo-piden-aumento-salarial> (23 ago 2018, a las 20:45 hrs.)

<https://www.sdpronoticias.com/nacional/2018/07/22/reduccion-de-sueldos-de-funcionarios-y-magistrados-no-apelo-a-la-legalidad-invoco-al-sentido-comun>

Segunda Sala. (23 ago 2018, a las 20:50 hrs.)

EL SEMIPRESIDENCIALISMO: ¿UNA ALTERNATIVA PARA EL SISTEMA POLÍTICO MEXICANO?

*SEMI-PRESIDENTIALISM: AN ALTERNATIVE FOR THE MEXICAN
POLITICAL SYSTEM?*

GUSTAVO EDUARDO CASTAÑEDA CAMACHO¹

RESUMEN: Los sistemas parlamentario y presidencial son formas de gobierno dentro de los regímenes políticos democráticos. Lo que hace especial a estos sistemas, es que son los diseños más influyentes en el mundo moderno occidental, aunque no son los únicos. México se encuentra en los preludios de una transición de gobierno que se presenta ambivalente ante sus gobernados, al despertar sentimientos opuestos en la misma ciudadanía. Las expectativas respecto a este vaivén, oscilan en un cúmulo de variables que en el *cas d'espèce* se tornan insondables en temas político-constitucionales. Una gran incógnita es concierne al sistema de gobierno, en el que la disyuntiva abre el debate lego y académico para dilucidar qué régimen político sería más conveniente para nuestro país: ¿el presidencialismo, el parlamentarismo o acaso el semipresidencialismo?

PALABRAS CLAVE: *Semipresidencialismo, presidencialismo, parlamentarismo, regímenes democráticos, V República francesa.*

ABSTRACT: Parliamentary and presidential systems are forms of government within democratic political regimen. What makes these systems special is that they are the most influential designs in the modern Western world, even though they are not the only ones. Mexico is in the prelude of a transition of government that is ambivalent before its governed, and its awaking opposing feelings in the citizens. The expectations regarding this oscillate in a cluster of variables that in the *cas d'espèce* become unfathomable in political-constitutional issues. A big question in the government system, in which the dilemma opens a lego and academic debate to elucidate which political regimen would be more convenient for our country: presidentialism, parliamentarism? Or perhaps semi-presidentialism?

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestro en Derecho por la UNAM. Ha realizado estudios en la Universidad del Rosario en Colombia, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Autónoma de Madrid. Profesor visitante en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, País Vasco.

KEYWORDS: *Semi-presidentialism, presidentialism, parliamentarism, democratic regimen, French Fifth Republic.*

SUMARIO: I. Planteamiento; II. ¿Por qué semipresidencialismo y no semiparlamentarismo?; III. Arquetipos de regímenes semipresidenciales; IV. El prototipo de la V República (el semipresidencialismo en Francia); V. Consideraciones finales; VI. Fuentes.

I. PLANTEAMIENTO

La estructura política de nuestro mundo está construida a través de comunidades sociales, integradas por un pueblo, territorio y poder, a las cuales denominados Estados². Actualmente hay aproximadamente 190 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, aunque hay otros que no forman parte de esta asociación de gobierno global³. Cada Estado tiene distintas instituciones políticas, regímenes y sistemas que se encargan de gobernar. Así, dentro de los regímenes políticos democráticos

² En este sentido nos dice Acosta Romero: “Desde la más remota antigüedad se ha reconocido al hombre agrupado, actuando aún frente a la naturaleza, por medio de los grupos más primitivos, en los cuales, necesariamente hubo cierta organización y ciertos principios de orden. La historia recoge las primeras formaciones sociales permanentes en Egipto, cerca del año 6000 a.C., y es a partir de entonces que, cuando se conoce como polis, ciudad, imperio, república, a la agrupación humana asentada en un territorio con un cierto orden y una determinada actividad y fines.” Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981, p. 35.

³ Según la *Carta de las naciones unidas*, de 1945, capítulo II, artículo 3: “Son Miembros originarios de las Naciones Unidas los Estados que habiendo participado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional celebrada en San Francisco, o que habiendo firmado previamente la Declaración de las Naciones Unidas de 1 de enero de 1942, suscriban esta Carta y la ratifiquen de conformidad con el Artículo 110”; no obstante que no se tratase estados miembros originarios, podrán integrarse a la ONU: “...todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo...”; según el tenor del artículo 4, del antes aludido documento. (Cfr. Seara Vázquez, Modesto, *Las naciones unidas a los cincuenta años*, México, FCE, 1995, p.12)

encontramos dos grandes sistemas⁴: el parlamentarismo⁵ y el presidencialismo⁶. Lo que hace especiales a estos sistemas, es que en el mundo occidental, son los diseños más influyentes. Sin embargo, la historia contemporánea nos ha mostrado que ambos sistemas presentan defectos⁷, especialmente en sus formatos más ortodoxos.

⁴ Jorge Reis Novais, catedrático de Derecho de la Universidad de Lisboa, nos dice con relación a estos dos sistemas: “*Durante muito tempo, presidencialismo e sistema parlamentar repartiram em exclusividade e domínio dos sistemas de governo adoptados pelas diferentes democracias representativas: sistema parlamentar na Europa e presidencialismo na América, tendo, como respectivos paradigmas, o Reino Unido e os Estados Unidos da América*”. (Reis, Novais, Jorge, *Semipresidencialismo, teoria do sistema de governo semipresidencial*, Portugal, Almedina, 2007, p. 59).

⁵ A reserva de la caracterización ulterior que efectuaremos sobre el parlamentarismo, no nos resistimos a hacer patente la que al respecto del mismo efectúa el catedrático de Lisboa, en el capítulo II, del primer volumen, perteneciente a la obra citada: “*Sistema parlamentar é aquele em que o Governo (o executivo) é politicamente responsável perante o Parlamento, isto é, a subsistência do executivo depende da confiança política do Parlamento, e em que o chefe do Estado, não sendo eleito, não pode exercer efectivamente poderes políticos. Nesse sistema há, portanto dois pólos de exercício de poder político: o Governo, liderado por um Primeiro-Ministro, e um Parlamento.*” (Reis, Novais, Jorge, *op.cit.*, p. 64)

⁶ Aunque ya es común esta distribución bipartita de los sistemas políticos democráticos, el presidencialismo no es del todo un sistema original y virtuoso, ni se da tampoco a lo largo de todo el mundo con dichas características; pues es en América Latina donde se ha podido observar en principio como tal. Con palabras diáfanas nos ilustra al respecto, Duverger, finado catedrático de la Universidad de Burdeos: “El presidencialismo constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente: de ahí su nombre. Funciona sobre todo en los países latinoamericanos que han transportado las instituciones constitucionales de los Estados Unidos a una sociedad diferente, caracterizada por el subdesarrollo técnico, el predominio agrario, las grandes propiedades agrícolas y la semicolonización por la vecina y superpoderosa economía de los Estados Unidos” (Duverger, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984, p.152.)

⁷ Sirvan a manera de ejemplo, las desventajas que apuntan Ebrad Casaubon y Robles Villaseñor, en *Semipresidencialismo en México, ¿salida al estancamiento del régimen?*, Introducción, p., 17: “Dada la separación de poderes del régimen presidencialista resulta relevante la integración de Congreso en relación con el partido del que provenga el presidente. Si este partido tiene la mayoría en el poder legislativo, es muy probable que se establezca una relación de colaboración entre ambos poderes y que el plan de gobierno y las políticas públicas del titular del poder ejecutivo sean respaldadas desde el congreso. En cambio, si el partido del presidente no logra la mayoría absoluta en el Congreso, entonces se tendrá una situación conocida como “gobierno dividido”. Aun con un gobierno dividido, es decir, cuando un partido de oposición o una alianza de partidos de oposición tiene mayoría en el Congreso, es posible que existan acuerdos que lleven a la colaboración entre poderes, pero también es altamente probable que la colaboración sea desplazada para dar paso a la confrontación, o cuando menos, al bloqueo mutuo y el gestionamiento, tanto de las labores legislativas, como las propias

Como caras opuestas de una moneda, el parlamentarismo y el presidencialismo aparentan ser posturas diametralmente incompatibles. Es a raíz de estos extremos que nace la inquietud por buscar alguna alternativa, una solución sintética que ocupe las virtudes y deseche las fallas. Ante esta cuestión la respuesta más obvia propone la configuración de un sistema “ecléctico”, que recibe el nombre de semipresidencialismo. Por ello, en el presente trabajo efectuaremos una aproximación teórica al modelo del semipresidencialismo, particularmente desde el prototipo francés, revisando sus antecedentes y estudiando su sistema político actual. Además, examinaremos los casos cercanos y lejanos al arquetipo galo. Finalmente, arribaremos a nuestras conclusiones, en las que se verificará o no, si el semipresidencialismo constituye una verdadera alternativa como sistema para los regímenes democráticos.

II. ¿POR QUÉ SEMIPRESIDENCIALISMO Y NO SEMIPARLAMENTARISMO?

Ya hemos dicho que el sistema que intenta combinar elementos del presidencialismo y parlamentarismo se denomina semipresidencialismo⁸, de ahí que una de las primeras preguntas que nos vengan a la mente sea: ¿por qué semipresidencialismo y no semiparlamentarismo⁹? *Prima facie*, el nombre nos indica que hay una cierta pre-

del gobierno, en perjuicio finalmente, de la población gobernada.” (Ebrad, Casaubón, Marcelo y Robles, Villaseñor, Mara, *Semipresidencialismo en México, ¿salida al estancamiento del régimen?*, México, Escuela de Administración Pública del Distrito Federal, 2011, p. 17)

⁸ A efecto de auxiliarnos en nuestra ulterior caracterización del semipresidencialismo, introducimos aquí la noción del mismo, que aporta el profesor de la Universidad de Lisboa, Jorge Reis Novais: “Semipresidencialismo é o sistema de governo de democracia representativa que junta as seguintes características: há um Presidente eleito por sufrágio popular e que pode exercer poderes constitucionais significativos e há um Governo politicamente responsável perante o Parlamento.” (Reis, Novais, Jorge, *op. cit.*, p. 141)

⁹ Se atildará tal dubitación sobre todo si se considera que el parlamentarismo clásico como nos dice Duverger: “...el jefe del estado es, o un monarca hereditario, o un presidente designado por los parlamentarios y notables, uno y otro están más lejos de la soberanía popular que el primer ministro y tienen menos que él la calidad de repre-

eminencia en el presidencialismo y que en todo caso el semipresidencialismo se descifra y edifica mejor desde la base del primero, ladeando en algún grado al parlamentarismo. Pero, ¿hasta qué punto el presidencialismo y el semipresidencialismo se asemejan? o ¿será acaso su denominación una simple coincidencia o una formulación académica veleidosa?

De entrada el primer denominador común que encontramos entre el presidencialismo y el semipresidencialismo, es que el presidente no es nombrado por el parlamento, ni es el líder del grupo parlamentario más aventajado, lo que significa que el mandatario surge de una elección popular¹⁰.

No obstante, estos dos sistemas se desvinculan drásticamente, empezando por el hecho de que en el semipresidencialismo el poder del titular del Ejecutivo, pasa de estar aislado en una persona a bifurcarse en un mando dual¹¹.

Otra diferencia se halla en el apoyo y conservación que adquiere la figura del Ejecutivo, v. gr., en los sistemas presidenciales, el actor principal se encuentra protegido de una contingente injerencia del Poder Legislativo, debido al respeto que se le da al principio de la división de poderes. Mientras que en el sistema semipresidencialista el poder se ejerce de forma compartida entre el presidente y un primer ministro, y además este último necesita tener el soporte constante del parlamento.

En realidad, por extraño que parezca (y en contradicción a su nombre), el semipresidencialismo tiene más características en común con el régimen parlamentario que con el presidencialismo. ¿Por qué el semipresidencialismo se aproxima en mayor grado al parlamentarismo? Basta con enunciar los elementos fundamentales que el régimen parlamentario comparte con el semipresidencialis-

sentantes de la nación. Los poderes que la constitución les atribuye son nominales y ejercidos de hecho por el gobierno..." (Duverger, Maurice; *op. cit.*, p. 153.)

¹⁰ Sartori, Giovanni; *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 136.

¹¹ *Idem.*

mo, para disipar cualquier duda. En concreto, ambos sistemas: 1) dividen el poder del Ejecutivo entre un jefe de Estado y un gabinete del que emerge un jefe de gobierno; 2) el gabinete es responsable políticamente ante el parlamento; 3) el parlamento tiene la capacidad de deponer al jefe de gobierno y a sus ministros a través de un voto de no confianza; y finalmente 4) el Ejecutivo cuenta con la prerrogativa de disolver el parlamento, lo que se traduce en influjos sobre éste¹². Entonces, si el semipresidencialismo se asemeja más al parlamentarismo, ¿por qué la denominación de dicho sistema hace referencia al presidencialismo? Básicamente como se habíamos dicho en párrafos *ut supra*, porque el representante del Poder Ejecutivo es electo por sufragio universal, es decir, el jefe de Estado no es un monarca hereditario, ni tampoco se trata de un dirigente ungido por una junta de notables o los parlamentarios.¹³

En conclusión, no debemos asumir textualmente la denominación del sistema semipresidencial, ya que sus notas particulares convergen más con el parlamentarismo, pese a que no alcance a llamarse semiparlamentarismo.¹⁴

III. ARQUETIPOS DE RÉGIMENES SEMIPRESIDENCIALES

Así como los sistemas parlamentario y presidencial tienen como casos paradigmáticos, el parlamento de Reino Unido y la presidencia de los Estados Unidos de América, el semipresidencialismo localiza su caso sobresaliente en la V República francesa.

¹² Duverger, Maurice, *op. cit.*, p. 152

¹³ *Idem.*

¹⁴ El mismo Giovanni Sartori nos remite a dos teóricos, quienes apegados a consideraciones de tipo filológico, nos presentan un criterio distinto sobre la denominación del semipresidencialismo, cuyos criterios son expuestos por el constitucionalista Italiano mediante la ulterior paráfrasis: “en un planteamiento contrario reemplazan al semipresidencialismo argumentando que *semi* sugiere [un tipo de régimen que está a la mitad de un *continuum*]. Pero *semi* es un prefijo de origen latino que significa “medio” (por ejemplo, semicírculo, mediocírculo, no en medio) y no supone ningún *continuum* como cualquier diccionario lo demuestra para cientos de expresiones, pues precedió por mucho al inicio de la manía del *continuum*.”; *apud* Sartori, *op. cit.*, p.137.

Efectivamente, cuando queremos poner el ejemplo de un país con un sistema semipresidencial, el primero en el que pensamos es en el régimen instaurado en Francia en 1962 por medio de una reforma constitucional, con la que se estableció la elección popular del presidente de la república, sin que ello implicara soslayar el escenario parlamentario¹⁵. Pero, ¿fueron los franceses los primeros en aplicar el sistema semipresidencial? La respuesta es no, puesto que históricamente otros países lo han puesto en práctica, tales son los casos de la Alemania de Weimar y Austria.

A pesar de que son citables los ejemplos de regímenes semipresidenciales, los casos resultan atípicos. Algunos países que podemos “englobar” dentro de esta categoría son: Francia desde 1962, Austria, Finlandia, Portugal, Islandia, Irlanda, la Alemania de Weimar y Sri Lanka. Ponemos entrecomillado englobar, porque la disparidad de rasgos característicos de estos casos es considerable, lo que impide afirmar su pertenencia o no al semipresidencialismo. Por ejemplo, el caso de Irlanda que bien lo podríamos comprender dentro del sistema parlamentario¹⁶.

De hecho, si quisiéramos ser más precisos en la elaboración de un inventario de países semipresidenciales, tendríamos que acortar este primer registro. Empezando por retirar a los regímenes de Austria e Islandia, en vista de que sólo son semipresidenciales en la constitución, pero en la praxis se acercan más a un parlamentarismo clásico, pues el presidente es un símil de un jefe de Estado ornamental, sin mayor peso político. Algo similar sucede con Irlanda, a pesar de que el presidente es electo por sufragio universal.

En pocas palabras, en Austria, Irlanda e Islandia lo que prevalece es el ejercicio parlamentario, de modo que los presidentes se quedan como figuras que engalanan a sus Estados¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*, p. 152.

¹⁶ Cfr. Shugart, M. S. y Carey, J. M.; *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992.

¹⁷ Duverger, Maurice; “A new political system model: semi-presidential government”, en *Journal of political research*, vol. 8, núm. 2, 1980, pp.165-187.

Hasta aquí se podría objetar que hacer un catálogo restringido de países que se encuadran dentro del semipresidencialismo le resta importancia a este sistema, ya que la muestra pierde dimensión; sin embargo, para entender con mayor fidelidad lo que es el semipresidencialismo, resulta necesario eliminar a los prototipos espurios. Con lo que tachamos de nuestra lista a Austria, Irlanda e Islandia. Quedándonos con una relación refinada de cinco países: Francia (1962); Alemania de Weimar; Finlandia; Portugal; y Sri Lanka. Como se mencionó en el primer párrafo de este apartado, la V República francesa es el caso por antonomasia del sistema semipresidencial, por lo que recibirá un tratamiento especial en la sección ulterior.

Hecha esta aclaración, empezaremos con la Alemania de Weimar, en vista de que sirve como referencia histórica. Evidentemente, en los albores del régimen político de Weimar, no pasaba por la cabeza de nadie el modelo semipresidencial. En consecuencia fue entendido como un sistema parlamentario mitigado por una dirigencia robusta¹⁸. Como ejemplo de esta presidencia fuerte, revisemos lo estipulado por el artículo 48 de la Constitución de Weimar.

Si un País no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Imperio el Presidente de éste podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada. Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

De la lectura de dicho artículo, observamos que la Constitución de Weimar le otorgaba al presidente la facultad para gobernar por decreto en situaciones de emergencia. Un permiso para nada menor.

¹⁸ Sartori, Giovanni; *Ingeniería constitucional comparada...*, cit., 144.

La experiencia semipresidencial de Weimar tuvo una vida breve, acabándose tras el golpe de la “Gran Depresión”, no obstante, nos dejó una obra constitucional notable y una prueba de lo que a la postre sería el semipresidencialismo. La caducidad de Weimar sólo permitió que hubiera dos elecciones presidenciales con voto popular, la primera vez en 1928 y la segunda en 1932, expirándose al siguiente año¹⁹.

Ahora pasemos al caso de Portugal, cuyo ejercicio semipresidencial se mantuvo apenas seis años, de 1976 a 1982. Inspirada en el prototipo francés, su desenlace no fue necesariamente similar, ya que la frustración de este proyecto se debió en gran medida a que el presidente no se benefició del apoyo político de algún partido. Aunado a ello, las mayorías fraccionadas que subsistieron en aquel régimen consiguieron fracturar los contrapesos que implica el semipresidencialismo²⁰.

Prosigamos nuestro análisis con Sri Lanka, país que al igual que Portugal siguieron el ejemplo francés, aunque con ciertas particularidades, ya que en la Constitución de 1978 se fortificó la potestad del presidente, aproximándose a la configuración hecha por Weimar. En este caso, el presidente de Sri Lanka, asimilándose al de Weimar, detenta un poder unilateral y discrecional, con el que puede influir en la aprobación por referéndum de las leyes censuradas por el parlamento. No sólo el modelo semipresidencial de Sri Lanka dotó de mayores facultades al presidente, en razón de lo presentado en la V República y en Weimar, sino que fue más allá del paradigma tradicional del semipresidencialismo al fusionar en la persona del presidente al jefe de Estado y al jefe de gobierno. Esto significa que en la práctica el presidente elige a sus ministros y emite propuestas de ley, prerrogativas análogas al sistema presidencial.

¹⁹ Duverger, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional...*, cit., p. 154.

²⁰ Sartori, Giovanni; *Ingeniería constitucional comparada...*, cit., p. 146.

Considerando esta exposición de la figura del presidente en Sri Lanka, muchos opinaron que se trata más bien de un régimen presidencial puro; sin embargo, hay una característica que persiste en inclinar la balanza por el sistema semipresidencial. Se trata del voto de censura que tiene el parlamento para destituir al gabinete, con lo que se demuestra la falta de separación de poderes, que define al presidencialismo²¹.

Para finalizar con esta comparación de arquetipos de regímenes semipresidenciales, examinemos el caso de Finlandia, que no por ser el último de la lista es el más reciente, pues, de hecho, es el más antiguo junto a Weimar, dado que su origen estuvo en 1919. El formato finlandés, a diferencia de Sri Lanka, se parece más a un sistema parlamentario, en vista de que el parlamento escoge y cesa a los gobiernos. Aunque el presidente no queda desprovisto de atribuciones, puesto que nombra al primer ministro y conduce las reuniones del gabinete de interés internacional, no así de los asuntos domésticos.

En conclusión, podemos señalar que los modelos de semipresidencialismo se manifiestan abigarrados y dispares, de tal suerte que descubrir casos idénticos resulta una tarea irrealizable y por demás estéril. En todo caso, lo que se percibe es que el prototipo ofrecido por la V República francesa, es el ideal al que han aspirado otros ensayos del semipresidencialismo.

IV. EL PROTOTIPO DE LA V REPÚBLICA (EL SEMIPRESIDENCIALISMO EN FRANCIA)

Indiscutiblemente, el prototipo de la V República francesa es el modelo a seguir de los otros sistemas semipresidenciales, por lo que se hace ineludible detenernos a examinar la propuesta gala.

²¹ *Ibidem*, p. 147.

1. EXTINGUIENDO EL ANCIEN RÉGIME

Comencemos con los antecedentes de este sistema político. Así, si quisiéramos poner una fecha de su arranque, diríamos que es 1789. Porque es el año en el que se le pone fin al *ancien régime*, para entrar a la política moderna. La Revolución francesa tuvo su origen, precisamente en un tema de gobierno, pues mientras la ideología liberal y la burguesía evolucionaban, la monarquía se quedó estática, conservando un aparato real ostentoso e inservible (elementos comunes de las monarquías dieciochescas). Las consecuencias de la revolución fueron diversas, no sólo consumió al antiguo régimen, sino que desató la disensión nacional, pensemos por ejemplo en la falta de acuerdo para la determinación de la forma de gobierno francés después de la cese de la monarquía. Esta condición histórica llevó a Francia durante los siglos XIX y XX a buscar un régimen que fuera aprobado por la mayoría de los franceses²². Los experimentos del gobierno francés, pasaron por la I República; el Primer Imperio bajo el control de Napoleón Bonaparte; la reinstauración de la monarquía con la casa de los Borbones; la monarquía de la casa de Orleans; la II República; el Segundo Imperio con Napoleón III; la III República; la IV República, iniciada después de la Segunda Guerra Mundial; para finalmente en 1958 establecer la actual V República, apoyada en un presidente fuerte como lo fue Charles de Gaulle. Durante esta serie de ensayos, sobresale el asentamiento de la república parlamentaria, la cual estuvo vigente casi un siglo, pese a que en 1920 el parlamentarismo se deterioró. Como se puede advertir, después de 1789 la política en Francia ha sido dinámica, siempre en busca del mejor gobierno para su pueblo. Aunque, es posible identificar dos grandes fases, la primera de 1789 a 1875, período en el que los gobiernos se mostraron inconsistentes, en el que se transitaba de monarquía a imperio y de éste a república, sin mayor disimulo. Y una segunda época que va de 1875 hasta 1958, con el fin del Segun-

²² Duverger, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional... cit.*, p. 272.

do Imperio francés y la admisión de la república (curiosamente de la parlamentaria).

A pesar de que en la primera fase, se observa un relevante vaivén político, en realidad la inestabilidad fue más aparente que efectiva, ya que los regímenes que estuvieron en vigor durante este intervalo de tiempo son semejantes. Tomemos en cuenta que Francia en este lapso osciló entre la monarquía parlamentaria, la monarquía republicana, y la república presidencial. Sumado a ello, cabe señalar que los dos primeros sistemas ocuparon la mayor parte del tiempo de este primer período.

Al término del Segundo Imperio, el sistema político que se alzó para tomar las riendas de Francia fue la república, creándose instituciones sólidas, pues de hecho, la III y IV República se prolongaron toda esta segunda fase, no obstante, la estabilidad del sistema, no se tradujo en una firmeza gubernativa. Encontramos en esta etapa dos constituciones: la “Constitución de 1875”²³ y la Constitución de 1946. La primera estableció un parlamentarismo clásico y la segunda intentó mantenerlo, pero los problemas sociales, la posguerra y la Crisis de Mayo, propiciaron el declive del parlamentarismo y de la IV República²⁴.

2. LOS ALBORES DE LA V REPÚBLICA Y DEL SEMIPRESIDENCIALISMO

Una vez estudiados los antecedentes políticos del régimen semipresidencial en Francia, avancemos nuestra investigación con la V República y su sistema actual. El sistema político conocido como la V República francesa procede de la Constitución de 1958, la cual tuvo su origen tras el regreso al poder de Charles de Gaulle. Recordemos que la Asamblea Nacional consintió que el nuevo jefe de gobierno

²³ La Constitución de 1875, no es propiamente una constitución, pues el ala monárquica de la Asamblea Nacional no permitió que se plasmase el republicanismo en un documento oficial; sin embargo, se promulgaron tres leyes, las cuales conformaron lo que se conoce como la Constitución de 1875.

²⁴ *Ibidem*, p. 275.

podiera elaborar una constitución, siempre y cuando fuera ratificada por la nación. Así, el 28 de septiembre de 1958 fue adoptada por referéndum²⁵ la nueva constitución, siendo el decimoquinto texto fundamental de Francia.

La Constitución francesa de 1958 fue elaborada con el propósito de acabar con la inestabilidad en el gobierno y la guerra en Argelia. Como norma suprema del sistema jurídico, en primera instancia instauró un régimen parlamentario, aunque se caracteriza por confeccionar un Ejecutivo fuerte. El 6 de noviembre de 1962, una reforma constitucional transformó ampliamente el sistema trazado en 1958. El cambio se daba en la forma de elección del presidente de la república, pues de ser nombrado por un colegio de notables, pasaba a ser designado por votación popular. Esta modificación que en apariencia es nimia, le otorgó al Ejecutivo un gran poder. Previo a esta reforma el presidente era más bien un jefe de Estado parlamentario, sin autoridad. Tras el cambio constitucional, el Ejecutivo se torna en un jefe de gobierno con ejercicio real de sus funciones.

Lo referido hasta aquí pone de manifiesto, que, con la reforma constitucional de 1962, Francia abandonaba el parlamentarismo para establecer un régimen semipresidencial en *stricto sensu*. El prototipo que germinó fue inédito, ya que el presidente al ser electo por sufragio universal, detentaba una notable autoridad, pero no omnímoda, y mucho menos dictatorial, en vista de que el poder se distribuyó en el primer ministro y su gabinete, al estilo del parlamentarismo clásico²⁶. Como era de esperarse, los partidarios del parlamentarismo se opusieron a la reforma de 1962; sin embargo, ésta fue ratificada por referéndum del 28 de octubre del mismo año.

Estos son los comienzos de un régimen democrático distinto a los modelos típicos representados en el presidencialismo y el parlamentarismo. Su nombre “semipresidencialismo” y su ascendencia “la V República francesa”.

²⁵ El referéndum fue aprobado con 17. 668. 790 votos a favor en la metrópoli, 4.624.511 en contra y 4.016.614 abstenciones.

²⁶ *Ibidem*, p. 276.

3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL FRANCÉS

Hemos visto cómo es que Francia a lo largo de su historia abandonó gradualmente las arcaicas instituciones del *Ancien régime*, para convertirse en lo que hoy conocemos como la V República, régimen que estableció el semipresidencialismo, modelo que sigue vigente en el país galo.

Llegados a este punto, es menester examinar los elementos y características esenciales de este régimen. El semipresidencialismo francés es un sistema político democrático, expresada por medio del referéndum (democracia semidirecta); y del voto de los ciudadanos, con el que eligen a los parlamentarios (democracia representativa), y al presidente (democracia directa). Pero, la actividad política de los ciudadanos, no sólo se ejerce a través de estas vías, pues los partidos políticos mantienen un papel importante en la vida pública.

El Parlamento francés (*Parlement français*) representa al Poder Legislativo. Se compone por dos cámaras: el Senado (*Sénat*)²⁷ y por la Asamblea Nacional de Francia (*Assemblée nationale française*)²⁸. El Senado se integra por 348²⁹ cargos electos y se renueva fraccionadamente cada tres años en dos series. Mientras tanto, la Asamblea Nacional se conforma por 577³⁰ diputados, designados cada cinco años. La elección del Senado es por medio de una votación indirecta, y la de la Asamblea Nacional es a través de sufragio universal directo.

²⁷ El Senado francés tiene su sede en el Palacio de Luxemburgo (*Palais du Luxembourg*).

²⁸ La Asamblea Nacional de Francia tiene su sede en el Palacio de Bourbon (*Palais Bourbon*).

²⁹ La repartición de los escaños se da de la siguiente manera: 326 para los departamentos metropolitanos y de ultramar (cada departamento tiene al menos un representante); 2 para la Polinesia Francesa; 2 para Nueva Caledonia; 2 para Mayotte; 1 para San Pedro y Miquelón; 1 para San Martín; 1 para San Bartolomé; 1 para Wallis y Futuna; y 12 para los franceses residentes en el extranjero.

³⁰ Los 577 escaños de los diputados se reparten de la siguiente manera: 556 para los departamentos franceses; 10 para las colectividades de ultramar; y 11 para los franceses establecidos en el extranjero.

La integración y funciones del Parlamento francés se localizan en la Constitución del 4 de octubre de 1958, en el Título IV, denominado “Del Parlamento”, en los artículos 24 a 33. A continuación veamos el artículo 24, en el que se estipula como estará integrado el Parlamento, su número de miembros, y su forma de elección.

ARTICLE 24. Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques. Il comprend l'Assemblée nationale et le Sénat. Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct. Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. Les Français établis hors de France sont représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat³¹.

Ahora veamos lo correspondiente a la figura del Ejecutivo. El presidente de la república tiene el encargo de velar por el respeto a la Constitución y asegurar el funcionamiento de los poderes públicos, así como la conservación del Estado francés. Huelga decir, que es el garante de la independencia e integridad nacional. Como se destacó en párrafos *ut supra*, con la reforma de 6 de noviembre de 1962, el presidente es seleccionado de una votación popular para un mandato de cinco años³² (desde el referéndum del año 2000), al obtener la mayoría absoluta de votos emitidos. Sin embargo, el mecanismo no es tan sencillo, ya que en caso de no obtenerse dicha mayoría en primera vuelta, se procederá a una segunda vuelta, al decimocuarto día siguiente. Para la segunda vuelta, sólo se podrán presentar los dos candidatos con más votos de la primera vuelta. Las elecciones presidenciales se llevarán a cabo durante los veinte y treinta y cinco días antes del fin del mandato presidencial en ejercicio.

³¹ La traducción de dicho precepto sería la siguiente: “El Parlamento votará la ley. Controlará la acción del Gobierno. Evaluará las políticas públicas. Estará compuesto por la Asamblea Nacional y el Senado. Los diputados en la Asamblea Nacional, cuyo número no podrá exceder de quinientos setenta y siete, serán elegidos por sufragio directo. El Senado cuyo número de miembros no podrá exceder de trescientos cuarenta y ocho, será elegido por sufragio indirecto. Asumirá la representación de las entidades territoriales de la República

³² Originalmente se contempló que el mandato del presidente durara siete años.

Como se ha dicho el presidente en Francia es más influyente que el de los regímenes parlamentarios, sin llegar a tener los poderes otorgados por un sistema presidencial puro. Veamos porque es así. Las principales facultades del presidente francés son: 1) nombrar al Primer Ministro, al cual puede cesar, en caso de que presente su dimisión al gobierno; 2) nombrar y cesar a los demás miembros del gobierno, a propuesta del Primer Ministro; 3) presidir el Consejo de Ministros; 4) promulgar las leyes; 5) pedir al Parlamento una nueva deliberación sobre una ley; 6) someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, reformas vinculadas a la política económica, social y medioambiental, o que formule la ratificación de un tratado internacional; 7) acordar con el Primer Ministro y con los presidentes de las Cámaras, la disolución de la Asamblea Nacional; 8) firmar las ordenanzas y los decretos discutidos en el Consejo de Ministros; 9) nombrar los cargos civiles y militares del Estado; 10) acreditar a los embajadores ante países extranjeros; 11) presidir los consejos y los comités de la defensa nacional; 12) ejercer poderes extraordinarios en caso de estado de excepción; y 13) gozar de prerrogativas de indulto.

La elección y funciones del presidente francés se encuentran en el Título II, llamado “Del Presidente de la República”, a partir del artículo 5 hasta el 19 y el 52 de la Constitución de 1958. Deseamos subrayar que el liderazgo del presidente no está plasmado con claridad y permanece atomizado en el texto fundamental. La dispersión de las facultades más importantes del presidente obedecen a que son de carácter contingente, y excepcionales. Sumado a ello, hay que destacar que sus prerrogativas no son de decisión, sino más bien para frenar, póngase por ejemplo las prerrogativas de disolución de la Asamblea Nacional (artículo 12) y el referéndum de leyes (artículo 11)³³.

³³ Sartori, Giovanni; *Ingeniería constitucional comparada... cit.*, p. 137.

V. CONSIDERACIONES FINALES

¿Es el semipresidencialismo algo que verdaderamente represente una esperanza de perfeccionamiento del sistema político mexicano? ¿Podemos considerar que, a partir de un cierto texto constitucional, con las modificaciones orgánicas que él deba implicar para adaptarse a los rasgos generales que hemos caracterizado como semipresidencialistas, habrá de lograrse *per se* de manera misteriosa, la solución al malestar político, o expresándonos en palabras de cierta referencia bibliográfica de la que nos hemos servido, ser la salida al estancamiento del régimen? Cualquiera que sea nuestra respuesta a ello, nos dejará con idéntico grado de incertidumbre. Lo que sí podemos saber es que el conocimiento constitucional, a través de su literatura nos muestra la posibilidad de establecer previsiones sobre los efectos en las modificaciones del régimen político.

El estudio de los sistemas semipresidencialistas en marcha, al través de sus más granados paradigmas, puede permitirnos establecer un asomo sobre las probables consecuencias de su implementación en nuestro país. Algunos teóricos afirman que aún con las deficiencias de los sistemas presidencialistas latinoamericanos, sería plausible aplicar con cierta esperanza de éxito, cierto semipresidencialismo por estas latitudes.

Giovani Sartori, elogia el semipresidencialismo francés, mediante un catálogo de sus logros, para él éste ha evolucionado hasta convertirse en una estructura de verdadera condición mixta, dotado de flexibilidad que se hace patente en un mando estatal bifurcado o “bicéfalo”. En una expresión metafórica, el constitucionalista italiano afirma la capacidad oscilatoria del mando ejecutivo estatal que entra en dinámica con las combinaciones mayoritarias, las cuales si son de tipo unificado hacen destacar al Presidente con notoria hegemonía aplicándose por ende, la convenciones constitucionales; en el caso opuesto, al dividirse la mayoría, tal dinamismo colectivo pone al primer ministro sobre una especie de pedestal de mando, en cuya

altura puede, mediante el apoyo del parlamento y la constitución formal ejecutar la pretensión de mando que le es propia.

Aunque un régimen de autoridad dual, debido a su intrínseca naturaleza puede paralizarse debido a un enfrentamiento emanado de un ejecutivo conflictuado, como podría acontecer al más granado de los ejemplos semipresidencialistas que perviven, no es posible dejar de reconocer que la problemática relativa a la división de las mayorías se ve soliviantada por lo que el autor del *homo videns* llama “cambio de cabeza”; es decir, la alternancia en el ejercicio del mando que detenta tanto la figura presidencial como la del primer ministro.

Si bien nosotros, hemos planteado a que pudiera el semipresidencialismo representar cierta esperanza de solución a un régimen político estancado, con cierto dejo de incredulidad; tal parece, que no es muy descabellado considerarlo dotado de cierta fuerza mágica, pues el mismo Sartori, ha tenido a bien llamarlo, no ingeniería, no sortilegio, sino “brillante, aunque involuntario acto brujería constitucional”³⁴.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del Derecho administrativo*, ed., Porrúa, México, 1981.

DE GAULLE, Charles, *Memorias de la guerra, la salvación*, Editorial G., P., España, 1970.

DUVERGER, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984.

_____, “A new political system model: semi-presidential government”, en *Journal of political research*, vol. 8, núm. 2, 1980.

EBRAD CASAUBÓN, Marcelo y Robles Villaseñor, Mara, *Semipresidencialismo en México, ¿salida al estancamiento del régimen?*, Escuela de Administración Pública del Distrito Federal, México, 2011.

³⁴ *Ibidem*, p. 141.

REIS NOVAIS, Jorge, *Semipresidencialismo, teoría do sistema de governo semipresidencial*, editorial Almedina, Portugal, 2007.

SARTORI, Giovanni; *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

SEARA VAZQUEZ, Modesto, *Las naciones unidas a los cincuenta años*, FCE, México, 1995.

SHUGART, M. S. y Carey, J. M.; *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Nueva York, 1992.



REFLEXIONES SOBRE EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

REFLECTIONS ON LEGAL KNOWLEDGE

ROGELIO ZACARIAS RODRÍGUEZ GARDUÑO¹

RESUMEN: El presente trabajo tiene como propósito, brindar al lector un panorama claro sobre lo que es el conocimiento en general así como del conocimiento jurídico en lo particular, para dar paso a la utilidad que tiene el conocimiento jurídico en la vida diaria. Por lo tanto, a lo largo de las presentes disertaciones, me planteo como objetivo fundamental, tratar de explicar la forma en que se ha pensado con respecto a la utilidad del conocimiento de lo jurídico, mediante la reflexión de los siguientes cuestionamientos: ¿en qué momento se ha estudiado con profundidad el conocimiento jurídico? y ¿cuándo ha sido con superficialidad?

PALABRAS CLAVE: *Conocimiento, conocimiento jurídico, utilidad, derecho, pensamiento jurídico.*

ABSTRACT: The objective of this paper is to provide the reader an overview course about what knowledge in general as well as of legal knowledge in particular, to make way for the utility that has the legal knowledge in everyday life. Therefore, along the present lectures, I am raising as a fundamental objective, trying to explain the way in which it has been thought about the usefulness of legal knowledge, through the reflection of the following questions: When has studied in depth the legal knowledge? and when it has been with superficiality?

KEYWORDS: *Knowledge, legal knowledge, utility, law, legal thinking.*

SUMARIO: I. Introducción. II. El Conocimiento. III. Conocimiento Jurídico. IV. Corrientes Epistemológicas Jurídicas. V. Reflexiones sobre el Conocimiento Jurídico. VI. La crisis del Conocimiento en la Modernidad. VII. Reflexiones sobresalientes en torno a la actualidad del Conocimiento Jurídico. VIII. Conclusión. IX. Fuentes.

¹ Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por la UNAM. Maestro en Derecho Procesal Constitucional y titular en la Especialidad de Amparo en la Universidad Panamericana; Doctor en Derecho por la misma institución.

Actualmente es Profesor de Tiempo Completo "C" en la Facultad de Derecho de la UNAM, en el programa de licenciatura y maestría. Correo electrónico: <rrodriguezg@derecho.unam.mx>.

*Artículo realizado con la colaboración de Elizabeth de la Cruz González, egresada y actual tesista para la obtención del grado de la Licenciatura en Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo de este trabajo, se espera que quienes tengan oportunidad de leerlo, hallen respuestas “claras” sobre la idea y la utilidad del conocimiento jurídico. La apreciación que tengo sobre esta importantísima materia, está íntimamente asociada a la profunda reflexión sobre el proceso del conocimiento en su adquisición, aplicación y constante actualización, razón por la que el conocimiento, al ser analizado, no puede partir de la nada, sino del formulado en las estructuras teóricas que sobre el conocimiento jurídico se han formulado y su reflexión filosófica.

Ante el planteamiento realizado, se abordara el estudio del conocimiento jurídico relacionado necesariamente con el conocimiento preexistente y ubicado singularmente en los postulados teóricos respecto del derecho, teniendo como objeto la extracción de las disposiciones epistémicas en la visión de quienes a lo largo del tiempo, se han postulado respecto del fundamento, fines y justificación del derecho; motivo por el que en el presente estudio, existe una coincidencia con cierta estructura del conocimiento jurídico, destacando que, por cuanto a nosotros constriñe, procuraremos para beneficio del lector, ocuparnos de los posicionamientos en torno a la construcción, presentación, divulgación y utilidad del conocimiento en relación con lo jurídico, razón por la cual cuando nos referimos a las corrientes epistemológicas² —siguiendo la propuesta de título que presenta, si bien no desarrolla, el Doctor Rosalío López Durán—, por lo que estarán presentes la corriente positivista, naturalista y otras críticas que no se ubican necesariamente en alguna postura.

² López Durán, Rosalío, *Metodología jurídica*, México, D.F., IURE editores, 2002, p.123.

II. EL CONOCIMIENTO

Para poder abordar el tema que nos ocupa en el presente trabajo, resulta necesario en primer lugar, señalar lo que entendemos por conocimiento en general, para que así, más adelante, podamos abordar lo que es el conocimiento jurídico en lo particular.

Conocimiento es definido en el Diccionario de la Real Academia Española como “entendimiento, inteligencia, razón natural”; así también como “noción, saber o noticia elemental de algo”.³ Siendo así, tenemos entonces que el conocimiento son las nociones que se tienen respecto de un objeto, tema o situación en particular.

Para que este conocimiento pueda ser analizado, debemos tener claro que no puede partir de la nada, sino en todo caso, del formulado en las estructuras teóricas que sobre el conocimiento en lo general, y el conocimiento jurídico en lo particular, se han formulado.

Si se quiere estudiar el conocimiento, debe de existir previamente; es así que surge la pregunta: ¿de dónde proviene el conocimiento? Para dar contestación a este cuestionamiento tenemos las siguientes tres respuestas:

- a) el conocimiento surge de los sentidos: este es un conocimiento subjetivo, tiene origen de la simple interpretación de la realidad de cada sujeto, por lo que carece de “certeza” y no puede ser generalizado. Podemos decir que es un conocimiento primitivo pues tiene su basamento en lo que cada uno “siente”;
- b) trasmisión empírica: encuentra su origen en la experiencia. Este sigue siendo un conocimiento subjetivo pues tiene su base en las vivencias que cada persona tiene y que van formando a su persona, y
- c) el conocimiento que surge de la reflexión: el que se obtiene a través de la razón y el discernimiento mediante un proceso analítico que permite a las personas discriminar la utilidad de lo descifrado.

³ Real Academia Española, [en línea], <<http://dle.rae.es/?id=Fy2OT7b>>, [consulta: 31 de mayo, 2018].

A partir del conocimiento adquirido en estos planos, llega un momento en que el ser humano es capaz de detener su actuar mecánico para razonar, discernir y asumir posturas conformadas por un proceso analítico.

Por tanto, podemos indicar que el conocimiento no le es indiferente al ser humano, es decir, es una cuestión intrínseca a la naturaleza de éste, pues desde sus orígenes, la curiosidad de conocer el mundo ha acompañado al hombre y esto lo ha llevado a diferenciarse del resto de las especies animales, en otras palabras, conforme el ser humano evoluciona, de igual forma lo hace el conocimiento y el modo de adquirirlo.

No obstante, como prueba de lo anterior, tenemos la evolución del pensamiento científico, pues a lo largo de la historia hemos visto cómo ha cambiado, pasando de ser un conocimiento obtenido a partir de la reflexión y el pensamiento, a un conocimiento justificado por la divinidad, para finalmente ser un conocimiento cerrado dado por la rigidez de un sistema y “la certeza de las pruebas”.

Es de este modo que se deja fuera del pensamiento científico todo aquel conocimiento que no se pueda encuadrar dentro de este sistema. Sin embargo, el hecho de que la ciencia moderna se sujete a un rígido sistema para la obtención del conocimiento, no constituye un obstáculo para generar otros sistemas con base en los cuales el ser humano pueda allegarse el conocimiento, pues como bien se postula en la corriente filosófica del racionalismo, elaborada por el pensador René Descartes, para que el hombre pueda allegarse del conocimiento es necesario que exista la razón.

En este punto resulta oportuno señalar, que el conocimiento que no tiene aplicación útil, es simplemente conocimiento muerto. Acorde con esta idea lo es el pensamiento que al respecto tiene Hegel, pues para él, el conocimiento debe de ser para beneficio del hombre y no para la trascendencia personal, es decir, para un fin egoísta.

III. CONOCIMIENTO JURÍDICO

El conocimiento jurídico se encarga de describir, justificar y en esencia, de cuestionar la utilidad del mismo; sin embargo, cabe preguntarse ¿cuándo se ha estudiado con profundidad el conocimiento jurídico?

No podemos afirmar que el conocimiento jurídico ha sido analizado a profundidad, pues el estudio jurídico se ha centrado principalmente en la justificación, construcción y estructuración, dejando de manera superficial aspectos como su utilidad. Es por esta razón, que consideramos que uno de los requisitos que debe tener el conocimiento útil en el campo del derecho, sin importar la corriente a la que se encuentre suscrito, es que esté provisto de aceptación en las propuestas de prevención o solución a la problemática de los individuos y de su convivencia colectiva.

IV. CORRIENTES EPISTEMOLÓGICAS JURÍDICAS

Las corrientes epistemológicas jurídicas han abordado temas relacionados con la construcción y justificación del conocimiento jurídico. Estas se han abordado en dos grandes grupos: el iusnaturalismo y el iuspositivismo, pero estas categorías nunca han sido definidas totalmente, pues aun dentro de ellas surgen nuevas corrientes que buscan dar respuesta a los cuestionamientos de los hombres por tratar de entender y comprender de donde viene el conocimiento en lo general y el jurídico en lo particular, así como por saber cuál es el fin último de estos. Es entonces que se abordara el estudio de las que, a nuestra consideración, son las dos grandes vertientes: el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo.

1. IUSNATURALISMO

El termino de iusnaturalismo proviene de las raíces latinas *ius* (traducido como derecho) y *naturale* (relativo a la naturaleza), mientras que el sufijo -ismo suele significar “escuela” o “doctrina”.⁴

⁴ “Iusnaturalismo” [en línea], <<http://etimologias.dechile.net/?iusnaturalismo>>.

Como principal postulado, sostiene que el derecho es connatural al ser humano, por lo que uno de los fines principales es la dignidad del ser humano y su respeto, esto con el objeto de garantizar el orden jurídico y lograr la plena realización de las personas.

Dicha doctrina tiene la firme creencia de la existencia de una ley superior a los hombres, la cual mantiene un orden preestablecido bajo el cual éstos deben de conducirse.

La doctrina del Iusnaturalismo tiene varias vertientes, cada una con su propia concepción de lo que es el derecho natural y la ley natural, sin embargo, y a pesar de las diferencias que pueda haber dentro de estas vertientes, parece ser que todas parten de una idea común: el derecho vale y obliga como tal.

Es así que nos limitaremos a realizar un esbozo de algunas de las principales cosmovisiones a través de sus autores más relevantes, para poder desentrañar las visiones epistemológicas existentes en el derecho natural respecto del conocimiento jurídico.

A) IUSNATURALISMO EN LA ANTIGUA GRECIA

Por un lado tenemos el pensamiento de Platón, quien al hablar del derecho natural considera que lo relevante es poder identificar lo bueno de lo malo y lo justo de lo injusto, esto como resultado de los procesos intelectuales arrojados por la razón, mismos que a su vez se encuentran sometidos al poder divino.⁵ Es dable destacar que es indiferente al debate sobre la existencia del monoteísmo o politeísmo para construir su pensamiento.

Para Platón, la justicia como virtud se da en dos sentidos, el primero como el orden de las cosas y el segundo como el sitio que le corresponde a cada individuo en un grupo social de acuerdo a sus cualidades, por lo tanto, podemos decir que Platón es un naturalista dado que propone que la verdadera ley es aquella que más se acerca a la idea de la justicia, entendida en un sentido parecido al biológico,

[consulta: 25 de mayo, 2018].

⁵ Cfr. López Durán, Rosalío, *op. cit.*, nota 2, p.123.

pues considera que los hombres deben inspirarse en el orden encontrado en la naturaleza para asignar determinados roles a las personas que conforman una sociedad de acuerdo a la virtudes que posean.

Por otro lado, el pensamiento de Aristóteles respecto del derecho se ocupa de la distinción entre la ley natural regida por el universo y las leyes específicas descriptivas que pretenden determinar lo verdadero o positivo, es decir, la diferenciación del derecho natural del derecho de los hombres.⁶

Por su parte, este autor se aparta de la divinidad pero sin dejar de lado la metafísica, pues la base del derecho natural no es la voluntad de los dioses, sino el orden Cósmico (el orden del Universo). En su obra *Ética Nicomaquea*, aborda los temas de la justicia y posteriormente la justicia política, de donde desprende dos elementos: la justicia legal y la justicia (considerando esto último como lo legal y lo igual).⁷

B) IUSNATURALISMO DIVINO

El iusnaturalismo divino tiene como base la idea de que el comportamiento del ser humano en la sociedad está regulado por un ente supremo (Dios), que impone límites al actuar humano a través de sus mandamientos.⁸

Sus máximos exponentes son San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.

El pensamiento del primero de ellos tuvo como base la corriente del pensamiento cósmico del derecho natural. Para San Agustín, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina, es decir, es la voluntad de Dios quien manda y conserva el orden natural. De esta proviene la ley natural, que es aquella verdad revelada a los hombres, por ello nuestro autor señala que la ley humana nace del intelecto del legislador, pero para que sea justa y recta debe de estar

⁶ *Idem.*

⁷ Aristoteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2016, p. 97.

⁸ *Cfr.* López Durán, Rosalío, *op. cit.*, nota 2, p.123.

apegada a la ley natural y por tanto, a la ley eterna. La ley natural es inmutable pues es de carácter universal y está por encima de las circunstancias de tiempo y lugar, siendo así que la ley humana queda limitada a aquellas circunstancias relevantes para la marcha de la sociedad. De estos planteamientos se desprende que la utilidad que tiene el conocimiento humano, en el ámbito jurídico, es la de solucionar los problemas sociales.

Para Santo Tomás, el soporte de todo lo real y verdadero es la propia creación divina. El hombre, al poseer inteligencia, puede entender el orden y sentido de la creación. A partir de tales consideraciones, sostiene que Dios dota de libertad al hombre para que pueda elaborar normas de acuerdo a las condiciones en que se desarrolla. Razona al derecho como una obra justa, por lo que las manifestaciones jurídicas resultan instrumentos destinados al bien común y serán válidos siempre que se adecúen a lo justo; es decir, es la ley un mandato de la razón útil para el bienestar común,⁹ misma que es terrenalmente dictada por quien tiene el encargo del cuidado de la sociedad.

Considera la existencia de tres leyes, a saber:

- a) la ley eterna que proviene de la razón de Dios;
- b) la ley natural, la cual se puede entender en dos sentidos: como regla y como medida; y
- c) la ley humana: “es un cierto dictamen de la razón práctica”¹⁰ y se extiende solo a los seres racionales.

Finalmente, hace el señalamiento de que estas deben de tener cierta coherencia entre ellas, pues la ley humana que se contrapone a la ley divina o natural, no puede ser derecho. Para él, la utilidad del derecho no es nada más que el orden y el bien común.

⁹ Cfr. Du Pasquier, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Edinar, 1990, p. 184

¹⁰ De Aquino, Santo Tomás, *Tratado de la Ley*, México, Porrúa, 2016, p. 12.

C) HUGO GROCIO

Mención especial merece Hugo Grocio, pues es indiscutible que podemos ubicar a este autor como un antes y un después entre las corrientes epistemológicas relativas al escepticismo, empirismo, aún el racionalismo y una nueva posición asociada con el realismo. Su estructura para fundamentar el conocimiento y procurar las aproximaciones a la verdad, así como su contribución a la visión del orden jurídico están provistas de la razón natural, donde realizó un esfuerzo que le permitió, sin descalificar abiertamente “las razones y bases de Dios”, separar a las estructuras validas del conocimiento y del derecho, para dotarlas de una obra humana en sí misma, es por ello que representa un límite entre la concepción divina del derecho natural y el derecho natural sustentado fundamentalmente en la propia naturaleza humana.

Su pensamiento se basó principalmente en el de Aristóteles, de quien tomó la idea de la naturaleza social del ser humano, sustentando al conocimiento en sí mismo, al cual consideraba como “el fundamento inmediato del derecho natural”¹¹ y de esa manera, conseguir la anhelada universalidad, dejando a la divinidad, creadora de la naturaleza, como el fundamento mediato.¹² Dio un mayor énfasis a la naturaleza humana, postulando al derecho natural como la manifestación de la recta razón a partir de la cual muestra la naturaleza social de los hombres.

Una vez que logró separar el fundamento del orden y conocimiento de Dios de los hombres, propuso que con base en la naturaleza social y racional del hombre, se podía generar el principio *pacta sunt servanda*, máxima donde puede ser justificada la autoridad de los gobiernos y de los pactos celebrados en el ámbito internacional.

Las posturas de Grocio influyeron en los llamados contractualistas, dentro de los cuales logramos ubicar a pensadores como John Locke y Jean-Jacques Rousseau.

¹¹ *Hugo Grocio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consultado el 19 de junio, de 2018, en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/11.pdf>>.

¹² *Cfr. Idem.*

John Locke concede un papel importante al conocimiento adquirido a través de los sentidos y la experiencia, atendiendo a que el ser humano es parte de su entorno natural. Justifica la existencia de la ley natural a través de cinco postulados importantes:

- a) la ley natural existe porque está en todas partes;¹³
- b) puede derivarse de la conciencia de los hombres;¹⁴
- c) procede de la constitución misma del mundo, donde todas las cosas tienen un modo de existencia apropiado a su naturaleza;
- d) ante la inexistencia de esta ley, no se podrían tener relaciones sociales;¹⁵ y e) la ausencia de esta ley es una falta de razón.¹⁶

Así pues, sostiene que la ley natural es innata a los seres humanos.¹⁷ Su conocimiento se adquiere por la experiencia y posteriormente es razonada por la conciencia. Por lo que una vez que se manifiesta la razón gobernada por la conciencia, nace la obligación de los hombres de ejercerla y, por ello, el Estado será el garante protegiendo el bien común.

Jean-Jacques Rousseau fue uno de los pensadores más influyentes en la transición de la estructura del conocimiento basado en el orden divino a un proceso del conocimiento racional, realista y crítico. Meditó acerca de que la única sociedad que puede considerarse como natural es la familia, pero que dicho vínculo se disuelve cuando los hijos dejan de depender del padre y lo que los une es la voluntad, así pues, afirma que “la voluntad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre”.¹⁸

Para él, lo que propicia el contrato social es el cambio de un estado de naturaleza a un estado civil, donde existe la libertad civil y moral. Así mismo, señaló que “existe una justicia universal que

¹³ Aristoteles, *op. cit.*, nota 7, pp. 84 y 85.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 84-87.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

¹⁶ *Ibidem*, p. 84.

¹⁷ Cfr. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, s.f., p. 91-98.

¹⁸ Jean-Jacques, Rousseau, *Contrato social*, trad. de Fernando de los Ríos, Espasa Calpe, 2007, p. 36.

emana sólo de la razón”.¹⁹ Lo anterior llevó a que Rousseau señalara que los principales fines del sistema de legislación son la libertad y la igualdad.

D) PENSADORES MODERNOS

Para hacer el estudio de este apartado, se abordarán los postulados iusnaturalistas de Gustav Radbruch y John Finnis, que se caracterizan por alejarse del pensamiento divino y basarse en un derecho natural.

Gustav Radbruch sustenta su teoría en la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas. En su obra *Introducción a la Filosofía del Derecho*, plantea la abstracción del pensamiento humano, por medio del cual creamos, aplicamos y modificamos el derecho, basados en diversos factores metafísicos y materiales que coexisten para que el pensamiento humano vislumbre una concepción del derecho.

Considera que el derecho tiene como fin la justicia, mismo que deriva de la libertad; para él la justicia deviene de la naturaleza del hombre y de las cosas. Asimismo, plantea que las relaciones de los hombres están en función de sus necesidades colectivas, dependiendo del tiempo, lugar y circunstancias en las que se encuentran, por lo que considera que el orden jurídico está basado en la cultura del hombre, de la que devienen valores supremos e innegables, que representan el bien y el mal.

Concibe al positivismo como un sistema a través del cual el derecho natural y aquellos valores mínimos de moralidad puedan ser exigibles bajo el esquema de un modelo garantista, por lo que la norma debe tener un carácter social, es decir, que por proponerse la realización de la justicia debe regular la convivencia humana.

De igual forma, sostiene la idea de tomar el conocimiento vulgar y complementarlo con la experiencia, para que a través de los procesos de reflexión, puedan acercarse a las soluciones, lo cual deberá ser confrontado para eliminar los estados de la natural duda humana.

¹⁹ *Ibidem*, p. 65 y 66.

Por su parte, John Finnis desarrolla lo que él llama la teoría de la Ley Natural, con la que busca identificar los bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos con las instituciones de la ley humana, así como también establece bajo qué condiciones tales instituciones se justifican, además de las formas en que estas pueden ser defectuosas.²⁰

Busca la practicidad del conocimiento, señalando que:

“una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno, si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser [...] en el campo abierto a fines de la vida humana en su conjunto, por elecciones y actos [...] y en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines”.²¹

Finnis sostiene que la relación que tiene el derecho positivo con la teoría del derecho natural es que ambas dependen para su existencia y validez de ciertos hechos sociales,²² hechos que corresponden a la naturaleza humana.

Los principios esenciales de la ley natural para él son:

- a) los principios prácticos básicos: son los que manifiestan las formas básicas de realización humana, (fines o bienes a ser alcanzados por quienes se atreven a cuestionarse qué es lo que deben hacer); y
- b) los requerimientos metodológicos de la razonabilidad práctica: son los que nos van a permitir diferenciar el pensamiento práctico correcto del incorrecto.

Estos postulados explican la fuerza obligatoria de las leyes positivas, a pesar de que no puedan ser deducidas de estos principios.

²⁰ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 37.

²¹ *Idem*.

²² Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, nota 20, p. 11.

2. IUSPOSITIVISMO

En este apartado corresponde realizar el análisis epistemológico desde los postulados del iuspositivismo, una corriente más que se ha hecho presente en la historia de la humanidad con el propósito de dar —tentativamente— una respuesta a la utilidad del conocimiento jurídico, desde una perspectiva por momentos contraria a la planteada por el ya estudiado iusnaturalismo, pero que de manera preliminar podemos decir incurre en la mayor crítica que le formula al derecho natural sobre todo de origen y fundamento divino, como es la presentación de verdades ciertas e indiscutibles de aceptación y observancia obligatoria, sin pasar por el esfuerzo epistemológico de encontrar la aproximación a la realidad auténtica en la razón que mejor las ubique.

Esta corriente tiende a separar la moral y el derecho; postulándose fundamentalmente por medio de conceptos “objetivos” a través de la denominada ciencia jurídica, asemejada en su conformación y desarrollo al método experimental y demostrativo de las ciencias duras.

Al igual que con el derecho natural, existen varios teóricos que defienden esta postura, por lo que a continuación hablaremos de algunos de ellos, haciendo breves señalamientos en relación a sus posturas y aportaciones.

Augusto Comte fue un impulsor del pensamiento filosófico-positivista que habló de la jerarquía de las ciencias teóricas y de la formulación de la ley de los tres estadios.

Por cuanto hace a la jerarquía de las ciencias teóricas, estableció una división de las que llamó ciencias teóricas y prácticas, siendo que las primeras se subdividen en concretas (estudian los hechos específicos) y abstractas (se caracterizan por manifestar las leyes de la naturaleza que rigen a los hechos específicos).

Respecto a los estadios tenemos que estos son tres: primeramente el teológico, que se refiere a la creencia de los hombres en la creación divina; el metafísico es el segundo, que parte de la idea de que “las fuerzas abstractas, como la ‘naturaleza’ lo explicaban todo mejor

que los dioses personificados”,²³ y el positivo, que se caracteriza por dejar de lado los dogmas de los estadios anteriores para creer ahora en lo que determina la ciencia.

Dicho lo anterior, podemos establecer que el positivismo desarrollado por Comte está basado en el discernimiento del hombre, mismo que da a conocer por medio de una teoría sobre el conocimiento que desentraña el sentido de la historia y su posición política ante la sociedad. Este positivismo lo interpreta a partir del conocimiento que se da por medio de datos o hechos verificables, mismo conocimiento que tendrá como características el ser cierto, sistemático y útil; aspira a conocer aquello que es posible saber a través del pensamiento.

Por cuanto hace a Jeremy Bentham, este autor analiza “la existencia de derechos naturales anteriores a la existencia del gobierno, sosteniendo que perderían su razón de ser en los países que ya hay un gobierno”.²⁴ Bentham solo admite la existencia del derecho positivo, en tanto que para él, los derechos naturales con su característica de imprescriptibilidad, no corresponden con lo que acontecido en la realidad. Es por ello que para hacerle frente a la corriente del derecho natural, desarrolló el utilitarismo.

Es en su obra *Introducción a los principios de moral y legislación*, donde señala que “todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas”,²⁵ para esto niega la existencia de ideas innatas, por lo cual entiende a la razón como una facultad experimental, calculadora capaz de descubrir las consecuencias de los actos.

²³ Ritzer, George, *Teoría sociológica clásica*, trad. de María Teresa Casado Rodríguez, España, Mc-Graw Hill, 1993 [en línea], <<https://significanteotro.files.wordpress.com/2017/02/47832383-teoria-sociologica-clasica-george-ritzer.pdf>>, [consulta: 13 de junio, 2018].

²⁴ Farrel, Martin D., *El utilitarismo en la filosofía del derecho*, IJ-UNAM, [en línea], <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/4.pdf>>, [consulta: 08 de julio, 2018].

²⁵ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1907.

Para él, tanto la figura del legislador como la del derecho son capaces de transmitir el cálculo correcto, así como de educar en cuanto al deber ser y por lo tanto, ser medios adecuados para promover la reforma social.²⁶ Por lo que los hechos humanos, las normas y las instituciones serán juzgados, valorando lo benéfico que resulten.

John Austin destaca la relación entre la jurisprudencia y la ciencia de la legislación, en tanto que todo conocimiento de lo que debe ser descansa en un conocimiento de antecedentes *cognato genere*, la ciencia de la legislación supone la jurisprudencia. Asume el nivel de conocimiento preexistente que da lugar al desarrollo del conocimiento reflexivo expresado en la jurisprudencia que se actualiza y las leyes que deben ir armonizándose con la realidad, al mismo tiempo que destaca que tales aportaciones deberán ser benéficas o útiles para el individuo o conjunto social.

Señala que es fundamental un estudio de los principios que constituyen el objeto de la jurisprudencia, pues así se disminuye la repugnancia con que la jurisprudencia es apreciada por algunos estudiantes. Ésta es el conocimiento empírico, sensorial, en suma la doxa, que permitirá que quienes se forman en esta disciplina, y a quienes aplican el derecho, depurar su apreciación del antecedente en el conocimiento para el caso concreto.

Destacan del concepto de derecho positivo los siguientes elementos:

- a) los mandatos implican la manifestación del deseo de que algo sea hecho, combinado con la habilidad de imponer una sanción si no se cumple dicha voluntad;
- b) las reglas son mandatos generales en contraste con los mandatos individuales o particulares;
- c) el soberano es concebido como una persona (o un determinado grupo de personas) que
 - i) recibe una obediencia habitual por parte del pueblo; y que

²⁶ Cfr., Atienza, Manuel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, D.F., Porrúa, 2005, p. 117.

- ii) él no obedece ninguna otra persona o institución; y
- d) las sociedades políticamente independientes, por naturaleza, cuentan con un soberano.

Contrasta la norma jurídica positiva de la norma jurídica por analogía cerrada y de la norma por analogía remota, o sea, las reglas de la física. Así, razona a la norma jurídica como una regla establecida para la orientación de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre el primero, las cuales se clasifican de acuerdo a las personas que las establecen.

No obstante, considera que el objeto de la jurisprudencia es descriptivo y no axiológico, esto es, hace referencia a su utilidad en el sentido de definir los principios que la integran, no así su valor, la cual pretende establecer criterios para la creación del derecho positivo.

Por otro lado, los grandes descubrimientos de la ciencia basada en la experimentación del siglo XX, llevaron a Hans Kelsen a proponer que la ciencia vista con el enfoque demostrativo también se podía aplicar al derecho, tal y como lo postuló en su Teoría Pura del Derecho. De esta manera, planteó alejar a la teoría del derecho de todos los elementos de valoración humana (moral o axiológica) en su aplicación o interpretación, proponiendo la pureza del derecho en el funcionamiento de sus enunciados duros dados en la ciencia del derecho.

Así, optó por justificar la autonomía del objeto del derecho, por lo que considera que esta no requiere de relaciones con otras ciencias como la sociología, psicología, etcétera. Aspiró a crear una ciencia jurídica dura e independiente de otras áreas del conocimiento.

Herber Lionel Adolphus Hart profundiza acerca de que los juristas, antes de “construir teorías”, deben examinar el lenguaje jurídico que se usa en la práctica del derecho, con el objetivo de lograr un genuino entendimiento del mismo, por lo que considera al derecho esencialmente como un fenómeno lingüístico. Además, señaló que uno de los primeros fines de la epistemología jurídica es ofrecer los fundamentos de las reglas jurídicas.

Advierte que un sistema jurídico contiene elementos conectados con ciertos aspectos de la moral, compartiendo un vocabulario de obligaciones, derechos y deberes, así como ciertas prohibiciones. Asimismo, el autor da a entender que el derecho es una “rama” de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia—y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas—, lo que hace su “esencia”.

Hart reconoce que existen algunas reglas conectadas con la naturaleza primigenia del ser humano, a las que denomina reglas primarias, que se caracterizan por atribuir acciones u omisiones a los sujetos, las cuales tienen el carácter de obligatorias. Frente a estas encontramos las reglas secundarias, las cuales otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario.

Considera tres tipos de reglas secundarias:

- a) reglas de cambio, que confieren de la potestad para crear reglas primarias a los particulares y a los legisladores;
- b) reglas de adjudicación, las cuales se conforman por las normas que se constituyen sobre el ejercicio de la función judicial; y
- c) regla de reconocimiento, que es la que genera los criterios de validez del sistema jurídico, al ser esta la que determina que es el derecho.

V. REFLEXIONES SOBRE EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

A continuación, se abordaran algunas de las propuestas de los pensadores que se han aventurado en compartir con el mundo sus ideas respecto de la utilidad del pensamiento jurídico, haciendo mención de que las posturas aquí tratadas no son las únicas o las mejores, sino en todo caso, son las que, para quien desarrolla el presente estudio, son las que representan mayor trascendencia en el mundo del derecho.

Así, primeramente tenemos a Georg Hegel, quien en su obra *La fenomenología del espíritu*, se encargó de desarrollar los conceptos de la

dialéctica y del espíritu. Para él, la dialéctica es el método racional por el cual se explican los estadios que experimenta la sociedad, constituyendo dicho sistema la afirmación de una idea (tesis), la negación a la misma idea (antítesis) y una solución o conciliación de las anteriores (síntesis). Por otra parte, el espíritu es una verdad subjetiva que se manifiesta a través de los acontecimientos históricos, verdad subjetiva que tiene que irse explicando, pues estas forman parte de la evolución del conocimiento y de la sociedad. Dicho espíritu posee tres elementos:

- a) subjetivo, que está caracterizado por los seres libres y cognitivos;
- b) objetivo, caracterizado por las actividades libres en el mundo social y moral; y
- c) absoluto, porque representa la síntesis universal y total.

Es entonces que para este autor, el derecho es una manifestación de la voluntad libre y racional de los hombres, volviéndose útil el derecho, cuando garantiza la libertad de los hombres así como la convivencia de estos en sociedad.

Por lo que se refiere a Michel Foucault, en su obra *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, parece explicarnos la génesis, naturaleza, desarrollo del conocimiento y estructuras en que se presenta el conocimiento jurídico, así como su eficacia, de una forma clara y contundente.

Para él, el derecho es una herramienta al servicio de la clase dominante, a través de la cual se pretende regular y controlar a los individuos en los aspectos social, económico y político, el cual va cambiando y reformulándose en atención a las necesidades culturales a través de su propio proceso histórico.

El derecho permite trazar las conductas que el poder dominante desee en las personas, este permea en todos los aspectos de su vida y concluye reflejándose en su conducta cotidiana, esperada y deseada por los creadores de normas —detentadores del poder—; es decir, la utilidad del conocimiento se presenta cuando se usa al derecho como una herramienta del poder, manejado y enfocado a ciertos

finés en un espacio y contexto determinado, dicho de otro modo, cuando se usa para controlar a la sociedad en todos sus aspectos en un espacio y tiempo determinado.

Karl Raimund Popper, por su parte, realizó un estudio filosófico en relación a los métodos de investigación y el conocimiento científico en su obra *La lógica de la investigación científica*. Para él, la base fundamental y fin último del conocimiento científico es la utilidad que produce a los individuos y a las colectividades.

Asimismo, considera que el conocimiento científico tiende a ser universal, sin embargo, no sólo debe de admitir lo considerado “universalmente válido”, sino que también debe de tomarse en cuenta el conocimiento sujeto a discernimiento, así como las aportaciones empíricas, ya que permiten tener una variedad de posibilidades en rededor de la forma en que es articulado el conocimiento.

En cuanto a su teoría del falsacionismo, toma como punto de partida la “demarcación”, con la cual intenta dilucidar y esclarecer los límites de la ciencia descriptiva y de la metafísica, así como de los objetos de estudio de las mismas. Es así que habla de la discriminación del conocimiento a partir de la veracidad o falsedad de este desde una estructura lógica, señalando en esto la imposibilidad de determinar la verdad o falsedad en construcciones de conocimiento diferentes a una expresión lógica formal.

Al hablar del conocimiento jurídico, la demarcación se hace presente cuando los enunciados normativos derivados de un procedimiento científico, tienen que ser objeto de un estudio de interpretación para poder aplicarlos al caso concreto, por ello nos apoyamos de la falsación, pues esta nos permite determinar cuáles son los que tienen una aplicación útil, permitiendo así que el sistema jurídico esté en un constante proceso de actualización. Por tanto, veríamos la utilidad del derecho en su propia aplicabilidad.

De entre las aportaciones más sobresalientes de Thomas Kuhn, resalta el estudio que realiza del tránsito de la metodología de la construcción del conocimiento riguroso de la comprobación —cien-

cias duras— hacia el conocimiento sistematizado, permitiendo así, en el ámbito de las ciencias sociales, un margen de apreciación tanto en el proceso para formular el conocimiento como en su interpretación aplicativa.

Reflexionó acerca de que el conocimiento parte de la experiencia, ya que estarnos permitirán comprender por qué en ciertos momentos unas suposiciones han sido aceptadas antes que otras.²⁷ Lo anterior lo ejemplifica al hablarnos de una comunidad científica que no podría practicar su oficio sin un conjunto de creencias recibidas que preparan la base del aprendizaje. En cuanto al ámbito del estudio jurídico, desarrolló un análisis crítico del derecho con base en el conocimiento preexistente del mismo, esto con el objetivo de permitir una posición analítica del derecho y de la utilidad de este a la sociedad, ofreciendo soluciones a los problemas que esta presenta.

No podemos olvidar que para la investigación jurídica, se debe partir de una investigación de hechos, ya que el objeto del estudio es la manifestación de la conducta humana en el entorno social para procurar el orden en las comunidades. Atendiendo a lo anterior, señalamos que la utilidad del conocimiento jurídico deriva de la investigación crítica y analítica que tiene éste respecto de la conducta humana en colectividad, a fin de preservar el orden social y solucionar los problemas existentes previniendo así los futuros.

Hans Georg Gadamer, considerado “el padre de la hermenéutica filosófica contemporánea”,²⁸ reflexiona acerca de que el derecho ha de servir para comprender la norma jurídica y que esta debe ser interpretada desde su creación hasta su aplicación al caso en concreto. Lo anterior deriva del hecho de que, al ser el sistema jurídico un producto humano, este debe de actualizarse e ir evolucionando de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas de la colectividad en un lugar y tiempo determinado.

²⁷ Cfr. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, D.F., University of Chicago Press, 1990, p. 13.

²⁸ AGUILAR, Luis Armando, “La hermenéutica filosófica de Gadamer”, en *Sinécica*, Revista Electrónica de Educación, México 2004 [en línea], <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99815918009>>, [consulta: 14 de junio, 2018].

Considera también que, el orden jurídico formal no ha de ser cambiante frente a los problemas, sino que debe de aplicarse una interpretación singular, es decir, la interpretación es la que debe de aplicarse en atención a la solución de un caso en concreto.

Es entonces que, para comprender el conocimiento en lo general y el jurídico en lo particular, se debe entender primeramente la hermenéutica, ya que el conocimiento tiene que ser explicado, traducido o interpretado, y en el caso del derecho esto se tiene que hacer al momento de aplicar e interpretar una norma jurídica, así como para la interpretación de los hechos sociales y los naturales, debiendo comprenderse el momento y situación concreta en el que se desarrollan, para tener así, una interpretación acorde a cada uno de los momentos en los que ha de ser aplicada.

Es por lo expresado con anterioridad, que Gadamer está en contra de que el jurista no tenga amplia libertad de interpretar y aplicar la norma jurídica.

Para nuestro autor, el derecho sirve para llegar a acuerdos, consensos y diálogos a través del entendimiento humano, del lenguaje, de la argumentación basada en la conciencia humana y cuya finalidad última es solucionar las problemáticas o conflictos propios de una sociedad o bien anticipar las soluciones preventivas que eviten la conflictiva.

A su vez, Jürgen Habermas se enfocó al estudio del derecho de una manera descriptiva y lo desarrolló con un enfoque filosófico, sosteniendo que la formación del orden jurídico y su aplicación es justificable y útil desde un plano epistemológico, ya que tiene un carácter social.²⁹ Nos señala que el derecho formal debe de cumplir con dos condiciones:

- a) establecer conductas predeterminadas y posibles, con el objeto de tener mayor certeza de que la conducta de quien debe seguirla sea apegada a lo planteado en la norma; y

²⁹ Cfr. Sobrevilla, David, *La concepción Habermasiana del Derecho*, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2007, p. 565.

- b) la validez del orden jurídico depende de la aceptación de los sujetos a los que va destinado.

Debe de existir una congruencia en cuanto a lo planteado en la letra de la norma con lo que los receptores acepten. Dicha congruencia debe de ser justificada por una amplia argumentación interpretativa. En atención a lo anterior, resulta necesario que exista una adecuación del lenguaje jurídico para actualizar el desarrollo evolutivo del conocimiento aplicado del derecho.

Habermas considera que de la racionalidad débil, como lo es la moral, se hace necesario la aplicación e implementación de una normatividad jurídica para mantener una estabilidad social, por lo que el derecho complementa a la moral.³⁰ En conclusión, sostiene que la utilidad del derecho se encuentra en la estabilidad que da a la sociedad con la fuerza de un orden jurídico que, mediante el Estado, trae un orden social.

VI. LA CRISIS DEL CONOCIMIENTO EN LA MODERNIDAD

La forma en que se encuentra estructurado el conocimiento surgió en la modernidad —etapa intelectual y material del desarrollo humano— con la caída del sistema del orden basado en la “verdad por la razón de Dios”, bajo la premisa de dogmas como umbrales de lo que Dios permitía a los hombres conocer.

Esta forma cerrada del conocimiento científico postergó las reflexiones sobre el conocimiento por pretender la objetividad y rechazar las valoraciones humanas, surgiendo la necesidad —actual— de un conocimiento acorde a la realidad.

Siendo que la modernidad representa un cambio en la formulación del conocimiento y su justificación en el tránsito de Dios al hombre, lamentablemente no se concreta en la contención del cambio por estar sustentado en ideologías cerradas, que pregonan el desarrollo de la conciencia humana a partir de un conocimiento asu-

³⁰ *Ibidem*, p. 568.

mido por quienes son capaces de demostrarlo, en tanto no admite críticas sustantivas a su método.

Las estructuras del conocimiento de la modernidad han entrado en crisis porque prefieren a los postulados teóricos en sí mismos y desatienden a las necesidades humanas, por lo que se puede decir que está agotada y entonces estamos viviendo la etapa de la *post-modernidad*, un nuevo orden que se construye cotidianamente y donde el conocimiento y la filosofía juegan un papel muy relevante.

El conocimiento es consecuencia de un juego de signos que van produciendo significados sobre la realidad, que no extraen sino construyen lo real; se observa un desapego e inconformidad con un saber más preocupado en la consistencia lógica interna, que en su relación con lo real.³¹

Por lo que se refiere al conocimiento jurídico, se diseñó en la modernidad toda una teoría científicista que utilizó el método demostrativo, buscando justificar el entendimiento del derecho a partir de su calidad de ciencia, olvidando su utilidad y naturaleza, por tanto, prescindiendo de la epistemología jurídica.

El modelo de la modernidad auto aplicado en el campo de lo jurídico, se dio a la tarea de predeterminar todas las posibles conductas humanas, codificarlas, lo que la convirtió en una forma mecánica antinatural de plantear y aplicar el orden jurídico, lo que lo ha conducido a una crisis indiscutible.

En el campo aplicado del derecho, se ha distorsionado la aplicación del pragmatismo y se ha confundido con conductas efectivistas que no buscan las soluciones de fondo, sino el reconocimiento inmediato que puede acarrear mayores problemas en el largo plazo, por ellos decimos que de lo que hemos prescindido en la praxis jurídica es de una adecuada interpretación del sistema, a partir de que asumimos la solución sólida del caso. Es por ello que no debe dejarse de lado la resistencia de quienes pretenden quedarse en la

³¹ Cfr. Peirce, Charles, *Mi alegato en favor del pragmatismo*, Buenos Aires, Aguilar, 1971.

modernidad por ofrecer la comodidad de imponer el conocimiento y el orden dado por la mera potestad que les da el poder público.

Resulta oportuno reconocer que quienes se encargan de aplicar el derecho —operadores jurídicos—, tienen consigo dos tipos de conocimiento:

- a) el primero de ellos corresponde al que se allegan a través de la educación a nivel superior en el campo del derecho, y
- b) el segundo pertenece al conocimiento que desarrollan por el ejercicio natural de la profesión, es decir, a la experiencia obtenida del poder judicial; el resultado de combinar ambos conocimientos permite que los operadores del derecho puedan dictar resoluciones y/o sentencias.

Como los jueces actúan y piensan bajo la misma directriz, se puede caer en un círculo vicioso de descomposición del derecho, que se ve acrecentado por la aparición de la aplicación mecánica sin el riguroso parámetro en los valores y principios, resultante de la adhesión a las vertientes epistemológicas que demandan de ofrecer soluciones útiles, novedosas para cada caso.

La resistencia a dejar el confort de la “resolución fácil”, que no exponga a la determinación correcta, pero quizá bajo el riesgo de la crítica o acaso más de la sanción, parece conducir a una corrupción o vicio en la aplicación del derecho que lo subordina a una actividad política del poder inmediato.

VII. REFLEXIONES SOBRESALIENTES EN TORNO A LA ACTUALIDAD DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

En las siguientes líneas, se presentarán las reflexiones ocurridas en el mundo del derecho a partir de autores que comparten sus pensamientos, sin que para ellos searelevante ubicarlos dentro de un iuspositivismo o acaso del derecho natural. Esto llevóa algunos de ellos a autodenominarse “críticos”, evitando ser encasillados en cualquier corriente de las dos ya descritas; más parece importarles el planteamiento de susconvicciones como genuinas aportaciones al desarrollo del conocimiento jurídico.

Es así que comenzaremos con la insuficiencia en la transmisión de la propuesta del maestro Ronald Dworkin, por la incorrecta traducción de su obra *Taking Rights Seriously*, que ha sido traducida al castellano como *Los derechos en serio*,³² pues él propone contundentemente hablar en serio del derecho, lo que significa un reconocimiento a la incompleta labor del derecho aplicado.

En su teoría, Dworkin distingue los casos difíciles de entre los casos fáciles, en los que el operador jurídico se limita a aplicar una regla previa a un caso concreto. En los casos difíciles, el juzgador para resolver un caso concreto, invoca directrices o principios que pueden ser de contenido moral o político.

Se refiere al positivismo como un sistema funcional para las normas propiamente dichas, a las cuales identifica como principios — mismos que pueden estar reflejados en normas formalmente promulgadas— y directrices políticas.

El principio, en sentido genérico, lo utiliza para referirse a directrices, mientras que el principio en sentido estricto es para él un estándar que debe ser observado por ser una exigencia de la justicia, la equidad o la moralidad. La directriz, es concebida como un estándar que propone un objetivo que debe ser alcanzado, ya sea de carácter político, económico o social.

Hace también una distinción entre las normas jurídicas y los principios:

- a) las normas están constituidas por un esquema que contiene las suposiciones jurídicas y su correlativa consecuencia;
- b) los principios están enunciados de manera más abstracta y no tienen, antes del dictado de la resolución, una consecuencia jurídica en específico (por ejemplo, obligaciones o derechos).

Otra diferencia se encuentra en su forma de operar, las normas pueden tener reglas secundarias que resuelvan cuando se va aplicar una u otra norma en caso de conflicto. Los principios tienen una

³² Cfr. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Buenos Aires, Planeta- Agostini, 1993.

dimensión de importancia o peso, en cuyo caso el juzgador tendrá que inferir su existencia y justificar su mayor importancia respecto de otro principio que también podría ser aplicable al caso concreto. Sostiene la teoría de que el derecho contempla principios y, por ende, su observancia es obligatoria para el juzgador; contra aquella que postula que el derecho no contempla los principios por lo que el juez sólo puede acudir a ellos en los casos que considere pertinente. Se mantiene en la visión epistemológica jurídica que asume como base del conocimiento jurídico la existencia de principios preexistentes al dictado de la resolución del juez.

Respecto a la posibilidad que tiene el juez de legislar materialmente en los casos novedosos donde no se pueda solucionar con la simple fórmula ordinaria que puede ser la subsunción de la norma, destaca que esto puede y debe ser posible, pues el juez se encuentra en una posición similar a la del legislador.

Distingue entre argumentos políticos y de principios, donde los primeros fundan la decisión con base en el beneficio que acarrearía a la generalidad y los ulteriores fundan su decisión en el respeto o aseguramiento de un derecho individual o de grupo, asumiendo que nos son absolutas ni exclusivas de cada uno de ellos.

A partir de la creación de un personaje ficticio llamado “Juez Hércules”, pretende dotar de una dimensión práctica su tesis para la solución de los casos difíciles.

Concluye que en los casos difíciles sí se pueden llegar a respuestas correctas, aunque sean controvertibles y en ocasiones no lleguen a satisfacer a todas las partes. Por lo anterior, es fácil deducir que crítica el postulado del positivismo que afirma la imposibilidad de llegar a respuestas correctas y únicas en casos difíciles.

Por su parte, Robert Alexy considera que la justificación, funcionamiento y utilidad del derecho, no se encuentran únicamente en lo que establece expresamente una norma emitida por un órgano con atribuciones para ello, sino que además de las normas, existen otro tipo de fundamentos denominados principios. Estos principios

tienen una fuerte carga axiológica que influye en el sistema jurídico y así mismo son aplicados independientemente de si son o no contenidos en el texto legal, por lo que una norma positiva no puede (debe) violar los principios fundamentales.

Él nos plantea la existencia de dos tipos de normas respecto de las que hace una distinción sobre su aplicación: las reglas se aplican mediante la subsunción y los principios a través de la ponderación. Considera que los derechos humanos “solo tienen una validez moral [a la que] puede añadirse una validez de derecho positivo [...] tales positivaciones nunca son respuestas definitivas”.³³

En la obra *El concepto y la naturaleza del derecho*, nos presenta una teoría entorno al derecho, sustentada en el cuestionamiento sobre lo que debe apreciarse como derecho, además de que considera que el conocimiento del derecho se encuentra dentro en la práctica jurídica. Pretende ofrecer un patrón epistemológico de razonamiento del derecho, apartado de los intereses políticos y de la concepción del mundo.

El derecho comprende un aspecto formalmente material y otro materialmente crítico, es decir que contiene una parte fáctica y otra aparentemente ideal, tomando aspectos del positivismo y del derecho natural, aunque prefiere denominarles aspectos no positivistas, por lo tanto, al intentar establecer una significación de derecho, hay que atender a aspectos sociales y a la idea de lo que el derecho debe ser.

Aborda el análisis de tres elementos principales para delimitar una noción de aproximación entorno al derecho: la legalidad, la eficacia social y la corrección material, estos nos permiten tener una estructura epistemológica del derecho, además de que nos ayudarán a una comprensión racional de su contenido, fines y realización práctica.

Él se postula por reconocer un papel diferente de los jueces, así lo plasma en las ideas centrales de la obra citada, en la cual deja ver que lo relevante en la reflexión epistemológica jurídica es atender la estructura a los derechos fundamentales del hombre.

³³ Alexy, Robert, «¿Derechos humanos sin metafísica?» *Revista teoría y filosofía del Derecho*, 2010.

Gustavo Zagrebelsky en *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*,³⁴ nos indica que la noción y manifestaciones del derecho se encuentran relacionadas con la manera en que la estructura jurídica ha evolucionado, lo que significa su armonización ante una realidad cambiante.

Zagrebelsky postula la existencia de un problema en la relación del derecho con las características particulares de la sociedad (características étnicas, religiosas, políticas). Es entonces que para él, las normas jurídicas no son meras expresión de intereses particulares, enumeración de principios universales e inmutables e impuestas por el legislador y que los demás han de acatar.

Afirma que el derecho constituye un conjunto de reglas jurídicas, normas y principios constitucionales que permiten la convivencia armónica entre los diferentes integrantes de la sociedad, mismos que deberán en todo momento materializar la aplicación y prevalencia de la justicia en las decisiones de los operadores jurídicos.

En su opinión, el derecho es la forma más adecuada que nos hemos dado para combatir la arbitrariedad o el abuso del poder. Entonces, la propuesta de Zagrebelsky parece circunscribirse en construir un estado constitucional justo y dinámico, que debe adecuarse a los cambios que enfrenta la sociedad, evitando en la medida de lo posible, que el orden jurídico formal sea obsoleto y por tanto, no resuelva la problemática que se presenta en la sociedad, frente a los vertiginosos e inusitados cambios que experimenta.

Como apoyo a lo anterior, resulta beneficiosa la descripción de Zagrebelsky sobre el derecho compuesto por reglas y por principios. Nos explica con razonable claridad la importancia y alcances de la Constitución en los estados constitucionales en la actualidad.

Zagrebelsky presenta también una solución entre la teoría y la práctica, entre lo abstracto del derecho y su aplicación en la vida cotidiana, convirtiéndose en elemento controlador del abuso del poder en todas sus acepciones; plantea la existencia de un problema

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997.

en la relación del derecho con las características particulares de la sociedad, como son sus características étnicas, religiosas, políticas, cultural, entre otras.

En cuanto a John Finnis, en la obra *Natural law and natural rights*, nos señala que el derecho requiere ser valorado y comprendido, para ello exige el uso de la razón práctica, que distingue entre el bien y el mal. Al realizar este análisis, encontraremos las formas en las que se ha comprendido el lenguaje en que se expresa el derecho, por lo que se tienen que buscar los elementos comunes, para ello propone lo siguiente:

- 1) Atender a un fin práctico: identificar los elementos descriptivos de los conceptos de derecho, atendiendo a los fines que cada uno determina; para tales elementos descriptivos no valorativos que proponen cada autor, Finnis propone igualar lo “importante y lo significativo” de la experiencia para su propia hipótesis estudiada en la obra que nos ocupa;
- 2) Elección del caso central y del significado focal: debe identificarse en la sistemática composición de significados de los términos a emplear en las teorías sin perder el principio o fundamento racional de este cúmulo de significados. El caso periférico es un ejemplo, una versión adulterada del caso central, o hasta actitudes humanas formadas por referencia al caso central;
- 3) Elección del punto de vista: desde una perspectiva práctica, es el pensamiento práctico respecto de lo que debemos hacer; lo que conocemos como razonabilidad práctica es razonabilidad al ocuparse y resolver obligaciones, al escoger y llevar a cabo proyectos, y en general, al actuar.

Ejemplifica al “conocimiento” como un valor básico y lo distingue de dos formas:

- a) curiosidad, conocimiento buscado por sí mismo; e
- b) instrumental, conocimiento útil en cuanto a la búsqueda de un objetivo.

Para Finnis, el conocimiento es una cosa buena que vale la pena poseer por sí misma, y no sólo por utilidad, el conocimiento es en

sí mismo un bien. Adicionalmente nos dice que las personas que han tenido el impulso por conocer y la curiosidad por la verdad, son quienes pueden entender mejor el coste del conocimiento.

El escepticismo sobre este valor básico es indefendible, razón por la cual el autor toma las posturas de un análisis lógico de las premisas que pueden existir en contra del valor básico del conocimiento, estas son: 1) todos los argumentos planteados por un escéptico va a refutarse a sí mismo, atacando al argumento, no al valor del bien básico; 2) las proposiciones que se refutan a sí mismas por ser contradictorias; y 3) las proposiciones que no pueden ser coherentemente afirmadas, porque son inevitablemente falseadas al afirmarlas de cualquier modo.

Por ello, entra al estudio de la premisa “el conocimiento no es un bien”, siendo esta una auto-refutación operacionalmente, pues quien formula esta afirmación se encuentra comprometido de que no cree que vale la pena hacer esta afirmación, y lo que realmente vale la pena es hacerla verdad, pero el sentido de su afirmación primaria era que la verdad no es un bien que vale la pena buscar o conocer, cayendo en una creencia formalmente contradictoria.

En ese sentido, se hace necesario plantear si existe una naturaleza humana como tal y cuáles son sus características.

VIII. CONCLUSIÓN

Uno de los mayores objetivos que se ha buscado en el desarrollo del presente trabajo, es compartir con el lector algunas ideas en torno a la utilidad del conocimiento jurídico, sin el ánimo de afirmar que, las reflexiones aquí mostradas, constituyen de forma alguna una verdad absoluta. Corresponderá en todo caso al lector, decidir cuál de estas reflexiones es válida y cuál deberá someterse a un juicio valorativo para determinar el beneficio que esta pueda brindarle.

Y es que, sin duda alguna, el pretender hablar acerca de cuál es la utilidad del conocimiento jurídico, nos lleva a profundizar en las corrientes que a lo largo de los años se han desarrollado con

la intención de dar respuesta a este planteamiento, de ahí que se realizara un estudio que va desde los antiguos griegos hasta John Finnis, pasando por Hans Kelsen y Ronald Dworkin. No obstante, pareciera que la respuesta al planteamiento que ha dado origen a la presente exposición, no es aun completamente satisfactoria, ya que existen razones que van a conducir las réplicas que se presenten por distintos caminos.

Un hecho que ilustra lo anterior, podría recaer en la forma en la que adquirimos el conocimiento (en general). No todos los hombres alcanzan un aprendizaje de la misma forma, algunos lo consiguen a través de la interpretación de la realidad mediante los sentidos, razón que es nada suficiente para afirmar que, a modo de ejemplo, lo que afirmamos que dijo Gustav Radbruch, sea verdaderamente lo que él manifestó en su momento, mientras que por el contrario, otros se allegan del conocimiento mediante un proceso de reflexión, que dicho esta de mas, tampoco se realiza de la misma forma ni con el mismo grado de exhaustividad.

Por si fuera poco, tampoco se puede pasar por alto que, quizá aquellos que a lo largo de la historia se han dedicado a reflexionar en torno a la utilidad del conocimiento jurídico, podrían influir en quienes deseen proporcionar una respuesta *satisfactoria* a lo antepuesto, siendo probable que, la utilidad del conocimiento jurídico dependa de los intereses de quien ostenta ese conocimiento, más allá de su verdadera utilidad. Es así que los operadores jurídicos bien se ubicarían en el supuesto anterior, dado que algunos de ellos son capaces de empeñarse en realizar acciones que obstaculicen la edificación de una base sólida en cuanto a la utilidad del conocimiento jurídico, mientras que otros, por el contrario, realizarían su mejor esfuerzo para que dicha base sea construida de la mejor manera para beneficio de la sociedad.

Ahora bien, otro aspecto en el cual se debe prestar suma atención, es en la falacia respecto de que el mundo jurídico constituye un mundo diferente. En un primer momento es dable que se crea

esto en tanto que, en apariencia, los operadores jurídicos “han elaborado” un objeto de estudio que exige ser analizado con su propio lenguaje —que en ocasiones pasa por inasequible a quienes difieren de este *mundo jurídico*—; por el contrario, existen aquellos que consideran que el conocimiento jurídico sólo se ha encargado de teorizar, mas no de resolver las situaciones que acontecen en el mundo real, pues para ellos, los teóricos jurídicos se encargan de profundizar en los problemas existentes y no de proponer soluciones reales y efectivas.

Más si de algo aún se puede debatir, es sobre el hecho de que antes de reconocer los aciertos, quizá erróneamente se ha optado por enaltecer las fallas de quienes se han atrevido a hondar en la utilidad del conocimiento, originando un retroceso en el conocimiento jurídico y su utilidad.

Los enunciados anteriores podrán —o no— resultar ciertos para quien lea estas líneas, pero lo cierto es que el derecho ha buscado dar solución a situaciones acontecidas en la realidad, con el objetivo de salvaguardar el bien de la sociedad. Si éste ha fallado, corresponderá a los estudiosos del derecho, así como a los operadores jurídicos y en general, a todo aquel que se vea inmerso en el derecho, hallar el problema y brindar una solución al mismo, porque la obligación adquirida consigo mismos y con la sociedad, les exigiría no solo buscar aparentes soluciones, sino brindar respuestas claras y objetivas que satisfagan a la colectividad, para poder cambiar el paradigma existente alrededor del conocimiento jurídico, y de esta manera, demostrar cuál es la verdadera utilidad del conocimiento jurídico.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, «¿Derechos humanos sin metafísica?» en *Revista teoría y filosofía del Derecho*, 2010.

ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, México, D.F., Porrúa, 2016.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2005.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1907.

DE AQUINO, Santo Tomás, *Tratado de la Ley*, México, Porrúa, 2016.

DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Edinar, 1990.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Buenos Aires, Planeta- Agostini, 1993.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledoperrot, 2000.

JEAN-JACQUES, Rousseau, *Contrato social*, trad. de Fernando de los Ríos, 12a edición, Espasa Calpe, 2007.

KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, University of Chicago Press, 1990.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza.

LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología jurídica*, México, D.F., IURE editores, 2002.

PEIRCE, Charles, *Mi alegato en favor del pragmatismo*, Buenos Aires, Aguilar, 1971.

SOBREVILLA, David, *La concepción Habermasiana del Derecho*, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997.

2. ELECTRÓNICAS

“Iusnaturalismo” [en línea], <<http://etimologias.dechile.net/?iusnaturalismo>>, [consulta: 25 de mayo, 2018].

AGUILAR, Luis Armando, “La hermenéutica filosófica de Gadamer”, en *Sinéctica*, Revista Electrónica de Educación, México 2004 [en línea], <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99815918009>>, [consulta: 14 de junio, 2018].

FARREL, Martin D., *El utilitarismo en la filosofía del derecho*, IIJ-UNAM, [en línea], <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/4.pdf>>, [consulta: 08 de julio, 2018].

Hugo Grocio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consultado el 19 de junio, de 2018, en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/11.pdf>>.

Real Academia Española, [en línea], <<http://dle.rae.es/?id=Fy2OT7b>>, [consulta: 31 de mayo, 2018].

RITZER, George, *Teoría sociológica clásica*, trad. de María Teresa Casado Rodríguez, España, Mc-Graw Hill, 1993 [en línea], <<https://significanteotro.files.wordpress.com/2017/02/47832383-teoria-sociologica-clasica-george-ritzer.pdf>>, [consulta: 13 de junio, 2018].



REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COAHUILA

REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF COAHUILA

ARMANDO GUADALUPE SOTO FLORES ¹

RESUMEN: Derivado de la falta de registro escrito, la historia de Coahuila comenzó hasta la época de la colonia. Su ocupación no comenzó sino a finales del siglo XVI, primero con pequeños poblados, los cuales eran constantemente asediados por los chichimecas y apaches, y posteriormente a través de las misiones. De sus primeras poblaciones surgió el primer hombre que tomó relevancia en un otrora las Provincias de Oriente: Miguel Ramos Arizpe, quien fungiría como diputado a las Cortes extraordinarias en Cádiz. Tras la caída del efímero Imperio mexicano y el establecimiento de la primera república federal, la suerte de Coahuila estuvo ligada a la de Texas. Luego de su independencia, Coahuila volvió a unificarse con otra entidad, esta vez con Nuevo León. El estado sería separado por Benito Juárez, y a partir de ese instante Coahuila regularía su propio destino. El 5 de febrero de 1918, siguiendo el mandato de Venustiano Carranza, Coahuila se dio su propia constitución social, vigente hasta la fecha.

PALABRAS CLAVE: *Coahuila. Constitución de Coahuila. Derecho constitucional histórico. Miguel Ramos Arizpe. Historia de Coahuila. Constitución del Estado Libre y Soberano de Coahuila. 1918.*

ABSTRACT: Due to a lack of written records, the history of Coahuila did not begin until the Colonial era. Its occupation began in the late 16th century; first with small settlements, which were constantly sieged by the Chichimeca and the Apache, and later on with Catholic missions. From its first communities, came the first man to have a relevant role in the Eastern Provinces; Miguel Ramos Arizpe. He would serve as a candidate for the Extraordinary Cadiz Courts. Following the fall of the fleeting Mexican Empire and the establishment

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Coahuila; especialista en Derecho Constitucional y Administrativo; Maestro y Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor Titular "C" de Tiempo Completo Definitivo. Jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.
<asotof@derecho.unam.mx>

of the first federal republic, Coahuila's fate was tied to that of Texas'. After its independence, Coahuila joined another state; Nuevo Leon. The territory would then be divided by Benito Juárez and, from that moment on, Coahuila would control its own destiny. On February 5th 1918, following the mandate of Venustiano Carranza, Coahuila enacted its own Social Constitution, which is still in effect today.

KEYWORDS: *Coahuila, Constitution of Coahuila. Historical Constitutional Law, Miguel Ramos Arizpe, Coahuila's History, Constitution of the Free and Sovereign State of Coahuila, 1918.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Época Prehispánica; III. Coahuila colonial; IV. Manuel Ramos Arizpe en la Constitución de Cádiz; V. Coahuila en el primer federalismo mexicano; VI. Coahuila: del centralismo a la segunda federación; VII. La Restauración; VIII. La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza; IX. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Coahuila de Zaragoza, aunque conocida más con su primer nombre, es una de las treinta y dos entidades federativas que componen los Estados Unidos Mexicanos. Por extensión territorial es el tercer estado más grande de la nación, precedido únicamente por Chihuahua y Sonora.

Junto con las demás entidades federativas, Coahuila siempre ha permanecido dentro del contexto nacional, quizá con excepción de los diez años, de 1776 a 1786, en que conformó junto con las actuales Sonora, Sinaloa, California y Texas las Provincias Internas, con gobierno independiente de la Nueva España. Siendo efímera esa división administrativa, las Provincias Internas entrarían de nuevo a la jurisdicción ejercida desde la Ciudad de México, pero ahora añadiendo al Nuevo Reino de León, Nueva Santander, hoy Tamaulipas, y Texas.

Los anales coahuilenses son reflejos fieles de la historia de las provincias del norte, y por ende, del motor de los cambios más radicales en los casi doscientos años de la vida nacional.

El pasado cinco de febrero, la constitución que da formal nacimiento al estado de Coahuila de Zaragoza cumplió sus primeros cien años, casi a la par de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero su fundación trasciende el texto legal; su nacimiento yace en el origen mismo de México; y su desarrollo dio vida a la cultura de este estado e impulsó cambios que revolucionarían la historia de todo un país.

Es necesario, pues, comenzar un pequeño recorrido para aprehender la importancia que ha dado esta entidad al desarrollo y a la historia nacional.

II. ÉPOCA PREHISPÁNICA

El origen del patronímico que denomina al territorio actual del Estado presenta un problema, quizá insuperable. Por estudios que se han realizado a pinturas rupestres cerca del Río Bravo, la región fue habitada por seres humanos hace aproximadamente 12 mil años.

El territorio de Coahuila pertenece a la región cultural de Aridoamérica, caracterizada por no contar culturas muy boyantes. Sus habitantes eran nómadas y se dedicaban primordialmente a la caza.

Los nómadas de esta región carecieron de un nombre genérico que los identificara. Para los habitantes de Mesoamérica, pertenecientes a sociedades más desarrolladas y constructores de impresionantes templos y ciudades, eran chichimecas, denominación con fuerte carga despectiva, pero de significado dudoso.²

Por esa razón, la etimología de Coahuila es bastante incierta. Cuatro son las teorías que explican el origen del nombre. “A la tribu que habitó la parte centro y nororiental de lo que hoy es el estado de Coahuila, se le dio el nombre de “coahuiltecas”, de ahí parte uno de los orígenes del nombre del estado, pues, resulta ser el gentilicio de la tribu indígena que habitó la mayor parte de dicho territorio.”³

² José Fuentes García, *Coahuila. Historia de las instituciones jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México y Senado de la República, México 2010, p. 4 y 5.

³ *Ibíd.*, p. 3.

Vito Alessio Robles, en cambio, menciona, que, según Mariano Rojas, Coahuila se deriva del náhuatl “coatl”, que significa culebra, y de “huilana” que significa arrastrarse. Entonces, la definición etimológica sería “lugar en donde se arrastran las culebras”.⁴

Otra teoría, la manejada por la Secretaría de Educación Pública, refiere que la palabra derivaría del náhuatl “coatl” y el de “huila” o “huilota”, nombre que designa a una especie de paloma; de tal suerte que Coahuila simbolizaría “víbora que vuela”.

Sin embargo, la versión etimológica que recogió el propio estado en su actual constitución fue propuesta por Tomás Cepeda, quien en su libro *Geografía de la República mexicana*, señaló que proviene de la voz náhua “quauitl”, árbol y “la” un sufijo que implica abundancia; de tal suerte, que Coahuila vendría a significar “abundancia de árbol”.

Lo cierto es que, a la llegada de los españoles a territorio mexicano en 1519, los “chichimecas” habitaban el actual territorio de Coahuila. Su actividad cultural fue mínima, no desarrollaron un sistema de escritura y su principal actividad económica la encontraban en la caza, aunque también llegaron a practicar la pesca en los lugares de confluencia de ríos, como lo fue en la Laguna. Su naturaleza nómada provocaba ciertas luchas entre grupos distintos, por lo que, con el paso del tiempo, su bravía fue notable.

III. COAHUILA COLONIAL

La colonización de los territorios coahuilenses estuvo a cargo del gobierno de la Nueva Vizcaya, provincia que incluía a los actuales Chihuahua, Durango y Sinaloa. Por comisión de su gobernador, en 1557, Alberto del Canto, a la cabeza de una partida de soldados, fundó la villa del Saltillo.

Años más tarde, en 1598, el capitán Antón Martín de Zapata y el jesuita Agustín de Espinoza, fundaron oficialmente Santa María

⁴ Vito Alessio Robles, *Coahuila y Texas en la época colonial*, 2ª edición, México 1978.

de las Parras, hoy Parras de la Fuente. En el mismo año, una nueva expedición a cargo de Luis Carvajal y de la Cueva, levantó a orillas del río Monclova, un asentamiento con nombre de Nueva Almadén, sitio que hoy en día se denomina al igual que el río que lo vio nacer. Poco tiempo después de haberse fundado, la población quedó abandonada por el constante ataque de los indígenas.

A partir de ese instante la colonización de los territorios del norte dejó de ser progresiva. En las siguientes décadas fracasaron no menos de nueve intentos de colonizar el sitio, pues cada intento de hacerlo se veía frustrado por las acciones bélicas de los aborígenes.

No fue sino hasta la llegada a Coahuila de fray Juan Larios, monje franciscano de profunda fe, sincero amor apostólico y gran fortaleza física, que fructificaron los intentos de población. Fray Juan Larios logró, mediante el catecismo y la devoción, establecer las primeras poblaciones de carácter permanente al norte de Monclova.

En 1591 salió del señorío de Tizatlan, Tlaxcala, una cuadrilla de carros que transportaba a más de doscientos colonos. Encabezando la caravana se encontraba Joaquín Velasco y Buenaventura de Paz, nieto de Xicotécatl, señor tlaxcalteca que había enfrentado a los españoles en 1519.

El 13 de septiembre de 1591, tras cumplir las formalidades del acto, se fundó el pueblo de San Esteban de Nueva Tlaxcala al oeste de la Villa de Saltillo.

A fines de diciembre de 1674, los franciscanos salieron de lo que alguna vez fuera Nueva Almadén con destino al norte. Un mes después se les unió el Justicia Mayor de la villa del Saltillo, Francisco de Elizondo con 30 hombres. (...) En el punto de reunión fundaron la misión de San Ildefonso de la Paz, el 28 de enero de 1675. La región se estableció entonces en las décadas siguientes, en particular bajo el gobierno de Gregorio de Salinas Varona entre 1692 y 1705, quien reforzó el control sobre los indios.⁵

⁵ José Fuentes García, *op cit.*, p. 6 y 7.

Tras el establecimiento de asentamientos fijos, los misioneros partieron de aquéllos para adentrarse por el territorio por descubrir. Crearon múltiples misiones, dentro de las cuales trataron de asimilar a la cultura occidental a los grupos indígenas de Coahuila.

Sin embargo,

Todos los esfuerzos de los misioneros por asimilarlos a las, para ellos, nuevas formas de cultura, fueron infructuosos. No hubo mucho mestizaje debido a las causas descritas anteriormente, por lo que desaparecieron como expresión cultural particular. No queda memoria de su historia y los pocos vestigios que nos dejaron, resulta insuficiente para reconstruirla.⁶

La vida colonial en Coahuila transcurrió con sobresaltos constantes debido a las incursiones comunes de grupos indígenas. Chichimecas, apaches y pieles rojas azotaron los establecimientos permanentes del norte de la Nueva España. Aunado a esos problemas, la colonia presentaba problemas de la más diversa índole: hubo una fuerte caída en la recaudación de recursos provocada principalmente por el descenso de la población indígena. Las órdenes religiosas habían adquirido un poder fáctico bastante evidente, y en vez de dirigir sus esfuerzos en la evangelización, se preocuparon más por velar sus dominios e intereses ante el papado. Fueron no pocas las ocasiones en que las autoridades eclesiásticas confrontaban a las autoridades civiles como las Reales Audiencias o al propio virrey.

Había una corrupción generalizada en la administración colonial; era común la venta de cargos, provocando, por lo tanto, una cada vez más creciente ineficacia administrativa; sumado a ello las remesas que la Nueva España enviaban a la metrópoli habían disminuido de manera sustancial.

En esa compleja situación se encontraba el Imperio Español en su generalidad, cuando en 1700 falleció el rey Carlos II de Habsburgo sin dejar descendencia. En su testamento había dejado en herencia la

⁶ *Ibíd.*, p. 5.

corona a su sobrino Felipe de Anjou, quien era a su vez nieto del omnipotente Luis XIV. Las pretensiones inglesas de dominar Europa a costas de los imperios coloniales vieron con preocupación la fusión de España y Francia; así que, apoyados por una verdadera coalición internacional, impulsaron su candidato a heredar la corona: al archiduque Carlos de Habsburgo, hermano del emperador de Alemania.

Se vivió una guerra civil de catorce años, y a la postre los intereses británicos cambiarían de bando cuando José I, hermano de Carlos, falleció, quedando como emperador el mismo archiduque. Con la firma de los Tratados de Utrecht en 1715, Felipe renunció a su derecho dinástico y fue coronado rey de España. Con él, la experiencia administrativa de los Borbones hizo aparición en las colonias americanas.

Los monarcas, influidos por el despotismo ilustrado, tratarían de modernizar el Imperio, poner orden y elevar la productividad. Para ello, cambiaron su política a través del establecimiento de las llamadas reformas borbónicas, que buscaban restarle poder a los grupos y corporaciones e impulsar las actividades económicas, así como el desarrollo científico. Para lograr habría que implementar una nueva administración y por ende nuevos funcionarios. La real ordenanza de 1786 modificó profundamente la organización política y administrativa de la Nueva España.⁷

Desapareció la antigua división entre reinos, gobernaciones y provincias; en cambio, se instauraron las “intendencias”. La Nueva España quedó dividida en doce intendencias. En cada una de ellas, existiría una única autoridad superior: el intendente. La ordenanza le fijaba competencia en cuatro ramos: en justicia, hacienda, guerra y policía. Las acciones del intendente quedaban supeditadas a la respectiva Audiencia. A su vez, las intendencias se dividían en partidos, y en cada uno de ellos existiría un subdelegado con la misma competencia que el intendente.

⁷ *Ibíd.*, p. 8.

Como una medida de reorganización de los territorios del norte, en 1776, el rey ordenó la creación de una jurisdicción especial denominada Provincias Internas. Para ese fin, el rey decidió separar de la Nueva España las inmensas provincias de Sonora, California, Coahuila, Texas, Nuevo México y Nueva Vizcaya. Se estableció su capital en la Villa de Arizpe, en Sonora.

En 1786 el virrey haría una nueva división creando las Provincias Internas del Oriente, comprendiendo los territorios de Coahuila, del Nuevo Reino de León, Nuevo Santander y Texas. Con esta nueva ordenación, las poblaciones de Saltillo y Santa María de las Parras, que habían pertenecido a la Nueva Vizcaya anteriormente, pasaron a formar parte de las nuevas Provincias Internas del Oriente. Hasta ese entonces la ciudad más importante de Coahuila había sido Monclova. Ahora Saltillo, con una población de 18,000 habitantes, y Santa María de las Parras, con 15,000 respectivamente, desplazaban la importancia de Monclova. A partir de esa época la rivalidad entre las ciudades protagonizaría la historia de Coahuila.

El 27 de octubre de 1807 fue firmado un pacto secreto entre Napoleón Bonaparte, quien desde 1804 había sido nombrado emperador de Francia, y Manuel Godoy, plenipotenciario del reino de España. En él ambos países se comprometían a invadir conjuntamente Portugal, y una vez derrotado, dividírselo a la mitad.

En noviembre de 1807, tal como lo acordaba el tratado, veinte mil soldados franceses cruzaron la frontera para apoyar a la invasión terrestre. Entrando en Madrid, Napoleón obligó a abdicar al rey Carlos IV a favor de su hijo Fernando VII, y éste a su vez a abdicar a favor de José Napoleón, hermano del emperador.

La resistencia española fue inmediata, primero a través de juntas de defensa, posteriormente se unieron en una junta general que llamó a Cortes extraordinarias del reino.

IV. MANUEL RAMOS ARIZPE EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

El 7 de febrero de 1810 fue publicado en México el Decreto de la Regencia de la Madre Patria. En él se ordenaba que cada provincia y capitanía general debía designar un diputado que acudiera ante las Cortes. Las elecciones debían ser realizadas por los ayuntamientos respectivos.

Tal como lo mandataba el Decreto, el ayuntamiento de la villa del Saltillo nombró a Miguel Ramos Arizpe quien, junto con otros dieciséis diputados, representó al virreinato de la Nueva España antes las Cortes.

Las Cortes abrieron sus puertas el 24 de septiembre de 1810 en el teatro de la Isla de León para posteriormente trasladarse al oratorio de San Felipe Neri, en la ciudad de Cádiz. Allí se reunieron los representantes de los virreinos americanos y de los territorios asiáticos, su composición fue poco mayor a los trescientos diputados, de los cuales cerca de sesenta fueron americanos.

Los debates constitucionales iniciaron el 25 de agosto de 1811 y terminaron a finales de enero de 1812. “La discusión se desarrolló en pleno asedio de Cádiz por las tropas francesas, una ciudad bombardeada, superpoblada con refugiados de toda España y con una epidemia de fiebre amarilla.”⁸

Fue en 1811 cuando Miguel Ramos Arizpe presentó ante las Cortes su famosa Memoria sobre *El estado natural, político y civil de las provincias de Coahuila, del Nuevo Reino de León, de Nuevo Santander y de Texas*. Documento que hace una descripción de las condiciones políticas de aquellas regiones de la América española, y además, llega a la conclusión de apoyar una idea federal para el mejor gobierno de la Nueva España, fortaleciendo el régimen municipal.

Las discusiones tuvieron como resultado la creación de una Constitución de características hispanas. Su artículo primero definía a nación española como “la reunión de los españoles de ambos he-

⁸ *Ibidem*, p. 12.

misferios.” Los debates se acalararon cuando se tocó el tema de la representación, la cual era exagerada para las provincias ibéricas; el problema sólo se pudo disipar con la redacción del artículo 11, el cual, dadas las difíciles situaciones de defensa, delegaría en una ley secundaria la estructura del estado cuando las circunstancias de la nación lo permitieran.

De especial discusión fueron los artículos constitucionales referidos a los ayuntamientos y diputaciones provinciales, en cuya redacción la comisión se basó abiertamente en las Memorias presentadas por el diputado de Coahuila. A propuesta del mismo Miguel Ramos Arizpe, se estableció la creación de un ayuntamiento por cada población que superara los 1,000 habitantes, los cuales serían electos por sufragio indirecto efectuado por los hombres libres.

Tras dos años de negociaciones, la Constitución de 1812 se promulgó en el Oratorio de San Felipe Neri, el día de San José (19 de marzo) de aquel año, razón por la cual se tuvo a bien darle el mote de “La Pepa”. Estuvo vigente en todo el Imperio español durante dos años, hasta el 4 de mayo de 1814, fecha en que se reinstauró Fernando VII en el poder y abolió la Constitución de 1812.

Acto seguido ordenó la aprensión y el encarcelamiento de todos los diputados que habrían aprobado la Constitución. El 10 de mayo por la noche, fue aprehendido Miguel Ramos Arizpe, cuyo proceso se prolongó por más de un año sin que obrara una acusación concreta.

Aunque no queda constancia del fallo en la causa estudiada cuyo expediente obra en el Archivo Histórico Nacional España, sabemos que fue condenado posiblemente a finales de 1815, principios de 1816, a permanecer por un tiempo, dada su calidad de clérigo en la Cartuja de Ara Christi de Valencia a donde se le trasladó desde la cárcel arzobispal de la Villa de Madrid en la que permaneció recluso en su proceso.

Su proceso se prolongó hasta que fue liberado en 1820 cuando se estableció el régimen constitucional.

Más adelante, una vez libre, durante el “Trienio Liberal Español”, volvió a desempeñar el cargo de diputado de Cortes, utilizando su posición como influjo para que los americanos residentes en España apoyaran la independencia de México, aportando para ello grandes sumas de dinero e, incluso, con gran influjo obtuvo a fines de 1820 que se nombrara al general Juan O’Donojú, su antiguo amigo y compañero de bancada, hombre de talentos y virtudes, para sustituir a don Juan Ruiz de Apodaca, virrey depuesto de la Nueva España.⁹

Una vez consumada la independencia de México, Miguel Ramos Arizpe volvió a Saltillo. Su sobrino Juan Valdés Ramos, deja un testimonio vívido de su regreso en sus *Apuntes genealógicos*:

Desembarcó en Tampico y directamente se vino para el Saltillo, en donde lo esperaban sus hermanos. Me acuerdo porque yo ya tenía 7 años, que desde el Rancho La Huilota hasta la Iglesia de San Juan, estaba cubierto de lazos compuestos, engalanadas las puertas y ventanas y cuando su carruaje llegó a La Huilota, lo esperaba todo Saltillo en masa, con dos danzas que precedían la marcha. Allí el pueblo quitó las mulas del carruaje y dijo: no vengo de España a que mis paisanos me sirvan de bestias de tiro, o vuelven a poner las mulas o nos vamos todos a pie; visto lo cual se pusieron otra vez las mulas y el carruaje vino muy despacio acompañando a las gentes a pie hasta que llegó a San Juan, en donde vivían sus hermanos y su sobrino, el doctor Rafael Ramos Valdés que era capellán de dicha Iglesia, a cuyo lado estuvo algún tiempo.¹⁰

V. COAHUILA EN EL PRIMER FEDERALISMO MEXICANO

Luego del fallido imperio que en México se deseó implementar, el Congreso que había sido disuelto, se volvió a reunir y nombró un triunvirato integrado por Guadalupe Victoria, Nicolás Bravo y Pedro Celestino Negrete, los cuales, tras anular las disposiciones emanadas del imperio, llamaron a elecciones.

⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ Juan Valdés Ramos, citado en José Fuentes García, *op cit.*, p. 18.

El nuevo congreso comenzó labores legislativas el 8 de noviembre de 1823. Se designó una comisión para elaborar el Plan de Constitución Política de la Nación Mexicana. Tras una acalorada discusión sobre la mejor forma de Estado, se decidió apearse al federalismo.

El primer acto legislativo del Congreso fue la publicación del Acta Constitutiva de la Federación, el día 31 de enero de 1824. Su artículo primero dictaba a la letra que “La nación mexicana se componía de las provincias comprendidas en el territorio del virreinato llamado antes Nueva España, en el que se decía capitán general de Yucatán y en el de las comandancias generales de provincias internas de oriente y occidente.”

Posteriormente, en su artículo 7 indicaba los miembros de la federación y se establecía que el “Estado Interno de Oriente” quedaría “compuesto de las provincias de Coahuila, Nuevo León y los Tejas”.

Sin embargo, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, en su artículo 5 creó el estado de Coahuila y Tejas, ligándolos al mismo destino que habrían de vivir.

De manera general las primeras constituciones de los estados siguieron una clara tendencia federalista. Los constituyentes de cada entidad desarrollaron instituciones propias de avanzada que aún hoy serían ejemplo de diseño constitucional.

La Constitución Federal no reconocía un capítulo de derechos del hombre, por lo que fue facultad de las entidades federativas reconocerlos sin violentar aquélla.

El Primer Congreso Constituyente se ubicó en Saltillo en agosto de 1824, aprobándose su Constitución el 11 de marzo de 1827. Monclova substituyó a Saltillo como capital en marzo de 1833. Ante la inmigración de población de Estados Unidos, además de las tierras y la ciudadanía mexicanas que generosamente se les ofreció, el Estado permitió el uso del inglés como idioma en Texas.¹¹

¹¹ Manuel González Oropeza, *Digesto constitucional mexicano: historia constitucional de la nación: de Aguascalientes a Zacatecas 1824 -2017*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2017, p. 210.

El gobernador José Ignacio de Arizpe promulgó la Constitución de Coahuila y Texas. Contrario a la costumbre constitucional, su artículo primero no definía al estado como una circunscripción geográfica y política, sino siguiendo la lógica de la Constitución de Cádiz, definió al estado como “la reunión de todos los coahuiltejanos”.

El artículo 11 depositaba la nación coahuiltejana en los “imprescriptibles derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad”, siendo un deber del Estado conservar por leyes sabias y equitativas estos derechos. La regulación de los derechos fundamentales era universal, pues la protección se extendía a “todo hombre que habite el territorio del Estado, aunque sea de tránsito”; apartándose de la jurisdicción extranjera con la que el estado hacía frontera.

La constitución, asimismo, contenía una regla incluyente: era obligación de todos los habitantes del Estado obedecer las leyes, respetar a sus autoridades y contribuir con el sostenimiento del erario. La fracción tercera del artículo 17 asimilaba a los extranjeros “sean de la nación que fueren” como coahuiltejanos respecto a estos deberes.

Al igual que la Constitución Federal, la Constitución de Coahuila y Texas establecía una clara división de poderes: repartidos entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

El Congreso del Estado era depositario del Poder Legislativo, éste contaba con profusas atribuciones y, en su receso, funcionaba la diputación permanente, “cuya atribución más significativa era la de velar sobre la observancia del Acta Constitutiva, la Constitución y leyes federales, así como por la Constitución y leyes del Estado, informando al pleno del Congreso de las infracciones que hubiese notado.”¹²

El Poder Ejecutivo se organizó unipersonal, pero contaba con la asistencia del Consejo de Gobierno, que fue un cuerpo consultivo para la formación de los reglamentos de la administración pública, la formulación de dictámenes, la investigación y consignación ante el Congreso en los casos de responsabilidad política; y para el análisis de las propuestas de ternas para la ocupación de cargos públicos.

¹² *Ibíd.*, p. 214.

Por último, el Poder Judicial descansó en los tribunales, los cuales estarían autorizados exclusivamente para aplicar las leyes pero “nunca podrán interpretarlas ni suspender su ejecución” (artículo 176.)

Los primeros años de vida del Estado Coahuiltejano se vieron marcados por la constante presión de los Estados Unidos de intervenir en Texas.

Un primer esfuerzo de los anglosajones para apoderarse de Texas fue tratar de encubrir su pretensión a través del velo de indefinición de límites entre Luisiana y el Estado de Coahuila y Texas. México respondió a estas pretensiones logrando la seguridad jurídica a través de la fijación de límites, creando para tal efecto una Comisión de Límites, dirigida por Manuel Mier y Terán, que funcionó de 1825 a 1831. El primer diplomático mexicano, Simón Tadeo Ortiz de Ayala, murió en 1833 intentado disipar las dudas de esta ficticia confusión de límites y el sacerdote José Antonio Pichardo disipó las dudas en su obra escrita en 1803, publicada por primera vez en 1931.¹³

Si bien los límites entre la Nueva España y los Estados Unidos habían quedado establecidos por el Tratado de Onís - Adams de 1819, y habían sido ratificados por México con el tratado de 5 de abril de 1832, los Estados Unidos encontraron en los problemas limítrofes una nueva justificación para comenzar sus presiones sobre Texas.

La amistad y el comercio entre la Nueva España y los Estados Unidos fueron recurrentes, y posteriormente, el lugar lo ocupó México. De conformidad con la Constitución Federal, los tratados internacionales y la regulación de comercio correspondía al Congreso General, según lo señalado en las fracciones XI y XIII del artículo 50 constitucional. En la constitución de 1824 las cámaras no contaban con facultades exclusivas, por lo que los tratados internacionales de amistad y de comercio, eran conocidas por ambas cámaras.

En varias ocasiones emisarios de los Estados Unidos, como Joel R. Poinsett y Anthony Butler, intentaron engañar al gobierno mexicano con falsos tratados de amistad, comercio y navegación, a partir

¹³ *Ibidem*, p. 220.

de 1826. No fue sino hasta agosto de 1831 cuando se logró el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, bajo amenaza directa de los Estados Unidos de retirar su delegación diplomática.

Paradoja de años posteriores donde nuestro país —afirma Manuel GONZÁLEZ OROPEZA—durante el Porfiriato y la Revolución, tuvo que negociar el reconocimiento diplomático por parte de los Estados Unidos. Ignacio Luis Vallarta lo logró durante el primer periodo en 1878, sin mella para la dignidad del país, pero no así la Revolución, que tuvo que aceptar los ominosos Tratados de Bucareli, para lograrlo en 1923.¹⁴

Después de lograr que el Congreso mexicano aprobara el Tratado de Amistad y de Comercio, los Estados Unidos ofrecieron la compra de la provincia de Texas, con una oferta que varió de cinco a siete millones de pesos. Ante la negativa del gobierno federal, la actitud de compra cambió hacia 1833, por una ocupación militar.

Lo cierto es que desde tiempo atrás se venía gestando un movimiento de emancipación en Texas, propiciado, sobre todo, por aquellos migrantes que el estado de Coahuila y Texas otorgó tierras para colonizar el estado.

La Constitución Federal tuvo competencia concurrente tratándose de la colonización. El estado coahuiltecano fue ameno en ese aspecto. Otorgó tierras y la nacionalidad mexicana a cualquier extranjero que decidiera permanecer en el territorio, sin mayor gravamen.

En primer término, aunque la libertad de cultos no fue aceptada en México sino hasta 1873, al constitucionalizarse las Leyes de Reforma, se permitió en la ley local que los colonos fueran “cristianos”, en lugar de católicos

Precisamente a raíz de la colonización, México permitió la entrada de migrantes anglosajones proveniente de los Estados esclavistas del sur de los Estados Unidos a territorio texano. En 1820, Moisés Austin, proveniente de Mississippi, nacionalizado español y en su calidad de “empresario”, se estableció en territorio mexicano. Como murió al año siguiente

¹⁴ *Ibíd.*, p. 222.

te, su hijo Esteban Austin llevó a término su encomienda al establecer múltiples asentamientos familiares.¹⁵

La Ley de Colonización del Imperio Mexicano, del 3 de enero de 1823, reguló la empresa de Austin, y se autorizó el establecimiento de familias el día 27 de abril del mismo año. Una vez reunido el Congreso Constituyente, Esteban Austin haciendo gala de la presión política, viajó hasta la Ciudad de México con tal de que se permitiera una concesión a los migrantes texanos para traer esclavos.

La introducción clandestina de la esclavitud había comenzado desde 1822, aunque la apremiante situación texana comenzaba a llamar la atención. Si bien es cierto que el contrato de colonización no proscribía la esclavitud, se entendía que ésta era contraria al sistema jurídico nacional, el cual desde 1810 la había proscrito.

Ante la negativa del Congreso General de permitir el esclavismo, Austin se refugió en el Congreso local para protestar contra la Constitución Federal, “atreviéndose a declararla ilegal y demostrativa de la mala fe del gobierno mexicano contra los colonos”.¹⁶

Ante la imposibilidad de cambiar la ley federal, pretendió desobedecerla a través de las leyes estatales y en agosto de 1825, promovió la iniciativa por la cual, en Texas y sólo para los colonos (véase la pretensión privilegiada) se permitiría introducir esclavos hasta 1840 y el comercio de esclavos se permitiría para los colonos exclusivamente. Los nietos de los esclavos podrían ser liberados a la edad de 25 años para los hombres y 15 para las mujeres.¹⁷

Sin embargo, tampoco fue aprobada su moción, y en el artículo 13 de la Constitución del Estado se señaló que

En el Estado nadie nace esclavo, desde que se publique esta Constitución en la cabecera de cada partido, y después de seis meses, tampoco se permite la introducción bajo ningún pretexto.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 232.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 233.

¹⁷ *Ídem.*

Aunque existía la vaguedad de la situación jurídica de los esclavos introducidos hasta antes de la entrada en vigor de la Constitución, Austin protestó y amenazó que esa disposición pondría en peligro la colonización, pues desde los inicios había implementado el cultivo de algodón como primera actividad productiva, copiando el modelo esclavista del sur de los Estados Unidos.

Austin, a la par, propulsó la candidatura de diputados esclavistas para el Primer Congreso del Estado, logrando que se eligieran a Miguel Arciniega y José Antonio Navarro. Este último propuso y llevó a cabo el decreto número 56, aprobado el 5 de mayo de 1828, mediante el cual se permitieron los contratos de servidumbre, los cuales encubrieron a la esclavitud, a pesar de estar proscrita en el artículo 13 constitucional.

A partir de 1834 las tensiones entre los texanos y los inmigrantes comenzaron a manifestarse de manera violenta, debido a las concesiones gigantescas que se otorgaban sin previo cuidado de no invadir propiedades anteriores.

Al final de esta era, hacia 1836, se calculaba que había treinta mil personas de origen anglosajón; tres mil quinientos mexicanos oriundos; catorce mil doscientos indios, fundamentalmente comanches que no eran originarios de Texas sino de Wyoming, y cinco mil esclavos.¹⁸

Por esa superación numérica, Manuel Mier y Terán recomendó en 1827 la restricción de la migración estadounidense; producto de ello fue la ley del 6 de abril de 1830 suspendiéndola. Austin protestó contra la ley, y los efectos de la misma fueron pospuestos hasta 1832; pero su desobediencia obligó a que autoridades coahuiltejanas lo arrestaran en la villa del Saltillo en 1834.

Asimismo, la expulsión de los representantes de Texas ante el Congreso del Estado, José María Balmaceda e Ignacio Zendejas, por decreto número 149 del 18 de septiembre de 1830, fue utilizada por dichos colonos como agravios políticos contra Coahuila y el país;

¹⁸ *Idídem*, p. 235.

por lo que los colonos, a través de Horatio Chriesman y John Austin, convocaron una Convención en San Felipe de Austin, que se reunió el primero de octubre de 1832.

El 19 de diciembre de 1832, otra convención fue organizada en San Antonio de Béxar, y fue en esta reunión donde el “rompimiento del pacto social” apareció por primera vez, por lo que se promovió la independencia de Texas de Coahuila y, por lo tanto, de México. En 1833, se repitió la convención secesionista, en esta ocasión, el presidente de los Estados Unidos, Andrew Jackson, envió a un representante suyo: Samuel Houston.

En 1834 fueron electos como representantes de Texas ante el Congreso del Estado los diputados John Durst y Oliver Jones, quienes obtuvieron que el inglés fuera declarado cooficial en el Estado y que la justicia ordinaria aceptara la figura del jurado.

La sustitución de la Constitución Federal por las Siete Leyes en 1836, fue el pretexto definitivo para Austin, quien un año antes, había organizado la guardia nacional texana, integrada tanto por colonos como por mexicanos, financiada directamente por el empresario, para oponerse a la tiranía de Santa Anna.

VI. COAHUILA: DEL CENTRALISMO A LA SEGUNDA FEDERACIÓN

Andrew Johnson reconoció la independencia de la República de Texas en marzo de 1837, y en 1845 se le concedió el acceso a los Estados Unidos como un estado de la federación.

De las pocas reformas que presentó la Constitución de 1827 fue la promulgada el 18 de mayo de 1850, por la cual se otorgaba la facultad a los diputados locales de armonizar la ley fundamental a las Bases Orgánicas de 1843.

La siguiente reforma sustancial sería la aprobada en 1852, misma que modificó gran contenido de la Constitución. La nueva redacción era protectora de los derechos de los ciudadanos, haciendo responsa-

bles a las autoridades que ordenaran y ejecutaran actos de violación. Se establecían nuevas causales para la suspensión de la ciudadanía, como el no saber leer ni escribir, a partir de 1858 (artículo 18).

Orgánicamente divide al poder del Estado en tres: el Poder Legislativo recaería en el Congreso local, cuyos diputados podían ser reelectos indefinidamente; el Poder Ejecutivo recaería en el gobernador y en el vicegobernador, electos cada cuatro años; y el Poder Judicial estaría depositado en los tribunales, quienes únicamente podían aplicar la ley, quedando imposibilitados para interpretarla.

Como novedad, la Constitución reformada previó un “poder electoral” (Título XIV) que lo constituían las asambleas de electores para la elección de las autoridades del Estado.

Tras el triunfo de la Revolución de Ayutla en 1856, Santiago Vidaurri, luego de derrotar a las fuerzas de Santa Anna en la villa del Saltillo, expidió un decreto el 19 de febrero de 1856 por el que unía a los estados de Coahuila y Nuevo León. Bajo este estado nació Venustiano Carranza en el poblado de Cuatro Ciénegas.

Como consecuencia de la separación de Texas, y con nuevos tintes federales, el nuevo estado federado se dio su nueva constitución el 4 de octubre de 1857 en la ciudad de Monterrey. Si bien el Congreso Constituyente federal determinó la inconstitucionalidad de la unión entre ambos estados, no fue sino hasta el 26 de febrero de 1868 cuando Benito Juárez decretó la disolución de la entidad.

La Constitución de Nuevo León y Coahuila reprodujo el primer título relativo a los derechos del hombre contenido en la Constitución federal. Sin embargo, haciendo una traducción literal de la Constitución de los Estados Unidos disponía: “La enumeración de estos derechos no tiene por objeto limitar, desigualar ni negar los demás que retiene el pueblo.”

Su principal innovación se dio en materia del Poder Judicial, cuyos miembros, desde los magistrados hasta el “Ministro Fiscal”, serían electos por sufragio directo; lo mismo que el gobernador y los diputados.

VII. LA RESTAURACIÓN

Luego de la restauración de la República, tras vencer Benito Juárez a las fuerzas de ocupación francesas, el gobernador Victoriano Cepeda enfrentó la incursión de indios comanches que asolaron Coahuila.

Aunado a ello, las facciones políticas se disputaron el cargo de gobernador, quedando Cepeda como un gobernante intermitente. En una de esas ausencias de poder, el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia, encargado interinamente del cargo de gobernador, promulgó el 31 de mayo de 1869 la nueva Constitución Política del Estado, únicamente con el nombre de Coahuila y sólo a nombre del pueblo coahuilense, sin pretensiones metafísicas como las de los preámbulos de las Constituciones anteriores.¹⁹

El articulado hacía recordar bastante a la Constitución de 1827, pues determinaba que todo individuo dentro del Estado gozaría de los derechos reconocidos en la Constitución. Proscribió en su artículo 10 la leva; equiparaba en materia fiscal a los extranjeros con los mexicanos. De igual manera como lo hacía la Constitución de 1857, se establecía un sistema de responsabilidades de los servidores públicos, en el cual el Congreso se erigiría en Gran Jurado de acusación y el Supremo Tribunal de Justicia como jurado de sentencia.

Luego de haberse promulgado la Constitución, los límites territoriales entre Coahuila y Nuevo León fueron precisados el 5 de marzo de 1870, y las relaciones amistosas entre ambas entidades federativas fueron consolidadas. A fines del siglo XIX, una fracción del territorio de Coahuila, colindante con Chihuahua y Durango, pretendió independizarse alrededor de las minas de Sierra Mojada, por lo que por un tiempo estuvo bajo dominio de la Federación.

Sebastián Lerdo de Tejada propició el juicio político del gobernador Cepeda por parte del Congreso del Estado, nombrando a Ismael Salas como nuevo gobernador. Esa imposición desató una disputa entre los poderes del Estado, en especial cuando el gobernador se

¹⁹ *Ibíd.*, p. 242.

negó a promulgar una ley aprobada por el Congreso, con el pretexto de que la legislatura no estaba bien conformada, a pesar de que el artículo 52 de la constitución establecía la publicación automática de las leyes que no fueran vetadas en el término de diez días hábiles.

El conflicto provocó que el Congreso se trasladara a Monterrey y allí destituyera al gobernador. El Presidente de la República solicitó al Congreso de la Unión plenas facultades para resolver el problema. El diputado federal Prisciliano Díaz González advirtió la necesidad de reformar la Constitución federal para resolver el conflicto. “De esa manera surgió la facultad senatorial de desaparición de poderes, contenido en el artículo 76, fracción V, de la Constitución.”²⁰

“Con el arribo del ferrocarril a Coahuila se expidió el 21 de febrero de 1882 la nueva Constitución del Estado, siendo gobernador Evaristo Madero, abuelo del prócer de la Revolución Mexicana.”²¹

Una novedad de esta Constitución fue la necesidad de que se contara con una sentencia ejecutoriada para perder los derechos políticos. Además, cuando existiera una sentencia irrevocable, no se autorizaba el indulto ni la conmutación de la pena.

Finalmente, esta Constitución conceptúa a la instrucción primaria muy en alto, al caracterizarla como laica, general, gratuita y obligatoria y considerando al preceptor de dicha instrucción como un “servicio altamente meritorio para el Estado” (artículos 196 y 198).

El carácter laico del Estado provocó que el 22 de abril de 1882 hubiese una curiosa huelga de sacerdotes para celebrar bautismos y matrimonios, en protesta por las medidas adoptadas en la ley del registro civil.²²

VIII. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA DE ZARAGOZA

Los albores del siglo XX serían muy turbulentos para la vida nacional, y Coahuila no sería la excepción. Saltillo sería protagonista del

²⁰ *Ibidem*, p. 245.

²¹ *Ibidem*, p. 246.

²² *Ibidem*, p. 247.

surgimiento del movimiento constitucionalista liderado por Venustiano Carranza, gobernador constitucional de la entidad, quien solicitó al Congreso el desconocimiento del gobierno federal, a cuya cabeza había quedado Victoriano Huerta luego de asesinar a Madero.

El 26 de marzo de 1913 Venustiano Carranza redactó el “Plan de Guadalupe”, por el que desconocía al gobierno golpista y se autonombra Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo.

Tras lograr vencer al usurpador, convocó a una “Convención Revolucionaria”, en la cual asistirían representantes de Villa y Zapata. Ellos erigieron a la Convención soberana y desconocieron a Carranza, a su vez él la desconoció y se retiró a Veracruz. La revolución total había comenzado.

Luego de las decisivas derrotas propiciadas a Villa en El Bajío, el presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, dio el reconocimiento a Carranza como gobernador de facto; y aprovechándose de ello, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, expidió un decreto por el que llamaba a elecciones para la conformación de un Congreso Constituyente.

El Congreso iniciaría sesiones el primero de diciembre y en sesión solemne, el 5 de febrero de 1917, se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El 22 de marzo del mismo año, Venustiano Carranza publicó un decreto por el que llamaba a los gobernadores provisionales de toda la federación, a convocar a elecciones.

En su artículo 5 señalaba que

Las Legislaturas de los Estados que resulten de las elecciones próximas, tendrán además del carácter de Constitucionales, el de Constituyentes, para sólo el efecto de implantar en las Constituciones locales, las reformas de la nueva Constitución General de la República en la parte que les concierna, y así se expresará en la convocatoria correspondiente.

Siguiendo lo mandado por el decreto, la XXIII legislatura del Congreso de Coahuila se dio a la tarea de redactar un nuevo texto

fundamental. El resultado sería la publicación de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila, el 5 de febrero de 1918.

El gobernador que promulgó la Constitución fue secretario particular de Venustiano Carranza, Gustavo Espinosa Mireles. Los diputados de la XXIII Legislatura fungieron como constituyentes y sus nombres son los siguientes: F. L. Treviño (Presidente), Francisco Paz (Vicepresidente), Ernesto Meade Fierro, Abel Barragán, J. Candelario Valdés, José C. Montes, José Reyes Castro, Antonio Aldana, C. Ugartechea, José Rodríguez González, Indalencio Treviño Chapa, Enrique Dávila (Secretario) y J. Martínez M. (Secretario).²³

Por falta de técnica legislativa, los diputados constituyentes no señalaron en sus transitorios una *vacatio legis*, por lo que se entiende que entró en vigor tres días después en Saltillo y debió aplicarse supletoriamente el Código Civil de la entidad respecto al sistema sucesivo de vigencia de la constitución.

El texto constitucional original presentaba un total de 198 artículos divididos en ocho títulos. Su estructura es muy parecida a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues así lo mandataba el decreto del 22 de marzo de 1917.

Su artículo 7 establecía la obligación de reconocer, respetar y garantizar las garantías individuales, tanto las señaladas en la Constitución federal como en la constitución local. Su artículo 10 daba la ciudadanía coahuilense a todo individuo que hubiera nacido dentro del territorio estatal, incluyendo a los “hijos de padre desconocido”, situación muy común en esa época.

El artículo 16 establecía la obligación por parte de todo individuo de asistir a la instrucción primaria, así como instruir en esa educación a los hijos. Además de las garantías individuales reconocidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución de Coahuila reconoció más derechos en su artículo

²³ *Ibidem*, p. 249.

17. Uno en particular llama la atención: la fracción III del artículo en comento, otorgaba el derecho de petición ante las autoridades del Estado, “debiendo éstas contestar dentro de un plazo máximo de 15 días, contados desde la fecha en que se reciba la petición, siempre que se hagan conforme a la ley y cuando ésta no marque término.”

Parecido a como lo dictaba la Constitución federal, el texto constitucional coahuilense preveía la suspensión de la ciudadanía coahuilense por distintas causas, entre otras, por ser ebrio o tahúr²⁴ consuetudinario (artículo 20, fracción IV).

En cuestión orgánica, sigue la misma división de poderes: en Poder Legislativo (artículos 32 al 74), Poder Ejecutivo (artículos 75 al 134) y Poder Judicial (artículos 135 al 158).

El Poder Legislativo se depositaba en el Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza (artículo 32), el cual quedaba conformado por quince diputados elegidos de manera directa.

Destaca del proceso legislativo la facultad que se otorgó al Supremo Tribunal de Justicia de iniciar leyes tratándose de administración de justicia y de codificación (artículo 59).

El proceso legislativo es el mismo que el establecido a nivel federal, sin embargo, en caso de urgencia, los diputados podían acotar el trámite legislativo, siempre y cuando dieran al Poder Ejecutivo tres días para efectuar su derecho al veto.

El artículo 64 hace una interesante división respecto a los actos legislativos según su fin. Si éstos otorgan derechos y obligaciones a la generalidad, toman el nombre de leyes; si esos derechos y obligaciones únicamente van dirigidos a un sector de la población, se denominan decretos; y aquellos actos que no cuentan con el efecto de las leyes ni los decretos, se nombran acuerdos.²⁵

²⁴ Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, el término “tahúr” es una persona muy diestra en el juego.

²⁵ Cfr. Artículo 64 de la Constitución Política del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila, en su texto original.

Respecto al Poder Ejecutivo, éste quedaba depositado en la figura del Gobernador del Estado. Asimismo, para coadyuvar con el gobernador, el artículo 86 creaba un Despacho de Gobierno, el cual era corresponsable de las acciones y omisiones de aquél.

Siguiendo la actitud anticlerical del Congreso Constituyente de Querétaro, la Constitución de Coahuila reafirmó el deber por parte del Estado de impartir la instrucción primaria. A pesar de que creaba la posibilidad de que la enseñanza fuera impartida tanto por instituciones públicas como privadas, el artículo 117 obligaba que ésta fuera laica.

Imponía, asimismo, la obligación por parte del Ejecutivo estatal de crear una escuela por población cuando en ésta hubiera por lo menos quince niños (artículo 119). De igual manera, uno de los requisitos para que una población deviniera en municipio, consistía en contar con los recursos suficientes para fundar una escuela diurna y otra nocturna (artículo 128); y remataba la importancia en el tema educativo el artículo 121, el cual señalaba que “Los sueldos y gastos de instrucción pública se pagarán de preferencia sobre los demás, excepción hecha de los destinados a la seguridad del Estado.”

El Poder Judicial se depositaba en el Supremo Tribunal de Justicia y en los Jueces de Primera Instancia, Jueces Locales y demás Auxiliares (artículo 135). Destaca la duración del cargo para los magistrados, los cuales eran electos cada cuatro años por el Congreso del Estado a iniciativa de los ayuntamientos.

Al igual que la Constitución Federal, el título sexto regulaba la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos. El juicio político mantenía los mismos principios y el mismo procedimiento que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De especial mención es el título séptimo del texto original. Con único capítulo con el nombre de “Previsiones Generales”, invitaba a la creación de leyes secundarias que, sin contraponerse con lo señalado en la Constitución Federal, ayudara a resolver los problemas agrarios (artículo 169) y laborales (artículo 170).

Siguiendo el espíritu del legislador, yacía la prohibición de celebrar peleas de gallos y juegos de azar (artículo 173).

Por último, el título octavo calcaba prácticamente las ideas expresadas en la Constitución Federal, en cuanto a la inviolabilidad y a la reforma constitucional, adecuando su contenido cuando lo meritó necesario.

Durante el transcurso de cien años, la Constitución de Coahuila, como cualquier texto jurídico con tal larga vida, ha presentado algunas reformas que, sin embargo, no han significado cambios importantes en cuanto a su contenido.

Hoy en día la nacionalidad coahuilense se otorga a los mexicanos que residan durante tres años en el estado. Por reformas del 22 de septiembre del 2015, el artículo 30 permite la reelección consecutiva para los diputados hasta por cuatro periodos consecutivos.

Si bien en un inicio se le concedió al gobernador la facultad de nombrar al Procurador General de Justicia, esa prerrogativa fue condicionada a la aprobación que hiciera el Congreso de tal nombramiento; lo anterior a partir de la reforma del 8 de abril del 2012.

La Constitución de Coahuila sigue tendencias generales de asimilación constante de las reformas que el Congreso de la Unión apruebe para la Constitución federal, tal como aconteció a partir de la reforma del 6 junio del 2011. El 26 de junio del 2012, el Congreso del estado sustituyó la denominación de “garantías individuales” por la de “derechos humanos y sus garantías”.

Es así como el pasado 5 de febrero se conmemora no sólo el primer centenario de la Constitución vigente, sino la carta fundamental que más tiempo ha durado vigente en la historia de un Estado que ha sido partícipe de los principales momentos del federalismo mexicano.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ALESSIO ROBLES, Vito, *Coahuila y Texas en la época colonial*, 2ª edición, México 1978.

BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Coahuila. Revolución y constitución en las entidades federativas*, Colección INEHRM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2016.

CAIZADA PADRÓN, Feliciano, *Derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México 2009.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Digesto constitucional mexicano: historia constitucional de la nación: de Aguascalientes a Zacatecas 1824 -2017*, 1ª edición, México 2017.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado en <www.rae.es>.

FUENTES GARCÍA, José, *Coahuila. Historia de las instituciones jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México y Senado de la República, México 2010.



HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA DUPLICIDAD EN EL ASEGURAMIENTO

TOWARDS A UNIVERSAL SOCIAL SECURITY IN MEXICO: LEGAL ANALYSIS ON THE INSURANCE DUPLICITY GENERATED PROBLEM¹

JESSICA GUADALUPE GONZÁLEZ POSADAS²

RESUMEN: En nuestro país, la seguridad social es concebida como un derecho obrero, garantizado por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción XXIX del apartado A y las fracciones XI y XIII del apartado B; situación que per sé genera una delimitación de su cobertura -así como de su financiamiento-, construyéndose a la población económicamente activa. En consecuencia, el sistema de seguridad social mexicano se ha manifestado, desde su concepción, como un régimen limitado -debido a la falta de universalidad en su cobertura- y fragmentado -ante la multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de los servicios públicos correspondientes- que, a últimas fechas, puede calificarse además como desfinanciado, por la escasez de reservas suficientes para garantizar su sustentabilidad. Tales vicios primigenios han propiciado una duplicidad en el aseguramiento -entendida ésta como la doble o hasta triple cobertura de un mismo individuo respecto de las diversas instituciones que prestan estos servicios de solidaridad social-, así como una inadecuada interpretación y aplicación de las legislaciones existentes en materia de seguridad social por los operadores jurídicos; causando un detrimento directo de las finanzas que soportan nuestro tambaleante sistema de seguridad social.

PALABRAS CLAVE: *Seguridad social, universalidad, unidad, solidaridad, duplicidad en el aseguramiento, financiamiento, régimen obligatorio, pensiones.*

¹ Trad. Jennifer C. González Posadas.

² Maestra en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Abogado Procurador del Instituto Mexicano del Seguro Social, Delegación Estatal Aguascalientes.

ABSTRACT: In Mexico, social security is conceived as a working right guaranteed by the Mexican Constitution article 23, fraction XXIX, section “A” and fractions XI and XIII, section “B”. This situation itself delimits its coverage –as well as its funding– that constrains to economically active population. In consequence, Mexican social security system has emerged, from its conception, as a limited regime due to its lack of universal coverage, and fragmented because of the multiplicity of institutions primarily responsible of the corresponding public services, which lately can also qualify as unfunded in the absence of sufficient reserves to guarantee its sustainability. Such original vices have promoted an insurance duplicity –understood as the double or even triple coverage of the same individual by the different institutions that give this social solidarity services–, as well as an inadequate interpretation and application of the various social security laws by the legal operators, causing a direct detriment to the finances that support our wobbly social security system.

KEYWORDS: *Social security, universal coverage, unity, solidarity, insurance duplicity, financing, obligatory regime, social security payments.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Desarrollo histórico de la seguridad social; III. La seguridad social como un derecho fundamental; IV. Duplicidad en el aseguramiento y el problema del financiamiento; V. Propuesta de solución: el retorno al Plan Beveridge y la creación de un sistema único de pensiones; VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es el sistema de seguridad social garantizado por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entendido no sólo como una de las principales prerrogativas concebidas en favor de la clase obrera, sino también como el derecho social por excelencia, tendente a proteger a la persona humana como integrante de un grupo social.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido a la seguridad social como

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte

reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional; desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos³.

Así, la seguridad social es comúnmente explicada como “el conjunto de mecanismos para la cobertura de contingencias sociales de todos los habitantes del país y, específicamente, del trabajador y su familia”⁴. Concepto que denota, en un primer momento, una intención de universalidad en la atención de los requerimientos del grueso de la población; esto es, que dicha protección no sea privativa de la clase obrera, sino que también alcance a los diversos sectores sociales, sin la exigencia de un trabajo remunerado. En palabras de Ávila Salcedo, “la universalidad como distintivo de la seguridad social implica protección a la persona física por el sólo hecho de serlo, es un derecho a su favor que justifica acciones continuadas para ampliar su cobertura”⁵.

No obstante, si bien la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional parece corresponder a tal propósito al declarar de utilidad pública la Ley del Seguro Social e instaurar un sistema de seguros encaminados a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familias, lo cierto es que dicho objetivo pierde claridad e incluso se desvanece al especificar, en las fracciones XI y XIII del apartado B del citado precepto, las bases para la organización de la seguridad social correspondiente a los trabajadores al servicio del Estado y los miembros en activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada; excluyéndolos del resto de la población que se encuentra -en teoría- amparada por la Ley del Seguro Social, y sujetándolos a un régimen de protección y

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ Capón Filas, Rodolfo y Giorlandini, Eduardo, *Diccionario de Derecho Social. Derecho del trabajo y la seguridad social*, 1a. ed., Argentina, Rubinzal y Culzoni Editores, 1987, p. 455, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1412/10.pdf>, el 08 de agosto de 2018.

⁵ Ávila Salcedo, Luis F., *La seguridad social y el Instituto Mexicano del Seguro Social*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007, p. 28.

asistencia sociales precisamente organizado en atención a su calidad de trabajadores, a grado tal que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado no utiliza la palabra “asegurado”, sino la de “trabajador”⁶.

Asimismo, de una interpretación sistemática de los artículos 12, 13 y 14 de la Ley del Seguro Social se advierte que la protección más amplia, integral y completa que dicha legislación prevé es proporcionada, de manera exclusiva y obligatoria, a las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo prestan, en forma permanente o eventual, un servicio remunerado, personal y subordinado; a los socios de las sociedades cooperativas y a las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo. En tanto que los campesinos, no asalariados y demás sectores sociales a que hace referencia la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, sólo podrán acceder voluntariamente a las prestaciones que el régimen obligatorio del seguro social otorga, mediante convenio con el Instituto Mexicano del Seguro Social en el que se especifiquen, entre otros términos, la vigencia de la prestación de los servicios de seguridad social; las prestaciones a otorgar; las cuotas a cargo de los asegurados y demás sujetos obligados, y la contribución del Gobierno Federal, únicamente cuando en su caso proceda ésta.

De las anteriores consideraciones es fácil advertir, pues, que en nuestro país y a pesar de las disposiciones constitucionales, la seguridad social se ha desarrollado exclusivamente “a través de instituciones... encargadas de proporcionar una serie de seguros sociales a la población que se encuentra bajo una relación de trabajo formal; es decir, que prestan un trabajo personal y subordinado y cotizan en el IMSS, ISSSTE o en las fuerzas armadas”⁷. De manera tal que para acceder a las prestaciones en especie y en dinero que prevé la Ley del Seguro Social, el resto de la población debe incorporarse voluntariamente a través del pago de una cuota anual.

⁶ López Ruíz, Miguel (editor), *Diccionario jurídico sobre seguridad social*, 1a. ed., México, ISSSTE - IMSS - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 54, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/736/4.pdf>, el 08 de agosto de 2018.

⁷ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, nota 1, p. 3.

Desde su concepción, el sistema de seguridad social mexicano se ha manifestado como un régimen limitado, debido a la falta de universalidad en su cobertura, y fragmentado, ante la multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de los servicios públicos correspondientes. Vicios primigenios que han derivado en una tercera deficiencia: la duplicidad en el aseguramiento, entendida como la doble o hasta triple cobertura de un mismo individuo respecto de las diversas instituciones encargadas de la administración y organización de la seguridad social.

Según Sánchez - Castañeda, “uno de los grandes problemas de la seguridad social mexicana tiene que ver con la ausencia de unidad en la administración y gestión de la seguridad social”⁸. Así, conforme al artículo 123 constitucional, son tres las instituciones consagradas a la seguridad social: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM); organismos públicos descentralizados que además de contar con personalidad jurídica y patrimonio propios, disponen también de una ley reglamentaria que contiene y regula las prestaciones correspondientes a cada régimen de seguridad social.

Dichas legislaciones prevén múltiples y muy diversas prestaciones para tres grupos sociales disímiles entre sí: los trabajadores protegidos por el apartado A del artículo 123 constitucional y campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familias, en tratándose de la Ley del Seguro Social; los trabajadores al servicio del Estado, por lo que respecta a la Ley del ISSSTE, y los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada de México, en activo o en situación de retiro, y sus familiares en línea directa, por cuanto hace

⁸ Sánchez - Castañeda, Alfredo, “La reformulación de los paradigmas: la reforma a la seguridad social y la creación del Instituto Mexicano de Protección Social”, en Mendizábal Bermúdez, Gabriela *et. al.* (coord.), *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado en 2012, p. 23, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/2.pdf>, el 12 de agosto de 2018.

a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. Sin embargo, ninguna norma o disposición impide que un mismo individuo sea sujeto de la protección de dos o más regímenes de seguridad social a la vez y que, como tal, tenga acceso de manera conjunta a las prestaciones -en dinero y en especie- propias de cada uno de éstos.

Situación que, en contraste con la falta de universalidad, provoca que el individuo que ha cotizado para dos o más instituciones de seguridad social -verbi gratia, para ISSSTE e IMSS- pueda disfrutar, simultáneamente, de dos o más pensiones, en detrimento de las finanzas que soportan el tambaleante sistema de seguridad social. Esto es, nada impide que aquel trabajador al servicio del Estado, que también cotizó en el régimen obligatorio del seguro social (IMSS), disfrute a la par de una pensión por riesgo de trabajo, en términos de la fracción II del artículo 62 de la Ley del ISSSTE y de una pensión de invalidez, conforme a los artículos 119 y 120, fracción II, de la vigente Ley del Seguro Social; pudiendo, además, obtener una tercera pensión, ahora por viudez o por causa de muerte, en atención a su calidad de beneficiario o causahabiente, según lo dispuesto por los artículos 64, fracción II, y 127, fracción I, de esta última legislación, o los diversos artículos 67, 68, fracción I, y 129 de aquella.

Debiendo entender por pensión, en términos generales, “la prestación económica (en dinero) otorgada, periódicamente (mes con mes), por una institución de seguridad social a una persona física asegurada o a sus causahabientes, al reunir los requisitos señalados por la legislación correspondiente”⁹.

II. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los ideales de libertad e igualdad que sirvieron de estandarte a la Revolución Francesa y que, a la postre, dieron contenido al liberalismo y al individualismo que caracterizaron al Estado del siglo XIX,

⁹ López Ruíz, Miguel (editor), *op. cit.*, nota 5, p. 323.

generaron una profunda desigualdad social en perjuicio de las clases más desposeídas. Y si bien el artículo 21 de la Constitución franca de 1793 estableció por primera vez la obligación social de proporcionar a aquellos caídos en desgracia los medios mínimos de subsistencia y concibió, asimismo, a la ayuda social como un deber sagrado¹⁰, en la realidad dicho precepto fue sólo letra muerta.

Hombres, mujeres y niños trabajaban por igual durante infatigables jornadas, en las más inmundas condiciones y a cambio de exiguos salarios, sin estabilidad en el empleo ni prestaciones adicionales a tan irrisorio estipendio. Al respecto, el maestro De la Cueva tiene a bien señalar:

... la libertad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien si podía esperar que viniera otra persona a solicitar el empleo; y usó del poder de su voluntad con sentido autoritario y con refinada crueldad: se valió del trabajo de los niños, estableció jornadas de catorce o más horas y fijó como salario la cantidad de dinero estrictamente indispensable para la subsistencia del obrero en una vida más animal que humana; y como si no fuera suficiente, mantenía al trabajador en la angustia del mañana con la espada del despido libre¹¹.

La rebeldía contra la injusticia social se propagó de manera paulatina a cada fábrica y taller de Europa occidental y, más tarde, de América Latina; y, finalmente, el proletariado hubo de echar mano de los diversos medios lícitos -manifestaciones públicas- e ilícitos -la asociación sindical no autorizada- de que disponía, a fin de luchar por condiciones más humanas para la prestación de los servicios¹².

La miserable situación de la clase trabajadora en Francia e Inglaterra y la influencia que sobre ésta ejerció el marxismo, fueron los principales detonantes de varias revoluciones durante gran parte del

¹⁰ Cázares García, Gustavo, *Derecho de la seguridad social. Historia, doctrina y jurisprudencia*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 2014, p. 13.

¹¹ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 7a. ed., t. II, México, Editorial Porrúa, 1981, p. 10.

¹² *Ibidem*, p. 13.

siglo XIX, como la llamada Primavera de los Pueblos de 1848, las cuales culminaron con la creación de normas protectoras para los trabajadores frente a los abusos del capital¹³. Cruzadas que, en su conjunto y sin importar la latitud en que se gestaron, enarbolaron como reclamos fundamentales: la libertad sindical, la de negociación y contratación colectivas y la de huelga; un derecho individual del trabajo que propiciara un mínimo de justicia social; y una previsión social que defendiera a los hombres contra los infortunios del trabajo¹⁴.

Una de las primeras conquistas del movimiento obrero aconteció en Alemania de la mano de Otto von Bismarck, quien entre 1883 y 1889 instituyó un sistema de seguros sociales de protección obligatoria, sujetos a la condición de trabajador y de cuyo financiamiento es éste corresponsable, junto con el empleador. Según Bismarck, “del trabajador importa no solamente su presente, sino y acaso más aun, su futuro, y era así, porque en el presente le salva su esfuerzo, en tanto que el futuro es lo imprevisto y desconocido, y por ello debe asegurarse”¹⁵; pensamiento que lo llevó a concebir uno de los grandes sistemas de seguridad social, basado en una relación bilateral: a cambio de una contribución aportada por el asegurado, le era acordada una indemnización en caso de sufrir alguno de los riesgos cubiertos¹⁶.

Sin embargo, tal regulación alemana en realidad obedeció al tenaz intento del canciller por contrarrestar el avance del socialismo y acallar las voces que exigían mejores condiciones laborales; intención que Bismarck expresó señalando que: “Un hombre que tiene asegurado su porvenir, su vejez tranquila, el bienestar de sus familiares, no es un anarquista ni atenta contra la vida del emperador; démosle ahora a los pobres aquello a lo que tienen derecho antes de que nos lo arrebaten por la fuerza”¹⁷.

¹³ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41a. ed., México, Editorial Porrúa, 2009, p. 698.

¹⁴ De la Cueva, Mario, *op. cit.*, nota 10, p. 13.

¹⁵ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 17.

¹⁶ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, nota 1, p. 8.

¹⁷ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9.

Por lo que sería hasta 1919, con la Constitución de Weimar, que los principios y normas del derecho del trabajo fueron reconocidos en el continente europeo como derechos fundamentales del hombre; destacando, en lo que a nuestro tema interesa, que “la seguridad social partió de la protección a la maternidad y de la educación y preparación del niño, para llegar a la preservación de la salud y de la vida y a la ayuda al hombre y a su familia cuando los riesgos de la actividad y de la vida provocan la imposibilidad de trabajar”¹⁸.

También en la América Latina el germen de la revolución social había echado sus raíces, siendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 05 de febrero de 1917, la primera ley fundamental que consagró los derechos al trabajo digno y a la seguridad social; estableciendo, en la fracción XXIX del artículo 123, la utilidad social de las cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, así como la obligación del gobierno -federal y estatal- de fomentar la organización de tales instituciones, con el objeto de infundir e inculcar la previsión popular¹⁹. Disposición que sería modificada, mediante reforma impulsada por el Presidente interino Emilio Portes Gil y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 06 de septiembre de 1929, a fin de declarar de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social; enmienda a razón de la cual se confirió al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de trabajo²⁰.

En 1919 fue creada la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial²¹; agencia de las Naciones Unidas cuya asamblea es la encargada de aprobar las convenciones internacionales

¹⁸ De la Cueva, Mario, *op. cit.*, nota 10, p. 21.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, consultado en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-123.pdf>, el 10 de agosto de 2018.

²⁰ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, pp. 61, 62.

²¹ Organización Internacional del Trabajo, consultado en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>, el 10 de agosto de 2018.

sobre la materia y que estableció, en su décimo séptima reunión de 1933, la obligación a cargo del patrón de instituir seguros que protegieran a sus trabajadores contra las contingencias provocadas por la vejez, la invalidez y la muerte, “consistentes en el pago de prestaciones periódicas que constituyeron lo que en términos comunes se ha denominado pensión”²². Y para 1944, la Declaración de Filadelfia de la OIT reafirmó la necesidad de una cobertura universal de la seguridad social como instrumento internacional para la prosecución del bienestar material y pleno desarrollo espiritual del ser humano²³.

En 1942, el gobierno inglés lanza un plan de seguridad social llamado *Social Insurance and Allied Service*, encomendado a sir William Beveridge; con el cual se estableció el modelo contributivo de la seguridad social, esto es, su financiamiento a través de impuestos y contribuciones fijas. Dicho proyecto se basó en los principios de universalidad y solidaridad, de manera que asegura a todos los ciudadanos ingleses servicios médicos, una pensión por vejez y gastos de entierro, a cambio de una contribución única semanal²⁴. El Plan de Seguridad Social implementado en Inglaterra, se refiere a la seguridad social con el objeto de

significar la consecución de un ingreso destinado a reemplazar las entradas, cuando éstas dejan de percibirse, sea por desocupación, por enfermedad o por accidente; a prevenir el retiro por edad y la pérdida del sustento, causada por muerte de otras personas; y a (sic) hacer frente a gastos extraordinarios, como los relacionados con nacimiento, muerte, o casamiento. Originalmente “seguridad social” significa seguridad de ingresos hasta un mínimo, pero la previsión de ingresos debiera estar asociada con medidas destinadas a terminar, a la brevedad posible, con la interrupción de entradas²⁵.

En tanto que, en América Latina, sería Venezuela el adalid de la seguridad social, promoviendo la primera ley del seguro social en

²² López Ruíz, Miguel (editor), *op. cit.*, nota 5, p. 324.

²³ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, nota 2.

²⁴ *Ibidem*, pp. 9 - 13.

²⁵ *Ibidem*, p. 11.

1940; adelantándose a México, que el 19 de enero de 1943 publicaría la Ley del Seguro Social como instrumento para proteger el salario de las contingencias que pudieran aminorarlo²⁶; advirtiéndose que, desde su concepción, la cobertura del sistema de seguridad social mexicano se restringe a los trabajadores asalariados, “ampliándose” en favor de los no asalariados y demás sectores sociales, a través de la incorporación voluntaria.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”²⁷; documento que en su artículo 22 reconoce el derecho a la seguridad social como uno de los derechos humanos fundamentales.

En 1959, el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sería reformado para establecer un régimen de seguridad social diverso para los trabajadores al servicio del gobierno federal; publicándose el 20 de noviembre de 1959, en consecuencia, la primera Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Y, finalmente, en 1976 entraría en vigor la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, abrogando el resto de disposiciones que sobre la materia se habían expedido²⁸.

El 3 de enero de 1976 entra en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 2º, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar, hasta el máximo de los recursos que dispongan, las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que el mismo reconoce, entre los que se encuentra el derecho de toda persona a la seguridad social²⁹. Siendo hasta el 17 de noviembre de 1988 que la Convención

²⁶ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 68.

²⁷ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, consultado en https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, el 15 de agosto de 2018.

²⁸ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, nota 1, pp. 34 y 39.

²⁹ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, consultado en <https://>

Americana sobre Derechos Humanos fue adicionada en materia de derechos económicos, sociales y culturales mediante el llamado Protocolo de San Salvador; instrumento internacional que reafirma los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los compromisos adquiridos por los Estados Partes de éste³⁰.

III. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

De los antecedentes históricos narrados en párrafos que anteceden, destaca el constante requerimiento al Estado, por parte del proletariado y demás clases sociales en desventaja, de mejores condiciones jurídicas, económicas y sociales para el desarrollo de una vida digna. Es así que, a partir de la inclusión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 de las llamadas garantías sociales, el orden jurídico nacional ha clasificado el derecho de la seguridad social como un derecho eminentemente social, de manera conjunta con el derecho del trabajo y el derecho agrario³¹, en tanto que bajo dicha clasificación se engloba a aquellos derechos que “se caracterizan por constituir prerrogativas o pretensiones que los ciudadanos, individual o colectivamente, pueden esgrimir frente a la actividad social y jurídica del Estado, es decir, que implican el poder de exigir a éste determinadas prestaciones positivas”³². Concepto que, por definición, denota el reconocimiento de tales derechos en favor del ser humano, pero desde su condición como integrante de un determinado grupo social.

www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx, el 15 de agosto de 2018.

³⁰ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, consultado en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=PIOrqrSvLTzAsqvzQ7fUky4kZ-b76bUIVN1T2hXjH6GTCSSSNoFeTrwOgvEIN7jM8>, el 15 de agosto de 2018.

³¹ De la Cueva, Mario, *op.cit.*, nota 10, p.76.

³² Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “Derechos Sociales”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, p. 228, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/9.pdf>.

Sin embargo, como señala el maestro Carpizo, “todos los derechos humanos forman una unidad y se imbrican entre sí... [de manera que clasificarlos] resulta provechoso para quien se aproxima a ellos para contemplar un panorama general de los mismos y, tal vez, auxilie a su comprensión”³³. Por tanto, catalogar el derecho a la seguridad social como un derecho social, no implica negar su carácter de derecho humano fundamental. Basta considerar que, por definición, la seguridad social implica necesariamente el principio de universalidad, esto es, que dicha protección comprenda a toda la población y, por tanto, corresponda a la persona humana en general y no sólo en atención a su condición marginal o de desventaja.

Intensión a la que corresponde el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en París en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que a la letra refiere

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad³⁴.

En semejante tenor, el artículo 9º del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reafirma la concepción de la seguridad social como derecho humano, universal y progresivo, señalando que

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad

³³ Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Ferrer MacGregor, Eduardo *et. al.*(coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 419, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/17.pdf>, el 18 de agosto de 2018.

³⁴ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, *op. cit.*, nota 26.

social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto³⁵.

De las anteriores consideraciones se advierte que los tratados, convenios y demás instrumentos internacionales reafirman la concepción de la seguridad social como un derecho universal, de toda persona; pero establecen un régimen especial para aquellos que, al ser sujetos de una relación laboral, se encuentran expuestos en mayor medida a los infortunios del trabajo y que, en consecuencia, requieren de una protección especial, constituida por los seguros de enfermedades profesionales, accidentes de trabajo, invalidez y desempleo.

No obstante, como se estableció anteriormente, en tratándose del sistema de seguridad social mexicano, la universalidad se ha convertido en una tendencia, más que en un principio característico y fundamental de dicho derecho humano; a grado tal que el texto del artículo 123 constitucional y de las legislaciones secundarias que regulan la materia, parece invertir las consideraciones de los tratados internacionales, concibiendo la seguridad social como un derecho eminentemente laboral que, en todo caso, es susceptible de extenderse en favor de los campesinos, no asalariados y demás sectores sociales, a través de la incorporación voluntaria. Resultando ilustrativas las palabras de Ávila Salcedo, quien al respecto advierte que:

Técnicamente, los sistemas de seguro social tienen como destinatarios a los trabajadores dependientes. Sin embargo, la tendencia jurídica ha sido la expansión a otros sectores, a otros grupos inicialmente no considerados como beneficiarios. De esta manera se va disipando la idea de centralizar en el trabajador dependiente la acción de protección para

³⁵ *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*, *op. cit.*, nota 29.

transitar a un sistema que incluya a personas con otra calidad, por ejemplo y entre otras posibilidades: inscribir al cónyuge, al compañero o compañera permanente, a los hijos del trabajador o personas que sin tener en su familia trabajadores dependientes, son sujetos de las prestaciones asistenciales o económicas, según corresponda³⁶.

No debe perderse de vista que, en atención a que la seguridad social constituye un derecho humano reconocido -primordialmente- por la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional y los múltiples instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia, a partir de la reforma a la Constitución Mexicana publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, el segundo párrafo del artículo 1º constituye el fundamento a razón del cual los referidos campesinos, no asalariados y demás sectores sociales que no tiene acceso al sistema de seguridad social, podrían exigir del Estado la vigencia plena de dicho derecho, sin el requerimiento de afiliación voluntaria al régimen previsto por la legislación secundaria.

Lo anterior es así toda vez que, si bien el referido artículo dispone que las normas relativas a los derechos humanos deberán de interpretarse de conformidad con lo dispuesto por la propia Constitución, lo que en principio nos remitiría a las restricciones dispuestas por la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 y las fracciones XI y XIII del apartado B del mismo precepto, lo cierto es que el texto reformado otorga igual jerarquía a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo momento a las personas la protección más amplia.

De manera que si instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador reconocen en favor de toda persona el derecho a la seguridad social, que la proteja contra las eventualidades que le imposibiliten para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, sin restringirlo de modo alguno o condicionarlo a la satisfacción de

³⁶ Ávila Salcedo, Luis F., *op. cit.*, nota 4, p. 27.

mayores requisitos, es inconcuso que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la interpretación *pro homine*, no podrá negarse a ninguna persona el acceso a las prestaciones que prevén las legislaciones de seguridad social, bajo el argumento de la exigencia de afiliación, ya sea voluntaria u obligatoria.

Máxime si se considera que el Protocolo de San Salvador establece la prohibición expresa de restringir la protección de los llamados derechos económicos, sociales y culturales en favor de la realización de los diversos derechos civiles y políticos, y viceversa:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros³⁷.

Por tanto, quien estas líneas escribe comparte la concepción del derecho a la seguridad social sostenida en la octogésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el año 2001, en la cual se reafirmó la trascendencia de aquél como un derecho fundamental, a saber:

La seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social. Forma parte indispensable de la política social de los gobiernos y es una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza. A través de la solidaridad nacional y la distribución justa de la carga, puede contribuir a la dignidad humana, a la equidad y a la justicia social. También es importante para la integración política, la participación de los ciudadanos y

³⁷ *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*; *op. cit.*, nota 29.

el desarrollo de la democracia³⁸.

IV. DUPLICIDAD EN EL ASEGURAMIENTO Y EL PROBLEMA DEL FINANCIAMIENTO

Ya desde 1941, al evaluar la eficiencia del seguro social inglés, sir William Beveridge destacó la falta de coordinación administrativa entre los servicios existentes, como una de las deficiencias de aquél³⁹. Asimismo, y como se apuntó con anterioridad, la ausencia de unidad en la administración y gestión de la seguridad social constituye uno de los grandes problemas del sistema mexicano.

En efecto, según lo dispuesto por el artículo 123 constitucional, en la fracción XXIX del apartado A y las fracciones XI y XIII del apartado B, la realización de la seguridad social -esto es, la administración de los seguros, prerrogativas y servicios respectivos- está a cargo de tres organismos públicos descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que disponen cada uno de una ley reglamentaria que contiene y regula las prestaciones correspondientes a cada régimen de seguridad social: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

Determinación que por sí sola contraviene el principio jurídico de *unidad*, que por definición y junto con la universalidad, integridad, solidaridad, subsidiaridad e internacionalidad, determina los fines y propósitos de la seguridad social. En pocas palabras, por *unidad* debe entenderse “la conveniencia de la gestión unitaria del sistema de seguridad social”⁴⁰, con el objeto de evitar el dispendio de recursos y el retraso en la prestación de los servicios correspondientes.

³⁸ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 94.

³⁹ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, nota 1, p. 10.

⁴⁰ Carrillo Prieto, Ignacio, *Derecho de la seguridad social*, 1a. ed., México, MacGraw-Hill - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, colección Panorama del Derecho Mexicano, p. 12, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1928/3.pdf>, el 20 de agosto de 2018.

Esta multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de los servicios públicos de seguridad social, ha derivado en otra importante deficiencia: la duplicidad en el aseguramiento que, en contraste con la falta de universalidad, debe entenderse como la doble o hasta triple cobertura de un mismo individuo respecto de las diversas instituciones encargadas de la administración y organización de los seguros sociales.

Esto es así ya que las diversas legislaciones en materia de seguridad social prevén, en principio de cuentas, múltiples y muy diversas prestaciones para tres grupos sociales disímiles entre sí: los trabajadores protegidos por el apartado A del artículo 123 de la Constitución y los campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familias, en tratándose de la Ley del Seguro Social; los trabajadores al servicio del Estado, por lo que respecta a la Ley del ISSSTE, y los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada de México, en activo o en situación de retiro, y sus familiares en línea directa, por cuanto hace a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. Lo anterior, sin perjuicio de los argumentos opuestos en precedentes párrafos, respecto de la utopía de la universalidad y los campesinos, no asalariados y demás sectores sociales a que hace referencia la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional, quienes sólo podrán acceder voluntariamente, a través de convenio celebrado con el Instituto y el respectivo pago de una cuota anual, a las prestaciones del régimen obligatorio contemplado por la Ley del Seguro Social.

En segundo término, ninguna disposición impide que un mismo individuo sea sujeto de la protección de dos o más regímenes de seguridad social a la vez y que, como tal, tenga acceso de manera conjunta a las prestaciones en dinero -subsidios, pensiones, indemnizaciones, gastos funerarios, ayuda de matrimonio- y en especie -asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria- propias de cada uno de éstos. Situación que, como se argumentó anteriormente, provoca que el individuo que ha cotizado para dos o más institu-

ciones de seguridad social –verbi gratia, para ISSSTE e IMSS- pueda disfrutar, simultáneamente, de dos o más pensiones, en detrimento de las finanzas que soportan el sistema de seguridad social.

Es decir que, en oposición al fracaso de la universalidad que se traduce en el acceso restringido y limitado a los servicios públicos y prestaciones que conforman los seguros sociales, nada impide que aquel trabajador al servicio del Estado, que también cotizó en el régimen obligatorio del seguro social (IMSS), disfrute a la par de una pensión por riesgo de trabajo, en términos de la fracción II del artículo 62 de la Ley del ISSSTE y de una pensión de invalidez, conforme a los artículos 119 y 120, fracción II, de la vigente Ley del Seguro Social; pudiendo, además, obtener una tercera pensión, ahora por viudez o por causa de muerte, en atención a su calidad de beneficiario o causahabiente, según lo dispuesto por los artículos 64, fracción II, y 127, fracción I, de esta última legislación, o los diversos artículos 67, 68, fracción I, y 129 de aquella.

Respecto de este último supuesto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el artículo 12, párrafo segundo, del Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores Sujetos al Régimen del Artículo Décimo Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, viola el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política, al restringir injustificadamente el disfrute simultáneo de una pensión por viudez y otra por jubilación, cuando su importe conjunto rebase los diez salarios mínimos⁴¹.

El Alto Tribunal sostuvo dicho criterio bajo el argumento de que las pensiones por viudez y por jubilación otorgadas al amparo de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado tienen orígenes diferentes, cubren distintos riesgos y guardan plena autonomía financiera:

⁴¹ Tesis: I.1o.A./14 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, Tomo IV, marzo de 2017, p. 2505.

1. Dichas pensiones tienen orígenes distintos, pues la primera surge con la muerte del trabajador y la segunda se genera día a día con motivo de los servicios prestados por el trabajador; 2. Cubren riesgos diferentes, toda vez que la pensión por viudez protege la seguridad y el bienestar de la familia ante el riesgo de la muerte del trabajador y la pensión por jubilación protege su dignidad en la etapa de retiro; y, 3. Tienen autonomía financiera, ya que la pensión por viudez se genera con las aportaciones hechas por el trabajador o pensionado fallecido y la pensión por jubilación se genera con las aportaciones hechas por el trabajador o pensionado, motivo por el cual no se pone en riesgo la viabilidad financiera de las pensiones conjuntas⁴².

En cambio, no existe pronunciamiento alguno emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del disfrute conjunto de una pensión por incapacidad permanente -derivada de un riesgo profesional-, sea total o parcial, y una pensión por invalidez, en términos de lo dispuesto por las diversas legislaciones del ISSSTE y del Seguro Social, respectivamente. Prerrogativas que, a pesar de tener orígenes distintos y autonomía financiera, han llegado a confundirse ante la ausencia de unificación normativa sobre la materia; como se advierte de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, el 10 de marzo de 2016 en autos del amparo directo laboral 66/2016 de su índice:

Sin embargo, este órgano colegiado estima insuficientes las razones que dio la responsable para condenar al Instituto quejoso al reconocimiento del estado de invalidez de la actora y al otorgamiento del dictamen de invalidez definitivo, dado que, de manera dogmática, refirió que si bien era cierto dichos padecimientos para el * [Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado] fueron calificados como enfermedad profesional, también lo era que para el * [Instituto Mexicano del Seguro Social], debían ser considerados como enfermedad general, sin

⁴² Tesis aislada 2a. CXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 1191.

que precisara, fundada y motivadamente, por qué razón ese accidente de trabajo que tuvo la actora en el * * * * [Instituto de Salud en el Estado de Aguascalientes], repercutió en su estado de salud a grado tal que, aun cuando su origen fue de carácter profesional, afectó su salud produciéndole la invalidez que se indicó⁴³.

Es cierto que las pensiones referidas no comparten el mismo financiamiento -como sucede también en tratándose del resto de contingencias: cesantía en edad avanzada, vejez y muerte-, pues las cuotas obrero patronales corren a cargo de diverso patrón; sin embargo, sí existe una doble aportación estatal o cuota social a cargo del Gobierno Federal respecto de un mismo individuo.

Situación que no sólo contrasta con la omisión del Estado de proporcionar seguridad social a aquellos que no se ubican en los supuestos específicamente previstos por el artículo 123 constitucional, en la fracción XXIX del apartado A y las fracciones XI y XIII del apartado B; sino que, además, vulnera el principio de *solidaridad*, que consiste en la distribución equitativa de las cargas económicas que genera el otorgamiento de las prestaciones de seguridad social, de manera que quien perciba más ingreso realice mayores aportaciones, en beneficio general de la colectividad y “sin que necesariamente dicho aporte quede supeditado a la posibilidad de obtener un beneficio o prestación proporcional”⁴⁴.

Por tanto, es de concluirse que la seguridad social presupone *unidad orgánica*, como uno de sus principios jurídicos fundamentales, exigiendo “unificación en materia normativa, administrativa y financiera para así evitar autonomía de acciones, dispersidad (sic) de recursos e incremento de costos”⁴⁵ e impidiendo “la duplicidad de entidades que aseguren una misma contingencia, para evitar la pluralidad en la gestión y procurar la inmediatez en el servicio”⁴⁶.

⁴³ Amparo directo 66/2016. Instituto Mexicano del Seguro Social. 10 de marzo de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Rochín Guevara. Secretaria: Michelle Stephanie Serrano González.

⁴⁴ Ávila Salcedo, Luis F., *op. cit.*, nota 4, p. 31.

⁴⁵ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 96.

⁴⁶ Ávila Salcedo, Luis F., *op. cit.*, nota 4, p. 30.

V. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: EL RETORNO AL PLAN BEVERIDGE Y LA CREACIÓN DE UN SISTEMA ÚNICO DE PENSIONES

De lo expuesto se advierte que en nuestro país, la seguridad social es concebida como un derecho obrero, garantizado por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción XXIX del apartado A y las fracciones XI y XIII del apartado B; situación que *per sé* genera una delimitación de su cobertura –así como de su financiamiento-, constriniéndose a la población económicamente activa. Asimismo, la fragmentación del sistema de seguridad social mexicano, entendiéndose por tal la multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de estos servicios –IMSS, ISSSTE e ISSFAM-, provoca la duplicidad en el aseguramiento, lo que se traduce en un indebido detrimento económico en las escasas reservas que hoy en día apenas alcanzan para sostenerlo.

En tal virtud, resulta urgente la solución de tal problemática mediante la reestructuración legislativa, económica y financiera del derecho mexicano a la seguridad social, sin soslayar la *universalidad* y *unidad* como principios jurídicos del mismo. Temática que ha sido abordada en el presente análisis, con el objeto de determinar un diagnóstico preciso de las consecuencias generadas y aportar soluciones viables, concebidas a partir de un enfoque eminentemente constitucional.

Al 31 de julio de 2018, el Instituto Mexicano del Seguro Social tiene registrados 19´949,244 puestos de trabajo⁴⁷; lo cual implica que la cifra de derechohabientes protegidos por aquel es incluso mayor, si se considera a las familias de los trabajadores dependientes asegurados y a aquellos campesinos, no asalariados y demás sectores sociales que se encuentran voluntariamente afiliados a dicho régi-

⁴⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social, consultado en <http://www.imss.gob.mx/> el 21 de agosto de 2018.

men de seguridad social. No obstante, es preciso reiterar que dicha cobertura no comprende a la población en general, como dispone el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dado su esquema de función y financiamiento –el asalariado recibe una contraprestación a cambio de la aportación que el Estado, el patrón y el propio trabajador realizan-, el sistema de seguridad mexicano se encuentra organizado con base en el modelo alemán desarrollado por Bismarck⁴⁸ a partir de 1883. No obstante, “afrontar los costos que demanda la seguridad social requiere imaginar modelos que contemplan formas varias o alternativas diferentes para allegar los recursos necesarios a la seguridad social”⁴⁹; por tanto, la propuesta principal consiste en la reestructuración del sistema mexicano de seguridad social, con base en el diverso modelo inglés, instaurado hasta 1942.

En efecto, según se señaló con anterioridad, el llamado Plan Beveridge se caracterizó por cimentarse en los principios de *universalidad y solidaridad*; esto es, procuró garantizar una protección mínima para la sociedad en general -servicios médicos, una pensión por vejez y gastos de entierro- y no sólo para la población económicamente activa, estableciendo una tasa de contribución fija a razón de la cual quien percibiera mayores ingresos realizaría mayores aportaciones:

El plan de seguridad social se distinguió principalmente por pretender abarcar a todas las personas y no solo a quienes trabajan para patrones. La cobertura del sistema no sería igual para aquellos trabajadores independientes, o quienes se encuentran desempleados, más sí se les garantizaría a todos protección contra la vejez, gastos de defunción y asistencia médica. Su campo de cobertura comprendía los seguros de enfermedad, desocupación, vejez, muerte y riesgos de trabajo.

Su sistema financiero se integraría por las contribuciones hechas por el Estado, los trabajadores y los patrones⁵⁰.

⁴⁸ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, nota 1, p. 25.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁵⁰ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 21.

Se propone la reestructuración del sistema de seguridad social, en lo referente a las pensiones y prestaciones de carácter económico, a razón de un sólo organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios; buscando la unificación de los supuestos legales para la procedencia de tales beneficios, su administración y financiamiento, mediante la implementación de los seis principios fundamentales que dieran contenido al *Social Insurance and Allied Service*:

1. Tasa fija de beneficio de subsistencia. Previsión de una tasa fija de beneficio de seguro, sin tener en cuenta el total de los ingresos, interrumpidos por la desocupación o la incapacidad, o terminados por el retiro. La única excepción consiste en la incapacidad prolongada como consecuencia de una enfermedad o accidente industrial. La tasa fija es igual para las principales maneras de cesación de ingresos: desocupación, incapacidad, retiro; para maternidad y viudez hay un beneficio provisorio de tasa más elevada.
2. Tasa fija de contribución. La contribución obligatoria requerida de cada asegurado o de su empleador, es una tasa fija, sin tener en cuenta sus recursos. Se paga la misma contribución por la misma seguridad. Los que disponen de mayores recursos pagarán más a la Tesorería Nacional, y en ese sentido por su conducto, a la cuota estatal del fondo de seguridad social. La única excepción consiste en el costo especial de los beneficios y de las pensiones por incapacidad industrial, en las ocupaciones de alto riesgo, mediante un tributo que pagarán los empleadores, en proporción al riesgo y a la lista de paga.
3. Unificación de la responsabilidad administrativa. Unificación de la responsabilidad administrativa en interés de la eficiencia y economía, para cada persona una única contribución semanal vinculada a los beneficios. Una Oficina de Seguridad en cada localidad para atender toda clase de reclamaciones. Todas las contribuciones se depositan en un único Fondo de Seguro Social. Todos los beneficios y pagos de seguro son atendidos con dicho fondo.
4. Adecuación de beneficios en cantidad y en tiempo. Se parte del principio que la tasa fija de beneficio propuesta es suficiente, sin acudir

a otros recursos, para promover el ingreso mínimo necesario para la subsistencia, con todos los casos normales. Los beneficios son adecuados en tiempo; salvo contingencias temporales, continuarán indefinidamente, sin investigación de recursos, en tanto subsista la necesidad.

5. Extensión o alcance del Seguro. Amplitud del ámbito de aplicación tanto con respecto a las personas cubiertas como a los riesgos que debían protegerse (cobertura vertical y horizontal).

6. Clasificación de las personas. La seguridad social debía aplicarse teniendo en cuenta los diferentes modos de vida de los asegurados⁵¹.

De las anteriores consideraciones, es digno de destacar el establecimiento de tasas fijas tanto para el beneficio de seguro como para la contribución; de manera que no sólo se prevé la *universalidad* en tratándose de la cobertura de los servicios de seguridad social, sino también respecto al financiamiento del sistema. Lo anterior en virtud de que, al gravarse un porcentaje determinado del ingreso general y no sólo del salario, se extiende la responsabilidad del financiamiento del sistema de seguridad social a los trabajadores independientes, comerciantes, no asalariados y demás sectores sociales; quienes gozarán de un beneficio mínimo garantizado semejante al que en su caso reciban los trabajadores dependientes, incluyéndose en dicha protección a los patrones, quienes a pesar de contribuir prioritariamente al mantenimiento y sustentabilidad del sistema de seguridad social actual, sólo pueden acceder a las prestaciones relativas mediante su incorporación voluntaria.

Asimismo, tales medidas también promueven el principio de *solidaridad*, pues al gravarse un porcentaje determinado de los ingresos, aquellos que perciban más ganancias realizarán mayores aportaciones en beneficio general de la colectividad; sosteniendo con su contribución el sistema de seguridad social, pero gozando también de las prestaciones que éste comprenda, con base en la clasificación que a su estilo de vida corresponda.

⁵¹ Sánchez - Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, nota 1, pp. 11, 12.

Finalmente, el modelo propuesto representa de manera precisa el principio de *unidad*, pues pugna por la administración única y centralizada de las prestaciones de carácter económico que a la seguridad social corresponden, tales como subsidios, pensiones, indemnizaciones, gastos funerarios, ayuda de matrimonio, etc.; mediante la creación de un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, encargado de la gestión pública de los recursos y el manejo exclusivo de un fondo de seguro social. Supuesto sugerido, incluso, por Sánchez - Castañeda, quien refiere que “se debe considerar la creación de un sistema nacional de pensiones que contemple el establecimiento de un Instituto Nacional de Pensiones, el cual se encargaría de centralizar la organización y administración de las pensiones, a partir de una gestión pública que privilegie el interés público y no el lucro privado”⁵².

Por tanto, de concretarse la propuesta referida en las reformas constitucionales y legales pertinentes, se lograrían erradicar los principales vicios de que adolece en la actualidad el sistema de seguridad social mexicano: la falta de universalidad en su cobertura y la multiplicidad de instituciones primariamente responsables de la prestación de los servicios públicos correspondientes; con lo cual se alcanzaría la plena efectividad del derecho humano a la seguridad social consagrado en los artículos 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9º del Protocolo de San Salvador, como intrínseco a la persona humana en general y no sólo en atención a su condición de desventaja.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ÁVILA SALCEDO, Luis F., *La seguridad social y el Instituto Mexicano del Seguro Social*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 187.

⁵² *Ibidem*, p. 174.

- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41a. ed., México, Editorial Porrúa, 2009, pp. 814.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo y Giorlandini, Eduardo, *Diccionario de Derecho Social. Derecho del trabajo y la seguridad social*, 1a. ed., Argentina, Rubinzal y Culzoni Editores, 1987, pp. 534, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1412/10.pdf>, el 08 de agosto de 2018.
- CARPISO, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Ferrer MacGregor, Eduardo *et. al.* (coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 464, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/17.pdf>, el 18 de agosto de 2018.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, *Derecho de la seguridad social*, 1a. ed., México, MacGraw-Hill - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, colección Panorama del Derecho Mexicano, pp. 53, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1928/3.pdf>, el 20 de agosto de 2018.
- CÁZARES GARCÍA, Gustavo, *Derecho de la seguridad social. Historia, doctrina y jurisprudencia*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 2014, pp. 694.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que reforma la de 5 de febrero de 1857, consultado en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-123.pdf>, el 10 de agosto de 2018.
- Declaración Universal de Derechos Humanos*, consultado en https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, el 15 de agosto de 2018.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 7a. ed., t. II, México, Editorial Porrúa, 1981, pp. 648.
- LÓPEZ RUÍZ, Miguel (editor), *Diccionario jurídico sobre seguridad social*, 1a. ed., México, ISSSTE - IMSS - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 506, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/736/4.pdf>, el 08 de agosto de 2018.
- Organización Internacional del Trabajo, consultado en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>, el 10 de agosto de 2018.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consultado en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, el 15 de agosto de 2018.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", consultado en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=PlOrqrSvLTzAsqvzQ7fUky4kZb76bUIVNI1T2hXjH6GTCSSSSNoFeTrwOgvEINjM8>, el 15 de agosto de 2018.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, "Derechos Sociales", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, pp. 359, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/9.pdf>.

SÁNCHEZ - CASTAÑEDA, Alfredo, *La seguridad y la protección social en México: su necesaria reorganización*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 198.

_____, "La reformulación de los paradigmas: la reforma a la seguridad social y la creación del Instituto Mexicano de Protección Social", en Mendizábal Bermúdez, Gabriela *et. al.* (coord.), *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado en 2012, pp. 363, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/2.pdf>, el 12 de agosto de 2018.

LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO, UNA OMISIÓN EN SU LEGISLACIÓN

*PARENTAL ALIENATION AND ITS REGULATION IN MEXICO, AN
OMISSION IN ITS LEGISLATION*

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ¹

Y JAQUELINE RIVAS DUARTE²

RESUMEN: El presente artículo examina si la falta de reconocimiento científico de la alienación parental como un síndrome o en su caso un exceso en su sanción, es o no, motivo suficiente para omitir su regulación en la legislación nacional; o bien, si la alienación parental existe como una conducta actual, misma que puede ser corroborada mediante dictámenes psicológicos u otros métodos, y por tanto, existe la necesidad de su regulación.

Igualmente, el presente analiza la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al derogar el artículo 323 Séptimus del Código Civil del Distrito Federal, que regulaba y sancionaba la alienación parental, y si ésta constituye o no, una omisión legislativa en perjuicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; contrastada con los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad número 11/2016, resuelta el 24 de octubre de 2017.

Finalmente, propone un análisis respecto de la imposición de medidas o sanciones, a todas aquellas personas que incurran en conductas de alienación parental, pues como ya se dijo, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya ha declarado inconstitucional que la consecuencia de la alienación parental sea la suspensión o pérdida de la patria potestad de los padres sobre el menor.

PALABRAS CLAVE: *Alienación parental; SAP; síndrome; familia; hijos; menores; Código Civil; medidas; padre, madre; patria potestad; síndrome, guarda; custodia; discriminación; maltrato; omisión.*

¹ Profesor de Tiempo completo titular “B”, en la Universidad Nacional Autónoma de México, candidato al Sistema Nacional de Investigadores.

² Licenciada en Derecho egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), realizó estudios de Posgrado en “Negociación y Gestión de Conflictos Políticos y Sociales” en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

ABSTRACT: The present article examines whether the lack of scientific recognition of parental alienation as a syndrome or in its case as an excess in its usage, it is or is not enough reason to leave aside its regulation in the national legislation; or, if the parental alienation exists as a current behavior, which can be corroborated by psychological opinions or other methods, and therefore, there is a need for its regulation.

Also, this document analyzes the decision taken by the Legislative Assembly of the Federal District, by repealing article 323 Septimus of the Civil Code of the Federal District, which regulated and sanctioned parental alienation, and if it constitutes or not, a legislative omission that undermines the rights of children and adolescents; contrasted with the criteria established by the Supreme Court of Justice of the Nation in the action of unconstitutionality number 11/2016, resolved on October 24, 2017.

Finally, it proposes an analysis regarding the imposition of measures or sanctions, to all those persons who engage in behaviors of parental alienation, because as above mentioned, the Supreme Court of Justice of the Nation, has already declared unconstitutional that the consequence of parental alienation is the suspension or loss of parental rights of the parents over the child.

KEYWORDS: *Parental alienation; PAS; syndrome; family; children; minors; Civil Code; measures; father, mother; parental rights; syndrome, guardianship; custody; discrimination; abuse; omission.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Conceptos Preliminares sobre Aliación Parental; III. Decreto por el que se deroga el artículo 323 Séptimus del Código Civil del Distrito Federal y la Acción de Inconstitucionalidad 11/2016; IV. Trato Legislativo; V. Clasificación de las omisiones legislativas. VI. Propuesta para una efectiva regulación de la alienación parental; VII. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente en nuestro país, se mantiene la necesidad de continuar con el análisis de la alienación parental, ya que aún y cuando el 24 de octubre de 2017, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de nueve votos, determinó validar la constitucionalidad de la figura de “alienación parental” como un fenómeno existente y diagnosticable, esto no ha resuelto completamente el tema de raíz, ya que actual-

mente sigue existiendo disparidad de criterios legislativos en todo el país, así como un número considerable de Asociaciones Civiles en defensa de los derechos de los niños y las mujeres, que reprueban la aceptación del síndrome de alienación, pues advierten que su configuración impide detectar casos de abuso y violencia en contra de los menores; así mismo, consideran que dicha figura, fomenta la discriminación y crea estereotipos basados en el género, que afectan particularmente a las mujeres.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la práctica judicial ha demostrado que la manipulación parental existe y se presenta frecuentemente, dentro de los juicios del orden familiar, produciendo efectos negativos en la psique del menor que es objeto de dicha manipulación, por lo que no es posible pasar por alto dicha situación, y es necesario en su caso, su regulación.

Así las cosas, la cuestión es determinar si para su regulación es necesario que esta conducta sea aceptada por la comunidad científica como un “síndrome” o no, pues de no ser así, nada impide que sea considerada en todas las legislaciones locales del país como un fenómeno social, el cual requiere ser regulado, tal como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 11/2016.

En tal tenor, debe establecerse un criterio sobre la imposición de medidas o sanciones, a todas aquellas personas que lleven a cabo conductas de alienación parental, pues como ya se verá, nuestro máximo Tribunal, ha declarado inconstitucional que la consecuencia de la alienación parental sea la suspensión o pérdida de la patria potestad de los padres sobre el menor.

II. CONCEPTOS PRELIMINARES SOBRE ALIENACIÓN PARENTAL

1. ANTECEDENTES DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

De acuerdo con lo expuesto por el Psicólogo José Manuel Aguilar, en su libro intitulado “Síndrome de Alienación Parental”, el primer autor que definió el Síndrome de Alienación Parental (SAP) fue Ri-

chard Gardner³(1985), en un artículo intitulado “Tendencias recientes en el divorcio y la litigación por la custodia.” De igual forma, en la segunda edición de su libro “El Síndrome de Alienación Parental”, definió al Síndrome de Alienación Parental como:

Un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objeto de esta campaña.⁴

En esa misma línea, al realizar un análisis de la teoría propuesta por Gardner, el autor José Manuel Aguilar, finalmente concluyó con la siguiente definición:

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición.⁵

De ambas definiciones, sobresalen tres elementos fundamentales que lo constituyen: Primero se trata de una “campaña de difamación, desprestigio o manipulación” en contra de uno de los padres; segundo, no existe justificación que avale dicha campaña; y tercero, se deriva de un sistemático adoctrinamiento por parte del padre alienador, en donde incluye la contribución del niño o adolescente a esta campaña; tomando como eje principal, no sólo la manipulación o “lavado de cerebro” que sufre el niño (quien es la víctima principal),

³ Richard Gardner fue profesor de Psiquiatría Clínica en el Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴ Aguilar, José Manuel, Síndrome de Alienación Parental, 5ª Ed., Madrid, Almuzara, S.L., 2006, p. 27.

⁵ *Ibíd.*, p. 29.

sino poniendo como un elemento sumamente importante, al progenitor alienado, quien a decir del concepto establecido por Gardner, resulta víctima del propio menor alienado.

Por su parte, el autor Iñaki Bolaños, al citar a Richard Gardner explica que la manifestación primaria del SAP, se desarrolla de la siguiente manera:

[...] es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus progenitores, una campaña que no tiene justificación. El hijo está esencialmente preocupado por ver a un padre como totalmente bueno y al otro como lo contrario. El “padre malo” es odiado y difamado verbalmente mientras que el “padre bueno” es amado e idealizado. Según este autor, es el resultado de una combinación entre los adoctrinamientos de un padre “programador” y las propias contribuciones del niño, para vilipendiar al padre “diana”. En los casos en que ha evidencia de abuso o negligencia, la animadversión del niño está justificada y, por tanto, la explicación de su hostilidad mediante este síndrome no es aplicable.⁶

Asimismo, la Psicóloga Asunción Tejedor Huerta, en su libro *El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales*, resalta los siguientes aspectos sobre el SAP:

[...]“...la acción consciente de uno de los padres en contra de otro para que pierda el afecto, el amor, el respeto y la consideración de sus hijos” (Dr. Lowenstein).

De esta forma, preocupado por el número cada vez mayor de niños que durante las evaluaciones para la custodia iniciaban un proceso de denigración hacia uno de los progenitores, llegando incluso a expresar odio, Gardner comenzó a estudiar estos síntomas en los niños y utilizó el término de “Síndrome de Alienación Parental” para referirse a los síntomas que se veían en los niños después de

⁶ Bolaños, Iñaki, “El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, [en línea], Madrid, Vol. 2, No. 3, 2002, p. 28. [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], Disponible en: <http://eoeepsabi.educa.aragon.es/descargas/G_Recurros_orientacion/g_4_orientacion_familiar/g_4.3.separacion/2.5.SAP_abordaje_psico-legal.pdf>.

una separación o divorcio, tales como la denigración y el rechazo de un padre, el cual antes era amado.

Paralelamente a esta posición, dos psicólogos americanos, Blush y Ross (1987), utilizaron el término SAID “Sexual Allegations In Divorce” (Acusaciones de Abusos Sexuales en el Divorcio), en donde presentaban tipologías del padre que acusaba en falso, del niño involucrado y del padre acusado, y donde se mencionaba la rabia que podía estar presente en estos procesos y la patología del padre alienador.⁷

Igualmente la psicóloga Asunción Tejedor Huerta, al abundar en el tema, resalta un elemento fundamental, “la acción consciente” del progenitor alienador, de manipular y colocar a los hijos en un estado hostil en contra del progenitor alienado, por lo que se deduce que al no contar con la intención, no podría hablarse de una conducta de alienación parental; lo que hace aún más complicado determinar si un menor sufrió de alienación parental por parte de alguno de sus padres, pues tendría que probarse la intención de manipularlo.⁸

Por otra parte, el autor Iñaki Bolaños, al evaluar los síntomas propuestos por Richard Gardner para detectar la alienación parental, concluyó lo siguiente:

Gardner describe una serie de “síntomas primarios”, mismos que usualmente aparecen juntos en los niños afectados por el “SAP”:

1. Campaña de denigración. El niño está obsesionado con odiar a uno de los progenitores. Esta denigración a menudo tiene la cualidad de una especie de “letanía”.
2. Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio. El niño plantea argumentos irracionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca de su padre.
3. Ausencia de ambivalencia. Todas las relaciones humanas, incluidas las paterno-filiales, tienen algún grado de ambivalencia. En

⁷ Tejedor Huerta, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental, Una forma de maltrato*, Madrid, EOS, 2006, EOS Psicología Jurídica, p. 19.

⁸ Cfr., Tejedor Huerta, Asunción, *op. cit.*

este caso, los niños no muestran sentimientos encontrados. Todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro.

4. Fenómeno del “pensador independiente”. Muchos niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus progenitores es completamente suya. Niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado.
5. Apoyo reflexivo al progenitor “alienante” en el conflicto parental. Habitualmente los niños aceptan incondicionalmente la validez de las alegaciones del padre aceptado contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquél miente.
6. Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor “alienado”. Muestran total indiferencia por los sentimientos del padre odiado.
7. Presencia de argumentos prestados. La calidad de los argumentos parece ensayada. A menudo usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños.
8. Extensión de la animadversión a la familia extensa y red social del progenitor “alienado”. El niño rechaza a personas que previamente suponían para él una fuente de gratificaciones psicológicas.⁹

[...] Aunque las descripciones de Gardner sobre el síndrome dibujan con nitidez un auténtico problema familiar y legal, sus conceptualizaciones teóricas sobre la causalidad del “SAP” y las repercusiones en su “tratamiento” son susceptibles de algunos cuestionamientos.

Parece arriesgada la pretensión del autor de que su teoría sea utilizada legalmente como base para decisiones judiciales de cambio de custodia, de penalizaciones al progenitor “alienante” o de consideraciones sobre la falsedad de algunas alegaciones de abuso sexual o maltrato en el contexto de las disputas de separación y divorcio. Es obvio que el problema existe, pero una atribución causal tan subjetiva puede generar decisiones judiciales con peligrosas repercusiones para los hijos.¹⁰

De este modo, es claro que para el autor, a pesar de que acepta la existencia de un problema familiar que tiene repercusiones en el

⁹ Bolaños, Iñaki, op. cit., nota 3, p. 29.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 40.

ámbito legal, no acepta la forma en que el psiquiatra Gardner pretende dar tratamiento a dicha figura, así como tampoco acepta el impacto legal que puedan otorgarle a dicho “síndrome” los juzgadores a la hora de realizar sus determinaciones, mismos que pueden llegar incluso a la pérdida de la patria potestad del progenitor que incurra en dicha figura.

Al igual que Bolaños, quien no es un opositor de Gardner, sino que únicamente critica su postura subjetiva y los alcances de su teoría; también existen personalidades que han decidido cuestionar su teoría al aseguran que no se trata de un síndrome, y que éste ha sido utilizado para manipular el sistema judicial, así como el sentido de las resoluciones en casos donde se define la guarda y custodia de los menores; en esa línea, se posicionan las autoras Consuelo Barea Puyeta y Sonia Vaccaro en su libro intitulado *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia*, hacen referencia al caso *Grieco Vs. Scott*, llevado a cabo en una corte de Estados Unidos, siendo éste, el primer caso en donde participó el psiquiatra Richard Gardner y utilizó el término “Síndrome de Alienación Parental”; según lo señalado por estas autoras al mencionar que:

En el año 1985, Richard A. Gardner, nombra por primera vez este “síndrome”, y lo posiciona en el litigio entre cónyuges, en el marco de un divorcio y por la tenencia de los hijos.

Dos años más tarde, en 1987, Gardner publicó a través de su propia editorial: *Creative Therapeutics*, *El Síndrome de Alienación Parental* y la diferencia entre abuso sexual infantil fabricado y genuino, ubicando a este supuesto síndrome en la justicia y el marco del litigio por divorcio. Luego hace mención a las denuncias -siempre en el ámbito judicial - de acusaciones de incesto hacia uno de los progenitores, diciendo que casi siempre la denunciante es la madre, y quien es denunciado/acusado, es el padre. Señalando que la mayoría de estas denuncias serían falsas.

En noviembre de 1989, en un ejemplar de la revista “*American Fatherhood, The voice of Responsible and Dedicated Fatherhood F.A.I.R. The National Fathers’ Organization*”, de la Organización Nacional de

Padres - de la ciudad de Camden, Delaware, aparece publicado un artículo firmado por Richard Gardner: "Parental Alienation Syndrome", en cuyo subtítulo interroga. ¿Por qué algunas madres ejercen todo su poder para expropiar al niño del padre?, ¿Qué hacerse?

Con el paso del tiempo, Richard Gardner, logra posicionar este "síndrome" en la justicia, en los litigios de divorcio donde se debatía la tenencia de los hijos y en contra de las madres, y de modo muy especial, cuando surgía una a casación por incesto.

De este modo, el "SAP", no sólo otorgaba un argumento ad hoc para la defensa en este tipo de casos, sino que instalaba la sospecha sobre la víctima: los niños y las niñas. Peligrosamente en los casos de incesto, devaluando la palabra y creando la sospecha sobre el testimonio infantil, cuando en la casi totalidad de los abusos sexuales en la infancia, la palabra de los niños es la única prueba para iniciar una investigación.

A través de su utilización, exclusivamente en el ámbito judicial, este pretendido síndrome, se fue instalando, en especial entre psicólogos/as, abogados/as, peritos y funcionarios/as de justicia. Su utilización se multiplicó exponencialmente y al día de hoy, en algunos países, sigue instalado en el desconocimiento de muchos profesionales que, no obstante, lo utilizan como elemento diagnóstico.¹¹

Como puede observarse, la posición adoptada por las autoras Consuelo Barea y Sonia Vaccaro, acerca de los estudios y la metodología empleada por el Psiquiatra Richard Gardner, para considerar a la Alienación Parental como un síndrome, son poco confiables, y a decir de dichas autoras, no cumple con las características necesarias para ser considerado un síndrome, por tanto, se trata de un concepto sin fundamento médico-psiquiátrico, utilizado por quienes participan en la administración de justicia y por los litigantes, para robustecer sus argumentos y obtener una resolución favorable para sus clientes, en su mayoría varones.

¹¹ Vaccaro, Sonia y Barea, Consuelo, El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia, Bilbao, Desclee De Brouwer, S.A., 2009, pp. 48-50.

Así las cosas, es vital para la comprensión del presente trabajo integrar la definición de la palabra “síndrome”, ya que sin la misma, será imposible diferenciar entre las características que propone Richard Gardner para el diagnóstico de la alienación parental, y las características propias de un fenómeno social, que si bien no constituye un trastorno mental, es una conducta que debe ser regulada.

Sobre este tema, el autor Stanley Jablonski, realizó un análisis etimológico e histórico de la palabra síndrome, donde estableció algunos de los acontecimientos más importantes, que han rodeado el uso de este término.

[...] El término síndrome (de la palabra griega *syndrome* “simultaneidad”) se definió tradicionalmente como un estado patológico asociado a una serie de síntomas simultáneos, generalmente tres o más. La utilización de la palabra solía tener un carácter provisional, con la esperanza de que una vez confirmado ese estado, se remplazaría por un término más preciso. Es una de las palabras más antiguas que con mayor frecuencia se ha utilizado y mal empleado en el vocabulario médico moderno.

El significado de síndrome siguió siendo en gran medida el mismo desde los tiempos de Hipócrates hasta bien avanzado el siglo XVII, cuando Thomas Sydenham llegó a la conclusión de que síndrome y enfermedad eran sinónimos, y la primera de estas palabras desapareció virtualmente de la literatura durante casi dos siglos por considerarse una denominación superflua. A finales del siglo XIX se produjo un redescubrimiento del término, al comprobarse que los métodos existentes para designar los estados patológicos mediante la combinación de los nombres de los órganos afectados con prefijos y sufijos apropiados resultaban inadecuados para enfrentar trastornos complejos como anomalías múltiples, problemas con el metabolismo y trastornos que abarcan a varios sistemas u órganos. Muchos síndromes recibieron denominaciones epónimas, fundamentalmente porque su complejidad no admitía nomenclaturas descriptivas simples y, en parte, para procurar otorgar el reconocimiento adecuado a aquellos que fueron los primeros en descubrirlos. [...]

Ampliar el significado de la palabra síndrome fue otra de las etapas de la evolución del término que tuvo una influencia muy profunda en la

manera en que ahora se utiliza. Su definición originalmente estrecha (estado caracterizado por un conjunto específico de síntomas) se amplió para designar las complejidades especiales y, en ocasiones, indefinidas (¿características del síndrome?) de enfermedades ya designadas, donde casos muy conocidos, como la malaria y la tuberculosis, pasaron a ser el síndrome de la malaria y el síndrome de la tuberculosis, respectivamente. Esta práctica, que en sus inicios se observó fundamentalmente en la literatura rusa de la posguerra, se llegó a utilizar gradualmente en la mayoría de las publicaciones médicas a escala mundial. En una ulterior ampliación del alcance del término, síndrome se suele utilizar ahora como sinónimo de una amplia diversidad de términos, entre los que se incluyen enfermedad, complejo de síntomas, signo, manifestación y asociación.

Cuando se utiliza solamente para denotar cuadros clínicos específicos, el término síndrome también se aplica con frecuencia como concepto para describir grupos de enfermedades similares o conexas; por ejemplo, el síndrome mielodisplástico representa una clase amplia de citopenias, y el síndrome del dolor de cabeza no es un síndrome en el sentido tradicional, sino más bien un conjunto amplio de enfermedades neurológicas que incluyen la cabeza, el cuello y la garganta que tienen, en otro respecto, poco en común. En definitiva, síndrome, de su función tradicional como término exclusivamente médico, se convirtió en una palabra para todo uso que denota todo aquello que sea extraño, fuera de lo común, o humorístico ya sea desde el punto de vista médico, de la conducta, social o cultural. En su uso actual, el término se asemeja mucho a Proteo, dios de la mitología griega que poseía el don de tomar varias formas, y, por tanto, es indefinido, probablemente indefinible, porque presenta un rostro diferente cuando lo enfrentamos y porque significa lo que se desee que signifique.

No existe una definición única que refleje adecuadamente todas las variantes de uso del término síndrome. Una de las acepciones aplicadas generalmente por los dismorfólogos y genetistas, quienes son los principales usuarios del término, lo describe como un “cuadro clínico etiológicamente definido de patogénesis desconocida que no debe confundirse con el ‘complejo de síntomas de una enfermedad’, o ‘secuencia’, que se refiere solamente a aquellas afecciones caracterizadas por conjuntos de síntomas similares o idénticos”.

En otras esferas, el término se utiliza de manera diferente y su definición y alcance se están adaptando a las necesidades de cada autor.¹²

De esta explicación podemos concluir que, la palabra síndrome se suele utilizar como sinónimo de una diversidad de términos, entre los que se incluyen enfermedades, síntomas, indicadores, patologías, etc., que van ampliamente ligados a cuestiones de salud física o mental. Por lo cual, la alienación parental como una conducta o fenómeno social, consiste en un proceso a través del cual el progenitor alienador, utilizan tácticas o estrategias para manipular la voluntad de los hijos, con el fin de terminar con los vínculos emocionales que existen entre los hijos y el progenitor alienado; siendo el caso particular, que a simple vista, no cumple con las características propias de una enfermedad o patología; sin embargo, esta cuestión no corresponde determinarla a la ciencia jurídica, sino a otras disciplinas como la medicina, psiquiatría o la psicología.

Igualmente, no debemos pasar por alto, que uno de los objetivos del Derecho es la regulación de la conducta humana en la sociedad, así como el establecimiento de normas en los procesos legislativos, que protejan a los sectores sociales con mayor desventaja frente a los otros, por lo cual, es obligación del Estado el legislar conductas que afecten a los niños, niñas y adolescentes, como es caso de la alienación parental.

Tal como se explicó, en el año de 1985, Richard Gardner inicio su investigación sobre este tema otorgando una definición concreta a esta conducta, siendo su intervención, el inicio de diversos estudios formales del mismo. Sin embargo, en nuestro país aún en dicho año, se seguía ignorando sobre este nuevo concepto, pues únicamente se daba tratamiento y atención a los casos de violencia familiar de forma genérica; fue hasta el año 2011, que comenzó a legislarse sobre la alienación parental en los códigos civiles y familiares de al-

¹² Stanley, Jablonski, Síndrome: un concepto en evolución. ACIMED [en línea]. 1995, vol.3, n.1, pp. 30-38. ISSN 1024-9435, [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94351995000100006>.

gunas Entidades Federativas; tal son los casos de Aguascalientes¹³, Baja California Sur¹⁴, Colima¹⁵, Durango¹⁶, Guanajuato¹⁷, Jalisco¹⁸, Michoacán¹⁹, Morelos²⁰, Nayarit²¹, Nuevo León²², Querétaro²³, Ta-

¹³ Véase el Artículo 434, párrafo segundo, del Código Civil del Estado de Aguascalientes, publicado en el Suplemento al No. 49 del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el 7 de diciembre de 1947, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 28 de diciembre de 2015.

¹⁴ Véase el Artículo 323 Bis, del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, publicado en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 19 de Julio de 1996, última reforma publicada BOGE 31-12-2017

¹⁵ Véase el Artículo 411, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Colima, publicado en el Suplemento del Periódico Oficial “El Estado de Colima”, el 25 de Septiembre de 1954, última reforma Decreto 154, P.O. 58, SUP. 3, 10 septiembre 2016.

¹⁶ Véase el Artículo 406 Bis, del Código Civil del Estado de Durango, publicado en los periódicos oficiales no. 7 al 15 de fecha 22 de enero de 1948 al 19 de agosto de 1948, última reforma: dec. 350 p.o. 105 Bis del 31 de diciembre de 2017.

¹⁷ Véase el Artículo 473-A, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, publicado en el Periódico Oficial, el 14 de mayo de 1967, última reforma publicada en el periódico oficial del Gobierno del Estado número 105, segunda parte, de fecha 01 de julio de 2016.

¹⁸ Véase el Artículo 566, fracción III, del Código Civil para el Estado de Jalisco, publicado el 25 de febrero de 1995, última reforma: el 28 de diciembre de 2017.

¹⁹ Véase el Artículo 318, del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en la Décima Cuarta Sección del Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el miércoles 30 de septiembre de 2015, Última Reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado, el 12 de abril 2017, Tomo: CLXVII, número: 5, Octava Sección.

²⁰ Véase el Artículo 224, del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, publicado en el Periódico Oficial el 2006/09/06, Última Reforma: 21-03-2018.

²¹ Véase el Artículo 268, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Nayarit, publicado en la Segunda Sección del Periódico Oficial del Estado de Nayarit, el sábado 22 de Agosto de 1981, última reforma publicada en el Periódico Oficial: 27 de julio de 2017.

²² Véase el Artículo 411, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Nuevo León, publicado en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935, última reforma publicada en el Periódico Oficial Número 39, del 28 de marzo de 2018.

²³ Véase el Artículo 447, párrafo cuarto, del Código Civil para el Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial, el 20 de octubre de 2009, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 11 de agosto de 2017.

maulipas²⁴, Veracruz²⁵ y Yucatán²⁶

No obstante lo ya citado, en México existen pocos estudios relacionados con la alienación parental, siendo las definiciones citadas previamente la base para la aplicación jurídica en México, por lo que son pocos los casos de investigación que se pueden encontrar, destacando entre ellos, la contribución hecha por Lucía Rodríguez Quintero, Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Subdirectora en el Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, colaboradora en la obra *Alienación Parental*, publicada por la CNDH en México, en el año 2011, quien se encargó de realizar una definición jurídica novedosa sobre este tema, al mencionar que:

La Alienación Parental se refiere a la conducta llevada a cabo por el padre o madre que conserva bajo su cuidado al hijo(a) y realiza actos de manipulación con la finalidad de que el menor de edad odie, tema o rechace injustificadamente al progenitor que no tiene su custodia legal.²⁷

De igual manera, destaca el concepto formulado por el Dr. Ricardo Ruiz Carbonell, Director de Enlace Inter-institucional de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas, de la Procuraduría General de la República, quien en la misma obra de *Alienación Parental*, señala:

[...] obstaculizar el derecho del o la menor a mantener sus vínculos emocionales y afectos con ambos progenitores y familiares por igual, es

²⁴ Véase los Artículos 259, fracción II, 259 Bis, 260, 261, 298 Ter, párrafo tercero, 380, 383, párrafo tercero, del Código Civil Para el Estado de Tamaulipas, publicado mediante Decreto No. 441, del 10 de diciembre de 1986, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 13 de diciembre de 2017.

²⁵ Véase el Artículo 345, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en el suplemento especial de la Gaceta Oficial. Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz-Llave, el 15 de septiembre de 1932, última reforma publicada en la Gaceta Oficial: 29 de noviembre de 2016.

²⁶ Véase el Artículo 280, del Código Familiar del Estado de Yucatán, publicado el 16 de octubre de 2007, última reforma el 28 de diciembre de 2016.

²⁷ Rodríguez Quintero, Lucía, "Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas Consideraciones", *Alienación Parental*, 2ª. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, p. 65.

una forma de maltrato emocional que puede ocasionarles un daño a su bienestar y desarrollo emocional.²⁸

Finalmente, otra de las aportaciones más importantes que podemos encontrar sobre el tema de alienación parental, es la que hace Graciela G. Buchanan Ortega, Magistrada de la Quinta Sala Familiar Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, quien señala:

[...] la alienación parental es el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas tácticas o estrategias, intenta transformar la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se trata de un proceso gradual y consistente, que invariablemente implica una limitación al progenitor no custodio, en el ejercicio de sus derechos y obligaciones como padre, además de privarlo de la presencia y disfrute de sus hijos.²⁹

De este último concepto, pueden sustraerse de forma clara los elementos que integran la alienación parental, siendo estos: Un proceso a través del cual se utilizan tácticas o estrategias para manipular la voluntad de los hijos, con el fin de terminar con los vínculos emocionales que existen entre los hijos y el progenitor alienado. De modo que, al concluir con el proceso de alienación, el menor evitará a toda costa tener algún contacto físico o emocional con su padre o madre, con quien en algún momento mantuvo un fuerte lazo emocional y psicológico.

1. CARACTERÍSTICAS DE LOS SUJETOS EN LA ALIENACIÓN PARENTAL

En el proceso y desarrollo de la alienación parental, hay tres sujetos partícipes:

- a) Progenitor/padre o madre alienador.

²⁸ Ruíz Carbonell, Ricardo, “La Llamada Alienación Parental: La Experiencia en España”, *Alienación Parental*, 2ª. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, p. 151.

²⁹ Buchanan Ortega, Graciela G., *Alienación Parental “Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial”*, Presidencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, 1ª edición, 2012, p. 5.

- b) Hijo(a) alienado.
- c) Progenitor/padre o madre alienado.

Por ello las características que se presentan serán exclusivas de cada uno, sin olvidar que en la individualidad generan una misma consecuencia.

2. PROGENITOR/PADRE O MADRE ALIENADOR

Al respecto, el Dr. José Luis Oropeza Ortiz, docente de la Universidad Nacional Autónoma de México, al citar a Richard Gardner, en su artículo intitulado Síndrome de Alienación Parental Actores Protagonistas, en lo relacionado de los participantes en la alienación parental, refiere:

El primer actor del síndrome es el programador o alienante. Gardner defiende la existencia de una programación mental consciente y situaciones menos explícitas inconscientes.

Parece que esta situación se produce más fácilmente en las relaciones entre madre e hijos, de ahí que un padre programador tenga probablemente menos éxito que una madre programadora. Aunque cada vez se igualan más los porcentajes madre/padre en el SAP.

Algunos comportamientos que se han encontrado en progenitores que están induciendo el Síndrome de Alienación Parental en sus hijos, son:

1. Impiden el contacto telefónico con los hijos.
2. Suelen organizar diferentes actividades con los hijos durante el período que el otro progenitor debe ejercer su derecho de visita.
3. Presentan a su nuevo cónyuge a los hijos como su nueva madre o su nuevo padre.
4. Interceptan el correo y los paquetes enviados a los hijos.
5. Desvalorizan e insultan al otro progenitor delante de los hijos y también en ausencia del mismo.
6. No informan al otro progenitor sobre las actividades que realizan los hijos (deporte, teatro, actividades escolares...).
7. Hablan de manera descortés del nuevo cónyuge del otro progenitor.
8. Impiden al otro progenitor ejercer su derecho de visita.

9. “Se olvidan” de avisar al otro progenitor de citas importantes del niño con dentistas, médicos, psicólogos, etc.
10. Implican a su entorno (su madre, su nuevo cónyuge, abuelos...) en el lavado de cerebro de los hijos.
11. Toman decisiones importantes sobre los hijos sin consultar al otro progenitor (religión, elección de la escuela).
12. Cambian (o lo intentan) sus nombres o apellidos para que pierdan el del progenitor alienado.
13. Impiden al otro progenitor el acceso a los expedientes escolares y médicos de los hijos.
14. Pueden irse de vacaciones sin los hijos y dejarles con otra persona, aunque el otro progenitor esté deseoso y dispuesto para ocuparse de ellos.
15. Cuentan a los hijos que la ropa que el otro progenitor les ha comprado es fea y les prohíben usarla.
16. Amenazan con castigos a los hijos si se atreven a llamar, escribir o a contactar con el otro progenitor de la manera que sea.
17. Reprochan al otro progenitor los malos comportamientos de los hijos.
18. Ridiculizan los sentimientos de afecto de los niños hacia el otro progenitor.
19. Premian las conductas despectivas y de rechazo hacia el otro padre.
20. Aterrorizan a los niños con mentiras sobre el progenitor ausente, insinuando o diciendo abiertamente que pretende dañarles.
21. Presentan falsas denuncias de abuso (físico y/o sexual) en los tribunales para separar a los niños del otro progenitor.
22. Pueden incluso cambiar de domicilio a muchos kilómetros, con el único fin de destruir la relación del padre ausente con sus hijos.

Hay muchos más comportamientos que nos encontramos en estos casos y que lo único que persiguen es la destrucción total del vínculo de los hijos con el progenitor con el que no conviven, sólo sirva decir que pueden presentarse de muchas maneras, activas o pasivas, pero el resultado es lo que llamamos SAP.³⁰

³⁰ Oropeza Ortiz, José Luis, “Síndrome de Alienación Parental Actores Protagonistas”, *Revista Internacional de Psicología*, Instituto de la Familia Guatemala, [en línea], Vol. 8, ISSN 1818-1023, N° 2, julio, 2007, pp. 2-3, [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], disponible en: <<http://www.revistapsicologia.org/index.php/revista/article/download/47/44>>.

Sobre este tema, el Dr. Douglas Darnall, realizó una clasificación para diferenciar los niveles o tipos de progenitores alienadores:

[...] La prevención o el freno de la alineación pueden comenzar enseñando como reconocer los tres tipos de alienadores, ya que los síntomas y estrategias para combatir cada una de ellas, son diferentes.

Los Alienadores Simples son progenitores que ocasionalmente harán o dirán algo alienante. Todos los progenitores serán ocasionalmente alienadores Simples.

Los Alienadores Activos no solo conocen también mejor como alienar, sino que su intensa herida y rabia, le lleva a una pérdida impulsiva del control sobre su comportamiento, o sobre lo que dicen. Más tarde, se pueden sentir muy culpables, sobre su comportamiento.

Los Alienadores Obsesivos tienen una ferviente causa, para destruir al progenitor Diana. Con frecuencia un progenitor puede ser una combinación de Alienador Simple y Alienador Activo. Raramente los alienadores obsesivos tienen suficiente autocontrol o introspección para mezclarse con los otros tipos.³¹

De la clasificación realizada por el Dr. Douglas Darnall, podemos observar el establecimiento de tres tipos de progenitores alienadores, que se diferencian por actitudes sumamente marcadas, que son muy importantes en el grado de afectación que puedan provocar en los menores; los alienadores simples son ocasionales, por lo general saben y reconocen sus equivocaciones, se centran en lo que es bueno para los hijos, sin remordimiento, daño o martirio para sí mismos; por el contrario, los alienadores activos son impulsivos y pierden el control sobre su comportamiento, para después sentirse culpables y apenados por los comentarios o acciones realizadas, generalmente están dispuestos a aceptar ayuda profesional; por último, los alienadores obsesivos, tienen una ferviente causa para “destruir” al progenitor alienado, tienen una insaciable rabia, porque ellos creen que el padre alienado les ha convertido en víctimas, y cualquier cosa que ellos hagan para proteger a los hijos está justificada.

³¹ Cfr. Douglas Darnall, Ph. D, “Tres tipos de PAS”, APADESHI Asociación de padres Alejados de sus Hijos,[en línea], [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], disponible en: <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.com/tres_tipos_de_pas___douglas_darn.htm>.

3. HIJO(A) ALIENADO

Al respecto, el Dr. José Luis Oropeza Ortiz en lista una serie de características que deben evaluarse para identificar a un menor alienado:

[...] El primero es la existencia de una campaña de denigración, en la cual el niño continuamente manifiesta su odio al padre ausente.

Existen racionalizaciones triviales, frívolas o absurdas para despreciar al padre “alienado”. El niño justifica la alienación con recuerdos de pequeños altercados experimentados con el padre rechazado, da pretextos fútiles, poco creíbles o absurdos para justificar su actitud. Un ejemplo de este aspecto es cuando un niño que decía no querer visitar a su padre porque “no me dejó un folio para dibujar.”

El tercer síntoma es la falta de ambivalencia tanto en el padre alienante como en el niño alienado. En los niños se manifiesta en que no pueden ver nada bueno en el padre alienado, y nada malo en el padre amado.

Se insiste en que la decisión de rechazar al padre corresponde al niño. Gardner (1992) se refiere a este hecho como el “Fenómeno del Pensador Independiente”. El propio niño defenderá que la decisión es propia, logrando supuestamente liberar de la culpa al progenitor alienante y protegerle de las críticas.

En quinto lugar se produce un apoyo automático del hijo hacia el padre amado, aspecto relacionado con la falta de ambivalencia ya antes descrita. El niño apoyará al 100% los postulados del padre, e incluso ante la evidencia contraria mantendrá su adhesión al criterio del programador.

Existe una casi completa ausencia de culpa hacia los sentimientos del padre rechazado. No existe gratitud por sus regalos, favores o apoyos.

Aparecen escenarios prestados, con una letanía que parece aprendida, y que incluye frases del padre amado. Cabe fijarse en el vocabulario que se emplea que es impropio de un niño, usando palabras que puede desconocer.

Por último, aparece una extensión del odio a la familia del padre rechazado y/o a los amigos del padre rechazado. Como un virus, el SAP puede extenderse y contaminar a todos los miembros de la familia del progenitor odiado. Los tíos, primos, abuelos, con los que anteriormente habían mantenido una buena relación ahora son vistos como “repugnantes y odiosos” y no hay ningún deseo de relacionarse con ellos, con la impor-

tante pérdida de estimulación y afecto que puede suponer también.³²

Las características descritas anteriormente, revelan el mecanismo de cómo se desarrolla y comporta un menor que se encuentra sometido a la alienación parental. Como ya se explicó, la campaña de manipulación que resulta ser uno de los elementos más importantes de la alienación parental, tiene como particularidad que el menor aprende a menospreciar al padre o madre alienado, que se convierte para él, en algo más que un enemigo, es un total desconocido que con su presencia provoca agresión al menor.

Al respecto, el psicólogo Aguilar Cuenca, en su obra *El Síndrome de Alienación Parental*, se encargó de describir el desarrollo de la campaña de denigración que hemos venido señalando, al respecto, refiere:

[...] La campaña de denigración tiene dos componentes: el adoctrinamiento recibido por el progenitor y, en un momento posterior, las propias contribuciones de los niños. Cuando la campaña de desprestigio ha enraizado en el menor, este aporta argumentos a los ataques que son elaboraciones propias.

La dinámica de este proceso requiere, por tanto, la construcción de razones o justificaciones que permitan injuriar al progenitor rechazado. Una estrategia muy útil es tomar prestadas las razones del alienador, que el menor hace propias.

Algunos autores defienden que esta estrategia de identificación con el alienador es una forma de escapar a la posibilidad de ser ellos mismos víctimas del acoso. Sea como sea, los menores inician este proceso afirmando su superioridad ante el progenitor alienador en una actitud retadora: “Tú no eres nadie para mandarme”, que viene apoyada por el otro progenitor: “Mi madre me ha dicho que si no quiero hacer algo no lo haga”, para proseguir con amenazas: “Si me tocas un pelo llamo a la policía, o directamente los insulto: “¿Qué vienes de ver a esa puta? El progenitor alienado va comprendiendo que apenas puede manejar la situación y controlar los deseos de su hijo pequeño. El niño muestra un

³² Oropeza Ortiz, José Luis, op. cit., nota 12, pp. 6-7.

comportamiento cada vez más tirano: “No se te olvide ingresar la pensión alimenticia en el banco de mamá”.³³

De lo expuesto por el psicólogo José Manuel Aguilar, es posible establecer que, la campaña de denigración se realiza de manera secuencial; una vez presente la alienación parental, el menor comienza a actuar por sí mismo en los ataques, asume un papel activo en el que el padre alienado es un simple desconocido, del que su sola presencia puede molestarle. Todos los padres conocen a sus hijos, lo que pueden esperar y lo que no de ellos, pero, ¿Qué pasa cuando se empieza a romper el contacto con ellos, cuando un hijo exige, reclama o crea falsas acusaciones? ¿Qué dio origen a esas conductas?

En cuanto a las justificaciones, ya se mostró que éstas son sencillas e irrelevantes, el menor deforma convenientemente lo que vive con el padre alienado para poder apoyar el rechazo con el alienador, esta deformación va incrementándose y va acompañada de un lenguaje que no siempre es propio del menor, va siendo más revelador con el paso del tiempo, el contacto visual disminuye y sobre todo la distancia física aumenta.

De esta forma, al conocer las características que identifican al padre o madre alienador y al menor alienado, se puede concluir que el progenitor alienado sufre el rechazo en niveles, conforme al desarrollo de la conducta de alienación que se realice.

3. PROGENITOR/PADRE O MADRE ALIENADO

Sobre los comportamientos clásicos de un progenitor alienado, el Dr. José Luis Oropeza describe lo siguiente:

El padre alienado ha recibido menos atención y es peor comprendido por todos los autores. Gardner le muestra como pasivo. Otros autores le consideran responsable del abandono e infidelidad, debido a su negligencia.

El padre alienado está confuso y se siente culpable, la mayoría se reco-

³³ Aguilar Cuenca, José Manuel, Síndrome de Alienación Parental, Editorial Síntesis, España, 2013, p. 52.

noce como víctima, está muy frustrado por su impotencia ante la manipulación y haga lo que haga no puede vencer, si lucha es un acosador, si se retira es un negligente.

La actitud más frecuente del padre alienado es el silencio, pensando que ellos no van a repetir el mismo error del programador. Debe entenderse que es importante para el niño conocer la realidad para poder superar la programación. Creer que el niño va a llegar solo a una conclusión independiente es completamente ingenuo.³⁴

Respecto a este último sujeto, quien forma parte de los tres elementos que constituyen la alienación parental, no se ha hablado mucho, no se encuentra casi ninguna información de respecto de las características que presenta, así como de su comportamiento, que quizá podría influir o aumentar la actitud hostil del menor.

Su comportamiento es como un espejo del padre alienador, con denotación contraria, ya que es éste quien recibe toda la carga negativa, pero que más allá de caer rendido por la conducta que ejerce el alienador, busca la salida; sin embargo, en ocasiones también es portador de comportamientos negativos, consecuencia de la alienación de la que es objeto; no obstante a ello, se reitera que no es la única y principal víctima, ya que es el menor quien se encuentra afectado en sus emociones, al ser manipulado y utilizado durante las disputas entre sus padres.

Finalmente, después de haber analizado los elementos que constituyen la alienación parental, así como las características de cada uno de los sujetos que intervienen en ella; es posible concluir que, la conducta de alienación parental, se presenta no como un síndrome, sino como un fenómeno social existente y diagnosticable; es decir, se trata de actos dirigidos a manipular al menor a fin de provocar en él, sentimientos de desprecio, desaprobación, odio, rencor, miedo o rechazo hacia a alguno de sus padres, lo cual si bien tiene influencia en la psique del menor, no anula su conciencia, ni genera en él/ella trastornos mentales; por lo que no es necesario su reconocimiento

³⁴ Oropeza Ortiz, José Luis, op. cit., nota 12, p. 9.

científico, ya que se cuenta con elementos suficientes que permiten su análisis desde un punto de vista psicológico, sociológico y jurídico; lo que permite demostrar su existencia y el impacto que genera en la estabilidad emocional de los menores.

Por tanto, preexiste la necesidad de legislar y unificar criterios en todo nuestro país respecto de la alienación parental, así como establecer medidas que eliminen su desarrollo dentro de los núcleos familiares, así como en las controversias jurisdiccionales relacionadas con menores, máxime las repercusiones que pueden tener en el menor y por tanto en su desarrollo emocional y personal, por lo que si uno de los pilares de nuestra sociedad es la protección a la familia y la protección del interés superior de los menores, resulta más que evidente que debe existir una regulación que sancione, proteja y establezca la alienación parental de manera clara y precisa.

III. DECRETO POR EL QUE SE DEROGA EL ARTÍCULO 323 SÉPTIMUS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2016

El 4 de agosto de 2017, se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el Decreto por el que se deroga el artículo 323 Séptimus del Código Civil del Distrito Federal,³⁵ que contenía la figura denominada “alienación parental”, donde era considerada un tipo de violencia familiar; como ya lo referimos, dicha actividad consiste en la acción de uno de los integrantes de la familia para manipular la voluntad de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. De este modo, para que pudiera considerarse alienación, era necesario que la conducta fuera realizada por uno de los padres, y una vez acreditada, era posible suspender el ejercicio de la patria potestad del menor y, en

³⁵ Gaceta Oficial de la Ciudad de México, publicada el 4 de agosto de 2017, [en línea], [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], disponible en: <http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfd182dc53f08ba7.pdf>

consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tuviera decretado.

Asimismo, en caso de que el padre alienador tuviera la guarda y custodia del niño, ésta pasaría de inmediato al otro progenitor, si se tratare de un caso de alienación leve o moderada. En el supuesto de que el menor presentara un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecería bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspendería todo contacto con el padre alienador y el menor sería sometido al tratamiento que indicara el especialista que hubiera diagnosticado dicho trastorno.³⁶

Dentro de los argumentos considerados en la iniciativa aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), se destacan los siguientes:

1. El supuesto síndrome de alienación parental utiliza para detectar su presencia los mismos indicadores utilizados para detectar la violencia o abuso sexual, por lo anterior impide identificar cuando efectivamente suceden.
2. Se viola el principio de precaución, toda vez que se introduce un

³⁶ Artículo 323 Séptimus.- Comete violencia familiar e integrante de la familia que transforma que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador. El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

- concepto que carece de consenso en la comunidad psiquiátrica.
3. La alienación se correlaciona fuertemente con la violencia de género, toda vez que la mayoría de denuncias por violencia en contra de niñas, niños y adolescentes es interpuesta por mujeres.
 4. Trasciende y afecta la convivencia con sus madres o padres y al consentimiento en la toma de decisiones que afectan a niñas y niños.
 5. Afecta la Patria Potestad sin determinación judicial ex ante, por lo que vulneran los derechos de las partes involucradas.
 6. No incorpora el Principio de Proporcionalidad, el cual es necesario para la limitación o restricción de derechos, lo anterior toda vez que las posibles ventajas que pudieran obtener con la norma no guardan relación con las consecuencias de su aplicación.³⁷

Como puede observarse, la Asamblea Legislativa consideró que los indicadores establecidos para la detección del síndrome de alienación parental, son los mismos que se utilizan para la detección de violencia y abuso sexual; por lo que, según su razonamiento el reconocimiento de la figura de alienación parental, impide la detección oportuna de los casos reales de abuso; asimismo, destacó la falta de consenso entre la comunidad psiquiátrica respecto de que la alienación parental sea un síndrome, además de contribuir indirectamente al aumento de la violencia de género.

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), así como algunas organizaciones de la sociedad civil, y defensoras de los derechos humanos de la infancia y las mujeres, sostienen que dicha norma formalizaba una discriminación indirecta y reproducía estereotipos basados en el género en perjuicio de las mujeres, siendo causa y consecuencia de la violencia institucional en su contra; además no reconocía la autonomía progresiva de las niñas y niños.

³⁷ Proposición con punto de acuerdo, por el que se exhorta respetuosamente a diversas autoridades a revisar la figura del síndrome de alienación parental preponderando el interés superior de la niñez. [en línea], [fecha de consulta: 01 de marzo de 2018], disponible en: <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA_PRD_Alienacion_Parental.pdf>.

La CDHDF se pronunció a favor de la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al derogar el artículo 323 Séptimus del Código Civil del Distrito Federal, por considerar que la figura del “síndrome de alienación parental (SAP)”, es un tipo de violencia inexistente como síndrome ya que carece de sustento y reconocimiento científico, además que desconoce a niñas y niños como personas sujetas plenas de derechos, ya que omite la importancia de tomar su opinión en cuenta para la toma de decisiones a partir de su autonomía progresiva, en particular en los casos de conflicto parental.³⁸

En esa misma línea, la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, demandó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la invalidez de los artículos 336 Bis B, en relación con el segundo párrafo del artículo 429 Bis A y 459 fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformados y adicionados mediante Decreto 1380, publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el 2 de enero de 2016; que conformó la Acción de Inconstitucionalidad N° 11/2016. El accionante, en esencia, alegó que dichos numerales transgredían los derechos de los niños, niñas y adolescentes para expresar su opinión en los procedimientos que los involucren, se soslayaba la obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género, asimismo, estimó que dicha incorporación normativa del síndrome de alienación parental, resultaba incompatible con el interés superior del menor.

Por lo que, el 24 de octubre de 2017, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de nueve votos, determinó declarar la invalidez del artículo 336 Bis B, último párrafo, así como de la fracción IV, del numeral 459; de la misma manera pero con una mayoría de ocho votos, se declaró la invalidez del artículo

³⁸ Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, [en línea], [fecha de consulta: 27 de febrero de 2018], disponible en: <<https://cdhdf.org.mx/2017/08/la-cdhdf-reconoce-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-a-traves-de-la-derogacion-de-la-mal-denominada-figura-de-alienacion-parental-del-codigo-civil-de-la-ciudad-de-mexico/>>.

429 Bis A, párrafo primero en la porción normativa que establece: “bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio”, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Finalmente, se reconoció la validez del artículo 429 Bis A, que señala: “Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. [...]. Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.” Lo anterior, con excepción de la parte declarada inconstitucional, mediante una votación a favor de 6 Ministros.

El pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendió esencialmente a los siguientes argumentos:

[...] a fin de brindar un panorama más amplio, la Sala dividió el estudio del asunto en los siguientes apartados: i) Estudio del fenómeno denominado alienación parental, ii) Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, iii) Estudio de los conceptos de invalidez, el cual dividió en dos bloques principales y así como el estudio de la regularidad constitucional de las normas combatidas.

De esa manera, el Tribunal en Pleno determinó en principio, que la conducta regulada normativamente, no se refería al “síndrome de alienación parental” derivado de la teoría psicológica expuesta por Richard Gardner, sino que el legislador atendió a múltiples referencias teóricas que generan un panorama de mayor amplitud sobre dicha cuestión, no como síndrome, sino como un fenómeno existente y diagnosticable, en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia uno de sus padres, así como la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación, como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores.

De igual manera, los Ministros indicaron que la conducta legislada en el

Código Civil en comento, no reproduce estereotipos de género, ni soslaya la obligación de legislar con perspectiva de género, toda vez que no hace distinción de trato entre los padres o alguno de los familiares que pudiera encuadrarse en la discriminación por razón de género, ya que cualquiera puede figurar como sujeto activo de la conducta.

Por otra parte, se abordó el análisis de la conducta de alienación parental, como un supuesto de violencia familiar, el cual se encuentra regulado en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero. Sobre éste el Pleno se pronunció en el sentido de declarar que dicho precepto vulnera los derechos de los menores de edad al estimar que las conductas efectuadas en su contra, producen como resultado la “transformación de su conciencia”, transgrediendo su derecho a ser considerados sujetos con autonomía progresiva; asimismo, dicho resultado conlleva a afectar su derecho a ser escuchado en los procedimientos jurisdiccionales en los que se les involucre, toda vez que al establecer que su conciencia ha sido modificada, se menoscaba intrínsecamente su autonomía induciendo tanto a los operadores judiciales, como a los peritos en psicología a considerar que la opinión del menor se encuentra viciada y por ende, no tomarla suficientemente en cuenta.

De igual forma, estudiando el supuesto de violencia familiar, se avocaron al examen del numeral 429 Bis A de la normatividad en cita, en donde el Pleno determinó que dicha disposición no vulnera los derechos de los menores, ya que la conducta descrita no contempla la exigencia del resultado de “transformar la conciencia” del menor, ya que la legislación prevé únicamente los actos dirigidos a manipular al menor a fin de provocar en él, sentimientos de desprecio, desaprobación, odio, rencor, miedo o rechazo hacia a alguno de sus padres, lo cual si bien tiene influencia en la psique del menor, no anula su conciencia, por lo tanto la norma combatida fue calificada de constitucional.

En lo relativo al numeral 429 Bis A, última parte, en relación con la fracción IV, del artículo 459, ambos del código combatido, los ministros determinaron que ante el acreditamiento de la conducta de alienación parental, imponen a manera de sanción la suspensión o pérdida de la patria potestad, sin embargo, la Corte en el Pleno, se pronunció en el sentido de declararlos inconstitucionales, toda vez que por una parte, se estimó que

condicionar el ejercicio de la patria potestad a una sanción, no constituye un acto de protección reforzada a los derechos de los menores, sino que implícitamente se tolera dicha violencia, lo cual rompe con los estándares convencionales y constitucionales a que ésta constreñido el Estado Mexicano. Mientras que por la otra, transgreden el principio de proporcionalidad pues impone al juzgador una aplicación irrestricta en todos los casos, sin permitirle un margen adecuado para que éste pudiera valorar idóneamente las circunstancias especiales de cada asunto en particular, lo cual puede reflejarse en la violación del derecho de los menores a vivir dentro de una familia, ya que si la conducta desplegada se acredita como alienación parental, el juzgador se vería obligado a decretar la separación del padre que la ejerza y por tanto, impedir de manera natural el mantenimiento de las relaciones afectivas entre éstos. [...]³⁹

Durante el análisis expuesto, la SCJN anunció la validez del reconocimiento de la existencia de la alienación parental, como un fenómeno social, perfectamente diagnosticable; en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia uno de sus padres, así como la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación, como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores. Asimismo, sostuvo la necesidad de regular esta conducta, así como unificar criterios en cada una de las Entidades Federativas de nuestro país.

IV. TRATO LEGISLATIVO

1. OMISIÓN LEGISLATIVA, SU CONCEPTO

La autora Laura M. Rangel Hernández, en su artículo intitulado El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión, realiza una exposición breve y clara del concepto de omisión legislativa, que ilustra cada uno de los elementos que la constituyen, misma que a nuestro entender, tiene aplicación en el presente trabajo:

³⁹ CRÓNICAS DEL PLENO Y DE LAS SALAS, [en línea], disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf>.

La omisión legislativa [...] Tiene su fundamento en la existencia de un mandato para legislar que, ya sea de forma implícita o expresa, se encuentra contenido en la norma fundamental y que ha sido desatendido por el legislador ordinario, con lo cual se causa la irregularidad del orden jurídico y en muchos casos la indefensión o falta de certeza jurídica hacia los gobernados. Al respecto, cabe destacar que sólo en forma excepcional el constituyente establece un plazo específico para la producción de las normas de desarrollo constitucional, y mayoritariamente se deja esto indefinido; este tema es el que configura uno de los puntos débiles o que plantean mayor dificultad para la determinación de las omisiones de tipo legislativo y la posibilidad de su calificación de inconstitucionales, debido a que será a través de cada caso concreto donde se determine que ha transcurrido un lapso “excesivo” de tiempo para que pueda hablarse de “mora legislativa”.

Tradicionalmente, la omisión legislativa se ha estudiado desde dos puntos de vista: como absoluta y relativa. Esta clasificación fue elaborada y estudiada por Wessel, y se resume en que la primera existe cuando hay una “ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional” y la segunda cuando se trata de la “vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación”. Cabe destacar que, para dicho autor, esta última puede reconducirse a una inconstitucionalidad de tipo positivo que sí se puede confrontar con la Constitución. Así también se ha distinguido entre las omisiones del legislador, que son las que aluden a las de tipo relativo porque la ley se emitió para reglar una materia específica pero se hizo de forma incompleta al callar algo que debió contener, y las omisiones de ley, que son las absolutas porque, en realidad no se ha regulado la materia respectiva.⁴⁰

Por su parte, Carlos Báez Silva, define a la omisión legislativa, de la siguiente forma:

⁴⁰ Rangel Hernández, Laura M., “El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 4, disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/26.pdf>>.

[...] Cuando se hace referencia a la omisión del legislador, por tanto, se pretende indicar que éste “no ha actuado como se esperaba”, que la conducta probable que se esperaba de él no se ha presentado. ¿Qué conducta, empírica y normativamente probable, se esperaba del legislador? Pues, esencialmente, que legisle, que dicte textos normativos con el carácter de leyes. Así, la expresión “omisión del legislador” denota que el facultado para dar o crear la ley no ha ejercido tal facultad, no ha creado alguna ley (o lo ha hecho insuficientemente) cuando era probable que lo hiciera.

¿Cuándo era probable que el legislador legisle? Dentro del Estado de derecho un órgano del poder político únicamente puede actuar previa autorización constitucional para ello, así que las Cámaras Legislativas sólo pueden legislar cuando están facultadas para ello y en las materias que la propia constitución señale.⁴¹

Ambas definiciones señalan los elementos esenciales que constituyen una omisión legislativa, los cuales consisten en la existencia de un mandato constitucional para legislar, que puede ser implícito o expreso, y que finalmente ha sido ignorado o desatendido por el legislador; dichas omisiones pueden ser clasificadas como absolutas y relativas.

V. CLASIFICACIÓN DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

En nuestro país, la Suprema Corte de justicia de la Nación, a través de la Tesis Jurisprudencial P./J. 11/2006⁴², derivada de la Controversia Constitucional 14/2005; estableció que en atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones:

⁴¹ Bález Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, En busca de las normas ausentes, 2a. ed., Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión, en Miguel Carbonell (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 16-17, disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2455/10.pdf>>.

⁴² Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J. 11/2006, p. 1527.

1. OMISIÓN ABSOLUTA

La omisión absoluta, se presenta cuando los órganos legislativos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes, ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo.

2. OMISIÓN RELATIVA

La omisión relativa, se actualiza cuando al haber ejercido su competencia, los órganos legislativos lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.

Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades -de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo-, y de omisiones -absolutas y relativas-, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas:

1. Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho;
2. Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente;
3. Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y,
4. Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

VI. PROPUESTA PARA UNA EFECTIVA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL

1. LA APLICACIÓN DE MEDIDAS O SANCIONES, COMO UNA FORMA DE ERRADICAR LA PRÁCTICA DE ALIENACIÓN PARENTAL

En el tema que nos ocupa, es importante señalar que, tal y como se desprende del análisis realizado por nuestro máximo Tribunal, si bien

es cierto que determinó que la alienación parental no es un síndrome y que no se puede “condicionar el ejercicio de la patria potestad a una sanción, ya que esto vulneraría los derechos del menor” y ocasionaría un menoscabo a su desarrollo y a la sana convivencia de los progenitores, aunado a que sancionar la conducta sería “tolerar la misma”, también lo es, que reconoció que existe dicha figura como “un fenómeno social, perfectamente diagnosticable; en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia uno de sus padres, así como la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación, como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores”.

Por lo que, al haberse pronunciado incluso bajo el supuesto de la “necesidad de regular esta conducta, así como unificar criterios en cada una de las Entidades Federativas de nuestro país”, resulta más que claro que emitió una sugerencia perfectamente válida para que el legislador en el ejercicio de sus funciones, pudiera legislar protegiendo al menor del uso que los progenitores hagan respecto de la alienación parental y en su caso, tomar algunas medidas para prevenirlo o mejor dicho tratarlo, supuesto que no aconteció por la Asamblea Legislativa, en donde sólo se limitó a derogar el artículo.

En este mismo sentido, resulta cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación al declarar inconstitucional los artículos 323 Séptimo del Código Civil del Distrito Federal, así como los artículos 336 Bis B, en relación con el segundo párrafo del artículo 429 Bis A y 459 fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, derivó en que las legislaturas respectivas optaron por derogar dichos artículos, es más que claro que se realizó una omisión grave en tal sentido, toda vez que si es una figura que existe y que se ha reconocido que se da de manera práctica, jurídicamente hablando debe de regularse, máxime que son conductas que afectan a menores de edad y a la familia como núcleo de la sociedad, por lo cual el no hacerlo, es una falla legislativa clara y que deja en total estado de indefensión a los progenitores y a los menores que la sufren.

Así las cosas, es evidente que la omisión ya referida, debe de subsanarse mediante una regulación clara y precisa respecto del llamado “síndrome” de alienación parental, máxime que si insistimos es recurrente en menor o mayor grado acorde a lo ya planteado anteriormente.

En tal sentido, el simple supuesto que se hubieren declarado inconstitucionales los preceptos antes referidos, no debía originar en la derogación absoluta de los mismos, sino por el contrario, al haber reconocido nuestro máximo Tribunal que es una conducta que se da en el mundo fáctico, es evidente que las legislaturas locales, debían de realizar un estudio concienzudo respecto de cómo proteger a los menores de progenitor o pariente que haga uso de la alienación parental, así como el buscar los elementos que puedan prevenirlo o en su caso solucionar la problemática, máxime si insistimos afecta de manera directa a los menores de edad, motivo suficiente por el cual debe de legislarse buscando la protección de éstos.

En este mismo tenor, resulta claro el hecho que las Entidades Federativas al haber omitido entrar al fondo del estudio del llamado “síndrome de alienación parental” a fin de tratar de prevenir o solucionar el mismo, es claro que dejó en estado de indefensión tanto a los menores como a los padres que sufren la repercusión de la conducta, motivo por el cual es preciso solventar dicha situación regulando la ésta, buscando salvaguardar los intereses tanto de los menores como de quien la sufre de manera directa o indirectamente, y si bien no debe ser sancionada por las causas que determinó la Corte, si es preciso prevenirla o bien tratarla en beneficio de la institución de la familia y de los menores que la sufran.

VII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, José Manuel, *Síndrome de Alienación Parental*, 5ª Ed., Madrid, Almuzara, S.L., 2006, 214 pp.

- AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Síndrome de Alienación Parental*, Madrid, Síntesis, S.A., 2013, 166 pp.
- BUCHANAN ORTEGA, Graciela G., *Alienación Parental*, Ensayo sobre su Trascendencia en el Ámbito Judicial, Monterrey N.L., Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2012, 120 pp.
- RODRÍGUEZ QUINTERO, Lucía, “Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas Consideraciones”, *Alienación Parental*, 2ª. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.
- RUIZ CARBONELL, Ricardo, “La Llamada Alienación Parental: La Experiencia en España”, *Alienación Parental*, 2ª. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.
- TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental*, Una forma de maltrato, Madrid, EOS, 2006, EOS Psicología Jurídica, 155 pp.
- VACCARO, Sonia y BAREA Consuelo, *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia*, Bilbao, DESCLÉE DE BROUWER, S.A., 2009, 181 pp.

2. LEGISLACIÓN

- Código Civil del Estado de Aguascalientes, publicado en el Suplemento al No. 49 del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el 7 de diciembre de 1947.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, publicado en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 19 de Julio de 1996.
- Código Civil para el Estado de Colima, publicado en el Suplemento del Periódico Oficial “*El Estado de Colima*”, el 25 de Septiembre de 1954.
- Código Civil del Estado de Durango, publicado en los periódicos oficiales no. 7 al 15 de fecha 22 de enero de 1948 al 19 de agosto de 1948.

Código Civil para el Estado de Guanajuato, publicado en el Periódico Oficial, el 14 de mayo de 1967.

Código Civil para el Estado de Jalisco, publicado el 25 de febrero de 1995.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en la Décima Cuarta Sección del Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el miércoles 30 de septiembre de 2015.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, publicado en el Periódico Oficial el 2006/09/06.

Código Civil para el Estado de Nayarit, publicado en la Segunda Sección del Periódico Oficial del Estado de Nayarit, el sábado 22 de agosto de 1981.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, publicado en el Periódico Oficial, el sábado 6 de julio de 1935.

Código Civil para el Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial, el 20 de octubre de 2009.

Código Civil Para el Estado de Tamaulipas, publicado mediante Decreto No. 441, del 10 de diciembre de 1986.

Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en el suplemento especial de la Gaceta Oficial. Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz-Llave, el 15 de septiembre de 1932.

Código Familiar del Estado de Yucatán, publicado el 16 de octubre de 2007.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P. /J. 11/2006, p. 1527.

3. EN LÍNEA

BÁEZ SILVA, Carlos, "*La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*", En busca de las normas ausentes, 2a. ed., Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión, en Miguel Carbonell (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2455/10.pdf>>.

BOLAÑOS, Iñaki, “El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, [en línea], Madrid, Vol. 2, No. 3, 2002, p. 28, Disponible en: <http://eoeepsabi.educa.aragon.es/descargas/G_Recursos_orientacion/g_4_orientacion_familiar/g_4.3.separacion/2.5.SAP_abordaje_psico-legal.pdf>.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, [en línea], disponible en: <<https://cdhdf.org.mx/2017/08/la-cdhdf-reconoce-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-a-traves-de-la-derogacion-de-la-mal-denominada-figura-de-alienacion-parental-del-codigo-civil-de-la-ciudad-de-mexico>>.

CRÓNICAS DEL PLENO Y DE LAS SALAS, [en línea], disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf>.

DOUGLAS DARNALL, Ph. D, “*Tres tipos de PAS*”, APADESHI Asociación de padres Alejados de sus Hijos, [en línea], disponible en: <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.com/tres_tipos_de_pas___douglas_darn.htm>.

Gaceta Oficial de la Ciudad de México, publicada el 4 de agosto de 2017, [en línea], disponible en: <http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfdb182dc53f08ba7.pdf>.

OROPEZA ORTIZ, José Luis, “*Síndrome de Alienación Parental Actores Protagonistas*”, Revista Internacional de Psicología, Instituto de la Familia Guatemala, [en línea], Vol. 8, ISSN 1818-1023, N° 2, julio, 2007, pp. 18, disponible en: <<http://www.revistapsicologia.org/index.php/revista/article/download/47/44>>.

Proposición con punto de acuerdo, por el que se exhorta respetuosamente a diversas autoridades a revisar la figura del síndrome de alienación parental preponderando el interés superior de la niñez. [en línea], disponible en: <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA_PRD_Alienacion_Parental.pdf>.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura M., “El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, *La ciencia del derecho procesal cons-*

titucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/26.pdf>>.

STANLEY, Jablonski, Síndrome: un concepto en evolución. ACIMED [en línea]. 1995, vol.3, n.1, pp. 30-38. ISSN 1024-9435, disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94351995000100006>.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE, DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM¹

ABRIL USCANGA BARRADAS



RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE es Profesor de Tiempo Completo Titular Definitivo “C”. Facultad de Derecho. U.N.A.M. Impartiendo materias de teoría de la constitución, derecho constitucional y derecho notarial y registral, en la licenciatura; así como, poder legislativo, regímenes constitucionales comparados y federalismo y relaciones interinstitucionales, en el posgrado. Antigüedad docente 28 años. Ha sido Consejero Técnico de la Facultad de Derecho en dos ocasiones y recipiendario de las Cátedras Extraordinarias “Raúl Cervantes Ahumada” y “Fernando Ojesto Martínez”. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I Notario 29 de la decimoprimer demarcación del estado de Veracruz. (Con licencia). Investigador Honorario en el Colegio de Veracruz. Colaborador Editorial en el periódico Excélsior. Columna “Corolario” Columnista invitado La Jornada de Veracruz.

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo coloquial propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La entrevista fue realizada con la colaboración de Diana Erika Hernández Ríos, Andrea Valencia Bermúdez y Salvador Villaseñor Olguín.

ENTREVISTA AL DOCTOR RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE

Abril Uscanga Barradas: Estamos aquí con el Doctor Raúl Contreras Bustamante, Director de la Facultad de derecho. Doctor, muchísimas gracias por aceptar esta entrevista.

Raúl Contreras Bustamante: Gracias a ti doctora.

AUB: Doctor, en realidad queremos conocer un poco más acerca de un aspecto personal de usted, ¿Podría decirnos, por favor, cuáles fueron sus motivaciones para estudiar derecho?

RCB: Yo nunca tuve un problema vocacional. Cuando yo entré a la universidad entré a través del examen que se tenía que presentar para ingresar al bachillerato, y en aquel entonces éramos tantos los que queríamos entrar a la universidad, que nos distribuían en el campus de ciudad universitaria los sábados para hacer un examen. Yo no sé si era una especie de predeterminación, pero a mí me tocó hacer el examen de admisión en el salón D-202 de la Facultad de Derecho. Entonces cuando vine a la facultad a hacer mi examen para entrar a la prepa, yo dije “de aquí soy” y aquí me quede, y miren, ahora me tocó la bendición de ser su Director.

AUB: Director, el ambiente universitario era distinto imagino yo, ¿cómo era su vida de estudiante?

RCB: Era muy distinto, todavía venir a Ciudad Universitaria era un viaje lejano, yo vivía en la colonia de los Álamos por donde está el metro Xola, teníamos que tomar un camión primero, el famoso Contreras Coyoacán para ir a la preparatoria 6 de Coyoacán y, luego para venir hasta la universidad era todo un viaje, había que invertirle una hora de camino. Después, como entré a trabajar en la carrera me pude comprar un Volkswagen, y entonces ya me venía en el coche, pero además yo venía levantando siempre a 3 o 4 amigos en el camino para darles un aventón y que llegáramos juntos a la universidad.

AUB: Doctor, ¿podría comentarnos un poco también acerca de sus profesores?, seguramente usted recordará algunos que han mar-

cado especialmente su trayectoria profesional, su vida académica. ¿Podría comentarnos quiénes han sido estos grandes maestros para usted?

RCB: Fíjate que muchos de esos grandes maestros todavía los vine a encontrar siendo yo ya Profesor y siendo ya director, afortunadamente. De la licenciatura puedo decir que recuerdo con mucho cariño las clases con el maestro Burgoa, con el maestro López Monroy, con el que llevé casi todos los civiles, tomé clase en el posgrado con Raúl Cervantes Ahumada, con Jorge Fernández Ruíz, con Ruperto Patiño, que fue director de la Facultad, con Jorge Witker, entre otros profesores que todavía hoy son maestros estructurales de esta facultad. La facultad es un intercambio de generaciones muy intenso, uno no se da cuenta de lo importantes que son los profesores hasta que uno compara con estudiantes de otros lugares y se da una cuenta perfectamente que estudia con los maestros que escribieron los libros de texto con los que estudian en otras escuelas, esta es una cosa que solamente la Facultad de Derecho de la UNAM puede hacer; se siguen escribiendo aquí el 80 o 90 por ciento de los libros de donde estudian los jóvenes en el resto del país.

AUB: Director, pasando un poco más hacia su vida más actual. Usted ha cumplido más de 30 años como académico y en ese mismo sentido, nos gustaría conocer desde su perspectiva como académico y como director, ¿cómo podríamos definir qué es lo que realmente distingue a un alumno de excelencia?

RCB: La Facultad de Derecho no aspira a formar licenciados en derecho ni abogados, sino juristas. Uno puede tener en su salón al hijo de un obrero o de un campesino, como al hijo de un Secretario de Estado y hasta de un Presidente de la República, a mí me tocó darle clase a uno de los hijos del presidente Miguel de la Madrid; y el tema es que uno va a lo largo del tiempo diferenciando las cosas, hay alumnos que se dedican de tiempo completo a ser estudiantes y que aspiran a tener la beca Gabino Barrera, a alcanzar la medalla Alfonso Caso en el posgrado, y sin embargo, hay otros como lo fui

yo en la licenciatura, que trabajábamos y estudiábamos, yo tenía que venir a tomar clases de 7:00 a 9:00, para salir e irme a trabajar en San Antonio Abad en la Contraloría del Departamento del DF, trabajaba toda la mañana y a las 4:00 de la tarde salía y regresaba nuevamente a tomar las clases vespertinas y, a veces uno encuentra con que los alumnos que se dedican de tiempo completo son muy buenos, pero también los que combinan el estudio y la práctica resultan sensacionales, y eso genera una composición de alumnos muy especial, donde podemos encontrar en el futuro a lo mejor al que va a ser el actuario de un juzgado, y en el mismo salón puede estar el que va a ser el presidente de la Suprema Corte, y todos son complementarios, aquí los alumnos no vienen a diferenciarse o a esgrimir competencia entre sí. Como alumnos conoces a muchos compañeros, entonces es muy difícil que haya esas rivalidades que a veces hay en los colegios privados, aquí, creo que todos somos miembros de una comunidad muy complementaria y muy solidaria, poco o nada discriminatoria.

AUB: Y equilibrada en género, ya que las últimas cifras en informes de la facultad mencionan un importante equilibrio de género en los estudiantes.

RCB: Bueno esto es el efecto de hoy, cuando yo estudié, solamente el 10% del alumnado eran mujeres en los años 70s. Hay dos grandes cosas que a veces se les olvidan a los movimientos feministas, el efecto que tuvo para las mujeres la aparición de la píldora de los anticonceptivos y, el uso de la minifalda en los años 60s, fueron cosas que modificaron radicalmente la sociedad. Era impensable que en mi generación alguien viniera de minifalda a la facultad de derecho, vaya, era imposible. Hoy vienen las jóvenes hasta en shorts o en minifalda sin ningún problema y vivimos una época de mucho más equilibrio, incluso, hoy cerca del 60% de los alumnos que están ingresando a la facultad son mujeres.

AUB: Director, es natural que el contexto político, social, incluso académico haya cambiado, también esto representa nuevos retos para los estudiantes, ¿Cuál cree usted que sea el nuevo reto que están enfrentando los estudiantes?

RCB: Uno muy sencillo que yo les explico, que de lo único que pueden estar seguros es que lo que les estamos enseñando, va a cambiar. La estabilidad, la temporalidad de la vigencia del derecho es mucho más corta que cuando yo estudié leyes. En aquel entonces hacían grandes tratados, unos libros que todavía se siguen vendiendo y hoy lo digo sin exageración, si uno se propone escribir un tratado, no lo puede terminar nunca porque alguna parte de lo que ya escribió, ya entró en proceso de desuso o ya no está vigente, y el reto hoy es enseñarles a los jóvenes a que sepan discriminar el conocimiento. Estamos viviendo una era donde podemos decir que somos la generación con más derechos y la más comunicada en la historia de la humanidad, hay tanta información que lo que hay que enseñarles a los jóvenes es a discriminarla, a escogerla y a saber en dónde tienen que localizarla para mantenerse permanentemente actualizados. Hoy quien quiera estudiar la carrera de derecho debe de saber que dura 5 años aquí en la facultad pero que la actualización dura toda la vida, yo no puedo dejar de estudiar derecho desde que salí de la facultad, en mis 33 años de profesor y ahora como director, todos los días tengo que estudiar derecho porque ya hay un cambio, ya hay una reforma, porque hay una nueva jurisprudencia o porque hay un tratado internacional.

AUB: Doctor, y en ese mismo sentido ¿hay algo que distinga a nuestros egresados de los egresados de otras universidades? Ya sean públicas o privadas. Algunas características en particular que pudieran ser relevantes para nuestro país.

RCB: Nosotros hacemos juristas, podemos presumir que por aquí pasó un premio nobel como Octavio Paz o García Robles o, un premio príncipe de Asturias como Carlos Fuentes, Jorge Volpi, Ibarregui o como Monsiváis, que estudiaron Derecho pero no se dedicaron a la práctica profesional. Tenemos expresidentes, o por ejemplo, de los once ministros de la corte, ocho son egresados de esta facultad, es decir que, la gama de lo que nosotros enseñamos es muy amplia, casi en ninguna facultad se sigue dando Derecho Ro-

mano, Derecho Agrario o Historia del Derecho Mexicano, materias que abonan más a la cultura jurídica del alumno, que a prepararlos para el derecho positivo y para el mercado laboral. Nosotros creemos que una formación como esta logra tener jóvenes con una gran conciencia social, con una visión de lo que es la historia de México y muy comprometidos con los problemas nacionales.

AUB: También es cierto que como Director hay que presumir que hemos estado en los rankings internacionales al menos durante tres años consecutivos, ¿Cómo se logra eso?

RCB: Con mucho trabajo y éste, es el trabajo de toda una comunidad. Lo único que no quiero es que se vaya a pensar que porque llegué a ser director alcanzamos el ranking, la verdad es que lo que yo hice fue ponerme a estudiar qué es lo que las empresas que hacen los rankings miden, y me di cuenta que lo teníamos todo, que lo que necesitábamos era alinear, entonces empezamos a publicar la enciclopedia jurídica, que es una obra que no ha hecho ninguna universidad en Iberoamérica, donde metimos 58 libros de cada una de las materias, compilados en 17 tomos; luego volvimos a reunir al claustro de doctores donde demostramos que de nuestros 1500 profesores, 400 tienen el nivel de doctorado. Tenemos más doctores en Derecho dando clases en esta facultad, que probablemente todos los doctores que pueda tener una universidad privada en todas sus carreras; hicimos la comisión editorial y estamos publicando muchísimos libros; pusimos orden en los profesores para que no faltaran, para que fuéramos respetuosos; rejuvenecimos la planta académica, están entrando jóvenes de la maestría, casi en su mayoría mujeres, entonces, cuando uno va alineando todas estas cosas, vienen las encuestadoras y lo único que hacen es reconocer lo que es la facultad.

AUB: Doctor, tengo más preguntas en relación a su labor como Director, voy a preguntarle con respecto al nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM. Director, quisiéramos saber, ¿cuál es la relevancia de este plan de estudios, qué es lo que aporta y cuál fue la necesidad para realizar esta nueva creación?

RCB: La verdad es que es un motivo de orgullo, porque es una comunidad muy amplia, muy compleja, muy diversa, y haber puesto de acuerdo a dieciocho colegios de profesores para modificar el nuevo plan de estudios y poderlo hacer en un tiempo relativamente breve es todo una epopeya, porque si yo le hubiera hecho caso a todos los colegios, la carrera duraría diez años en lugar de cinco años. Es un cambio, un enfoque muy importante.

Voy a tratar de resumirte un punto muy importante, el que yo considero más importante, es que vamos a cambiar el perfil del egresado, mira, la relación que tenemos con todos los tribunales del país nos dice que sumando los juicios federales y locales de todas las especialidades, todos los tribunales del país están congestionados, tienen demasiados expedientes pendientes de resolver, el 40% de todos esos expedientes tiene un origen familiar y un 30% civil, el otro 30% suman penales, laborales, mercantiles, administrativos y todos los demás. Quiere decir que el 70% de todos los juicios que están ahí congestionados son entre familiares, ex socios, vecinos y ex amigos, ¿qué quiere decir? Que nuestro tejido social esta fracturado y nosotros estamos conscientes de que estamos viviendo un México aquejado, dolido por la violencia y por la inseguridad, entonces nuestra aportación para resolver estos problemas de fondo es, tratar de entender que si el tejido básico en el que nos movemos nosotros, en nuestro entorno, en nuestra casa, en nuestra familia, está fracturado, pues obviamente que la sociedad en su conjunto va a estar igual. Por ello, vamos a procurar generar abogados mediadores y conciliadores, que sepan litigar pero que entiendan que el litigio debe de ser el último de los recursos. Cuando a nosotros nos formaron, cuando a mí me formaron, me formaron para ser un litigante, para ser un guerrero, para ser un quijote, y entonces todos los asuntos los queríamos llevar a los tribunales. Hoy eso no le conviene ni a las partes, ni le conviene al Estado, ni le conviene al abogado mismo. Cambiar culturalmente esto, es algo que nos va a llevar muchos años, pero confiamos en que va a tener repercusión y que las demás

universidades lo van a tomar con interés y ojalá sigan nuestro enfoque. La otra, que ya lo habíamos comentado es que el derecho está muy cambiante, así que hay que enseñarles a los alumnos a entender lo que pasa en el ambiente internacional. En México en 2011 hubo una reforma que estableció que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales tenían el mismo rango que la constitución, eso cambió la forma de impartir justicia y de enseñar el derecho. Tenemos que enseñarles a los alumnos qué pasa en el ambiente internacional, qué dice la Constitución, qué dicen las leyes federales, qué dicen las leyes de las 32 entidades federativas, porque somos un estado federal, y qué dice el derecho indígena, porque hoy por hoy en este nuevo plan por primera vez, es obligatorio dar derecho indígena. Es todo un cosmos de derecho en donde el joven tiene que pensar cómo tiene que resolver los conflictos que se le presentan en este universo, debe poder ser asertivo, poder hacer las cosas, resolver los problemas exactamente como lo requiere la época en la que estamos viviendo y además, estudiar jurisprudencia, estudiar las resoluciones de la Corte Interamericana, ver que dijo la ONU y ver qué otros tratados firmó México. Es muy complicado quizá hoy como nunca, enseñar derecho.

También de manera transversal los jóvenes deben aprender aprendan a respetar los DDHH, a la equidad de género, respeto a las diversidades y a las diferencias, que no seamos seres discriminadores por esencia, porque somos una sociedad discriminadora, no es nada más un problema de gobierno, no es un problema de leyes, es un problema cultural, son atavismos que tenemos que cambiar y desde luego tratar de establecer que sean jóvenes con una gran cultura. Todo eso es a lo que aspira el nuevo plan de estudios, podemos decir que es el plan de estudios más moderno de Iberoamérica porque sí lo hemos estado revisando con demás universidades no solamente con las de Latinoamérica sino también con las de España y estamos conscientes de que es el más moderno, eso es lo que está en este momento ofertando la Facultad de Derecho por primera vez a partir de este mes de Agosto.

AUB: Conozco que en el plan de estudios, porque usted mismo lo ha anunciado, hay una nueva perspectiva con relación a la enseñanza del derecho, la enseñanza-aprendizaje, en particular una enseñanza basada en competencias, en ese sentido podríamos afirmar que vamos a tener un nuevo perfil del estudiante pero que también vamos a necesitar un nuevo perfil del académico.

RCB: Eso es lo que nos va a costar más trabajo, tenemos que cambiarnos nosotros los profesores de chip, ya no vamos a dar una educación basada en la memorización de lo que los grandes profesores decían, en donde el examen era lo que el profesor decía en clase y que había que aprenderse de memoria las leyes que el profesor nos decía, para enseñarnos con un sistema pedagógico-constructivista que implica investigar, informarse, interesarse, escuchen lo que yo les digo, cuestionenlo, discutámoslo, y de esa manera enseñarlos a aprender lo que hoy está vigente pero también dejarles las herramientas pedagógicas para que ellos sean capaces de irse actualizando de aquí hasta que decidan retirarse de la profesión, como te decía yo, y creo que tú estás de acuerdo, no se puede nunca dejar de estudiar Derecho, es como si fuera una vocación o un apostolado, quien se quiera dedicar a ser abogado o jurista de la facultad de derecho tiene que saber que es una carrera que se va a terminar de estudiar el día que uno muera.

AUB: Así es, permítame mencionar una cuestión más con relación al plan de estudios. Este plan de estudios sin duda impactará necesariamente creo yo, en los planes de estudios de universidades incorporadas, pero también en privadas que no están incorporadas y en el resto de la República que regularmente replica el actuar de esta universidad. Este plan de estudios implica una nueva integración por módulos, por unidades, que ya no es la misma integración que trae a veces un desequilibrio entre algunas materias y otras, ahora este nuevo plan de estudios parece que lleva un equilibrio en relación a las unidades que se ven en cada una de las materias, es decir que ya no vamos a tener materias en donde tengamos 20 unidades y otras donde tengamos 5, ¿cómo se realizó ese equilibrio?

RCB: Teníamos un gran desorden porque cada colegio diseñaba sus materias de acuerdo a sus convicciones, a sus costumbres. Hoy todas las materias tienen 10 unidades, y de esas 10 unidades una tiene que ver con convencionalidad de DDHH, y con equidad de género; si es mercantil, administrativo, civil o familiar, todo lo que les enseñamos tiene que ver el 90% de lo que es el derecho nacional y el 10% lo que es el derecho convencional. Esto permite que el contenido de las materias esté perfectamente calculado para el tiempo que dura el semestre y el número de horas que se está frente al grupo.

El lograr que los colegios hicieran uso de la capacidad de síntesis, que luego es la más difícil para tener en el pensamiento y entendieran cuales son los temas que indispensablemente son los que el profesor tiene que dar, en el entendido que por su cuenta tendrán que complementar. Nadie aprende derecho civil, por muy bueno que sea el maestro, por muy intensivo que sea el curso, en un semestre, lo que tenemos que enseñarles son las cosas esenciales, enseñarles en donde tienen que abreviar para ampliar ese conocimiento y enseñarles como tendrán que estar actualizando, hay cosas que yo les mostré cuando me decían, “no se puede”, es muy simple, revisen cómo se establece el matrimonio en los 32 códigos civiles o familiares del país, hoy en el mismo día, y tenemos desde códigos que dicen que es la unión entre un solo hombre y una sola mujer unidos en el amor y la lealtad para procrear la especie, hasta la fórmula muy simple de la Ciudad de México que es la unión de dos personas, eso pasa en este momento, entonces un joven que estudie Derecho tiene que entender que somos un país muy grande, muy diverso, somos un estado federal, y si eso sucede en 32 entidades federativas, que no sucede en el resto del mundo, eso es a lo que motivamos a los alumnos, a que aprendan a pensar en una dimensión distinta y en donde tenga que interesarse de que las cosas que pasan en la Ciudad de México, no necesariamente pasan en todo el país y desde luego que en las distintas latitudes del mundo pues tampoco.

AUB: Eso también implicó un equilibrio entre horas teóricas y prácticas, ¿esto se llegó a integrar en el plan de estudios?

RCB: Sí, este plan de estudios sale del esquema de que todo era teórico, de que todo era lo que el profesor decía, y ahora tienen que ver un gran contenido de cuestiones prácticas que los profesores tienen que estar enseñando.

AUB: Director, es muy alentador escuchar que este nuevo plan de estudios tiene cuestiones novedosas e importantes para la formación de los alumnos.

RCB: Muchas gracias.

AUB: Quiero preguntarle en relación a su labor, en estos más de tres años de su administración, podría decirnos qué ha significado para usted fungir como director de esta facultad.

RCB: Ha sido una transformación en mi vida. Abril, la verdad es que en estas circunstancias y con todas las cosas que yo he hecho profesionalmente creo que no me podrían haber encargado una tarea más importante y más motivadora para mí. Me he convertido en un educador, porque debo decirte que eso lo aprendes, a pesar de que soy un profesor de 33 años ininterrumpidos, el coordinar a los profesores, el tomar estrategias, el pensar en la responsabilidad que tienes te convierte en educador, y lo más importante de todo es que el 70% de los jóvenes que vienen a esta facultad vienen de familias de estratos muy humildes, clase media baja o clases con escasos recursos, la verdad es que cuando tú te das cuenta de que entrar a esta facultad es la gran oportunidad de su vida, y quizá pueda ser la única gran oportunidad de su vida de cambiar sus condiciones desfavorables de origen, cuando tú estás consciente de esa responsabilidad, que es cambiarle la vida a un joven y no solamente a él sino a su familia, entonces te das cuenta de que traes encima una piedra más grande que la del pípila y que lo tienes que hacer muy bien, ese es el gran reto.

AUB: Estoy totalmente de acuerdo y coincido plenamente en el reto que expresa. Director, en ese mismo sentido, ¿podría compartirnos algunos logros de su administración en este tiempo?

RCB: Bueno, lo que pasa es que eso parece que son elogios en boca propia y parecen vituperios. Uno de ellos es estar tres años consecutivos considerados como la mejor facultad del mundo de habla hispana es como para que uno en lugar de caminar, levite, y ahora el problema es mantenerlo. También podría mencionar el trabajo para que la facultad vuelva a tener una producción editorial importante que estaba suspendida, es otro gran logro; el rejuvenecimiento de la planta académica. Tenemos todavía grandes profesores, profesores como Ricardo Franco Guzmán, que fue otro de mis maestros, que lo ves llegar puntual a la clase de siete de la mañana, manejando su carro a los 90 años, subiendo las escaleras de dos en dos, y tenemos profesores que la vida les va mostrando ya la necesidad de jubilarse. Entonces cuando yo llego a la facultad me doy cuenta de que eres heredero de un gran legado, aquí están todos estos cuadros de personajes valiosísimos, reconocidos no solamente en la academia sino en la política, en el servicio exterior y que no están sentadas las bases estructurales para tener una nueva generación de grandes maestros, creo que hemos empezado a lograr que jóvenes, profesores como tú o como los jóvenes académicos de este programa de rejuvenecimiento de la planta académica, están entrando a dar clase con nivel de doctorado, están teniendo una exposición interesante con esta vida que está disfrutando la universidad con una gran internacionalización, con un intercambio brutal que no teníamos y creo que estamos construyendo la nueva generación de grandes juristas de México.

AUB: ¿Qué es lo que quedaría todavía pendiente para una segunda gestión, director?

RCB: Quien vaya a ser director de la facultad, tiene el reto de no bajar de los rankings, tiene el reto de que no se deshaga el orden de esta cultura de la legalidad donde los profesores cumplen con sus horarios y los alumnos cumplan con sus obligaciones, donde hacemos primero grandes ciudadanos antes de buenos juristas, tiene que seguir trabajando en el posgrado para obtener un postdoctorado, tiene que seguirse trabajando para que la universidad pueda dar

posgrados a distancia, tiene que afianzar el nuevo plan de estudios, porque apenas estamos en el primer semestre y eso es una carrera de tiempo; tiene que estar consiguiendo recursos para hacer las adecuaciones físicas de los espacios que vamos a necesitar para la práctica, porque nada más se dice “ya no son teóricas sino prácticas”, sí, hay que dar espacios para realizar la práctica, para que requeriremos de más salas de juicios orales, más salas que tengan elementos para podernos comunicar a distancia, para ver audiencias de tribunales, o para poder tener interlocución en la Corte Interamericana si es necesario, en fin, se requiere de un gran trabajo. Esta es una comunidad enorme, 14500 alumnos, 1500 profesores, más de 300 trabajadores y 2 sindicatos. Administrar tantos edificios requiere de un reto enorme, todos los se requiere imaginación, experiencia, talento y mucha emoción, porque la verdad es que cuando yo empecé no tenía canas.

AUB: Esta podría ser una pregunta en prospectiva, pero nos gustaría saber, ¿cómo le gustaría ser recordado director?, ¿Cuál consideraría usted que podría ser el legado de su administración?

RCB: Quiero que se me recuerde como un director que trabajaba de tiempo completo y que logró que la Facultad de Derecho volviera a ser lo que había sido y lo que nunca debió dejar de ser. Hoy por hoy, la facultad de derecho está considerada como el faro de la educación superior en materia jurídica en México, España y en Latinoamérica, no sólo como una de las más antigua, si no como una de las más sólidas y más propositivas facultades, la más moderna ahora en el plan de estudios, y es muy importante porque somos una parte integral de la universidad de la nación. La UNAM también ha hecho un avance significativo, está considerada en el lugar 103 de 1600 universidades, pero en esas 1600 universidades, competimos con universidades privadas, como Harvard, Yale, Nueva York, y Columbia, que cobran grandes cantidades de cuotas y colegiaturas y que invierten muchísimos recursos en atraer alumnos porque son instituciones privadas que viven de lo que cobran y nosotros somos una universidad pública, prácticamente gratuita, reglamentariamente

no lo somos, pero lo somos, competimos y somos reconocidos como la mejor universidad de México, un proyecto que está inmerso en la historia de la nación misma, no se puede entender la historia de México sin la UNAM. Y si le va bien a la UNAM le va bien a México, México tiene que sentirse muy orgulloso de tener a la UNAM con estas consideraciones y el ser parte estructural de esta universidad nos hace también ser responsables de la estabilidad de la UNAM.

AUB: De acuerdo y si pudiéramos visualizar a la Facultad de Derecho en un futuro, ¿qué es lo que necesita? Seguramente presupuesto, la facultad requiere de cierta inversión. ¿Cómo se vería la Facultad de Derecho en un futuro?, ¿Tiene posibilidades de crecer?

RCB: Bueno, nosotros hemos sido sensibles con la época. Este año estamos abriendo la matricula, estamos recibiendo al 10% más de alumnos que el año pasado, parece sencillo pero si teníamos una generación de 1500 alumnos el año pasado y hoy tenemos una de 1650 se dice fácil pero 150 alumnos es un reto importante.

Es un tema que nos ha faltado, nosotros no podemos esperar que nos llegue dinero del cielo, sabemos de las necesidades que tiene el país, sabemos de las necesidades que tiene la universidad, la universidad está abriendo nuevas carreras, está abriendo nuevos campus, nos hace falta saber concitar a los egresados. Muchas de las universidades que están compitiendo con nosotros en los rankings tienen mucho de su desarrollo gracias a las aportaciones que hacen sus egresados, si uno va al Estado de Washington D.C, Seattle, al noroeste de Estados Unidos, al edificio de la Facultad de Derecho, hay una plaquita a la entrada, ese edificio se hizo todo con el donativo del papá de Bill Gates, claro, nos gustaría tener muchos Bill Gates aquí, de hecho, de vez en cuando vamos con gente con recursos y nos ayuda, así conseguimos becas, apoyo, así hemos conseguido que la Suprema Corte otorgue becas a cien alumnos de cada generación, a los mejores promedios. Entonces mucho del trabajo también tendrá que ser tener imaginación y poder concitar ingresos extraordinarios de nuestros egresados y también, por qué no, poniendo a

disposición de la iniciativa privada y de otras organizaciones las asesorías, los cursos de capacitación, las cosas que hacemos para poder allegarnos con más recursos.

AUB: Es alentador escuchar algunos retos y logros de nuestra facultad. Muchísimas gracias director por lo que nos ha compartido.

Quiero ahondar ahora en torno a una perspectiva académica en particular, su trayectoria de constitucionalista consolidado, en ese sentido, quisiera conocer, ¿Cuál es su perspectiva en relación a las últimas reformas constitucionales? Ha habido muchísimas por supuesto, ¿Cuáles son las más relevantes actualmente, que pudieran incidir en el estado de derecho?

RCB: Mira, antes de referirme a una o dos, porque son tantas, debo decirte que me preocupa, y creo que es el sentir de los constitucionalistas, el uso y el abuso que se ha hecho de la Constitución. Como los partidos políticos no se ponen de acuerdo y desconfían de todos los acuerdos políticos que tienen, quieren llevarlos a la Constitución para que sean obligatorios, la Constitución siempre ha sido un instrumento aspiracional, la Constitución no solamente es una ley donde se ponen las cosas que se pretenden que lleguen a ser, por ejemplo, cuando se estableció en la Constitución del diecisiete que la educación iba a ser obligatoria, laica y gratuita, éramos un país de 17 millones, donde el 80% vivía en zonas rurales y en su mayoría era analfabeta, quiere decir que no había ni los maestros ni los planteles para poderlo hacer. Hoy estamos viviendo una reforma que se acaba de procesar, precisamente al mismo artículo tercero, en donde se está considerando la gratuidad de la educación, incluso de la superior. Quiere decir que en un siglo se veía remoto o imposible, esto se pone en la Constitución y se crean todos los elementos suficientes para poderla cambiar. Pero eso es un tema que no siempre se logra, estamos viviendo épocas en donde se piensa que con una reforma constitucional es suficiente, lo difícil es procesarla, publicarla y que la realidad social cambie y nos damos cuenta que los congresos ni siquiera legislan las leyes secundarias que ellos mismos señalan en los

transitorios, que no hay políticas públicas, no hay voluntad política y que no hay presupuestos. Eso hace que la ciudadanía sienta un gran desencanto hacia la Constitución porque dice: “bueno, aquí dice esto y la realidad social no lo cumple”, entonces esa es una preocupación. Otra preocupación es la tendencia a seguir hacia allá por eso lo señalo, ojalá y que pueda haber un poco de reflexión y un poco de respeto a la Constitución y realmente que las cosas que vayan a la Constitución sean muy bien pensadas, redactadas y meditadas.

Podemos citar algunas reformas, como la reforma política después de las elecciones de López Portillo en 1977, transformó al país; recordar que la Constitución de 1976, en la elección de 1976 no hubo más que un candidato y hoy por hoy esa reforma fue generando muchas más para poder vivir una época de alternancias; ya pasamos de gobiernos priistas a gobiernos panistas, regresamos a gobiernos priistas y ahora estamos viviendo el moreno-izquierda, esta es una reforma constitucional que hoy por hoy demuestra sus resultados. La otra muy importante es en materia de DDHH, el decir que ya no hay garantías individuales sino derechos, que todos los derechos tienen la misma jerarquía, donde ya no estamos diferenciando entre los derechos fundamentales y los derechos sociales, sino que todos son derechos, todos son obligatorios y todos tienen que ser iguales. Ha cambiado el hecho de que nosotros consideremos que los DDHH, los seres humanos, las personas, somos titulares de ellos por el solo hecho de ser humanos y no porque el Estado lo otorgó. Esto implica un cambio muy importante que nos ha modificado radicalmente la educación que tenemos que impartir. Hay muchísimas reformas, pero creo que éstas dos son las que podemos citar que nos están moviendo, porque hoy por hoy estamos viviendo un gobierno que acaba de cumplir su primer informe, producto de una elección democrática muy participativa, no objetada, en donde el sistema constitucional democrático funcionó perfectamente. No estamos viviendo un cambio de régimen revolucionario que haya tenido que cambiar por las armas, sino que estamos viviendo un gobierno pro-

ducto de una transición democrática, de una transmisión pacífica del poder acorde a la Constitución, es muy importante. Y en materia de DDHH, todos los días estamos en la lucha porque se respeten los derechos de las mujeres, porque a pesar de que estamos viendo que más mujeres estudian, las estadísticas nos dicen que más mujeres están siendo violentadas: feminicidios, violaciones. Que muchas de esas agresiones en contra de la mujer se padecen en el entorno familiar de la propia mujer. Este es un tema que al gobierno creo que le ha faltado, diferenciar cuales son problemas de seguridad pública y cuales son problemas culturales.

AUB: También quisiera comentar conforme a lo que nos ha compartido ahora. En relación a los DDHH, hemos visto un avance pero también de alguna forma, una crítica muy constante hacia estos, de esta manera se ha cuestionado si el estado es en realidad un estado de derecho o es un estado fallido, ¿qué opinión le amerita esto?

RCB: Bueno pues amerita desde luego una responsabilidad del gobierno. Los DDHH son concepciones jurídicas en contra de seres humanos con poder político, entonces quienes violan los DDHH son quienes tiene poder político. Una sociedad civilizada tiene menos violaciones de derecho humanos cuando quienes están en el servicio público, quienes están en el gobierno, entienden que están ahí por un mandato y no por decisión monárquica o porque ganaron la lotería y son diputados o senadores y, eso les da derecho a no tener responsabilidades. El primer tema es entender que el derecho constitucional y esta concepción de derechos humanos son para acotar el poder y acotar las facultades de quienes están en el servicio público del gobierno. Entonces la lucha fundamental de los DDHH es una lucha cultural, en donde las facultades de derecho de las universidades tenemos un papel trascendente, si nosotros creamos ciudadanía, nosotros vamos a hacer mucho más activo al poder que se supone constitucionalmente tiene el mando y el poder político que es el poder soberano, el pueblo. Lo que pasa es que si no hay ciudadanía, no hay cultura y si no hay educación, no se ejerce esa facultad.

AUB: Y ahora en materia de educación, ha habido un gran revuelo en torno a un tema muy particular, me refiero a la autonomía, y especialmente a la autonomía universitaria, ¿cómo se puede blindar la autonomía?

RCB: Igualmente es un cambio cultural, la autonomía es una conquista que tiene la universidad contra el gobierno. La autonomía es algo que reconoció, que nos concedió el gobierno, tenemos 90 años defendiéndola porque siempre hay tentaciones para vulnerarla, para achicarla o para quitarla. La autonomía a veces está mal definida, ¿Qué es la autonomía?, es la capacidad que tenemos las universidades, las facultades, de tornear nuestros planes y programas de estudio, que no vengan los grupos de poder, los grupos ideológicos, los grupos religiosos a querer poner una ideología, una cosmovisión en la educación, sino que dejemos positivamente, científicamente a los jóvenes que crean a lo que su conciencia les dicte. La autonomía tiene que ver con que nosotros tengamos nuestros órganos de gobierno, con que nosotros podamos hacer nuestra legislación, porque eso es lo que garantiza la libertad de cátedra, la libertad de investigación y la difusión de la cultura universal no segmentada, no dirigida y no adoctrinada. Entonces la autonomía es esta capacidad que tenemos de autogobierno exclusivamente para fines educativos. ¿Que nos conlleva la autonomía?, a manejarnos con responsabilidad, con transparencia, a informar y a demostrarle a la sociedad, que nos confía y nos da la autonomía, que estamos haciendo un uso escrupuloso y honesto de los recursos.

AUB: Muchos son los temas que nos gustaría escuchar. Si quisiéramos conocer un poco más de Raúl Contreras académico, ¿qué podríamos consultar?

RCB: Bueno, tengo página en Facebook, creo que ya estoy en Wikipedia, podrían consultar los libros que he escrito, las columnas que publico todos los sábados en el Excelsior, en la que tengo 10 años publicando, se llama Corolario en donde escribo siempre sobre temas de Derecho y, un correo electrónico de la facultad que

siempre estoy atento a tratar de contestar. Siempre estamos abiertos para quien quiera venir a conocer la Facultad de Derecho o para que los alumnos de la Facultad de Derecho se puedan acercar con toda la libertad a su director, porque la prioridad número uno que tengo como director son los alumnos, no hay nada más importante en esta facultad que los alumnos, son la razón de ser de esta universidad.

AUB: Permítame hacerle una última pregunta para no abusar de su tiempo, ¿podría darnos un consejo para los alumnos? a los alumnos que están en esta facultad que todavía tienen muchos sueños y a los que están por egresar ¿qué les podría aconsejar?

RCB: Que aprovechen la gran oportunidad de estar en esta facultad. Está viviendo esta facultad una época luminosa, que aprovechen no solamente a sus profesores, que aprovechen toda la enorme cantidad de eventos culturales que estamos atrayendo todos los días en los doce auditorios de la facultad; se están presentando libros, se están dando conferencias, se están presentando mesas de debate, que lo vivan, que no dejen de leer todos los días, leen mucho, pero leen en redes sociales, que lean lo más que puedan. Con el tiempo se darán cuenta que cada minuto o cada hora que inviertan en leer, es como si estuvieran tomando dinero y guardándolo para su aforesado, para su futuro, leer es un gran legado que estamos haciendo. Que sean felices en la facultad, que la disfruten, que vivimos una época de libertades, que vivan también la enorme cantidad de eventos deportivos y culturales que la UNAM tiene a su disposición y sobretodo, que nunca olviden que estudian en una universidad que es la mejor de México gracias a los esfuerzos de su pueblo y que se entreguen a ello, que sean jóvenes con consciencia social y con un compromiso siempre hacia México.

AUB: Ha sido un gran placer director haber escuchado todo esto que ha podido compartírnos. La verdad es que no quisiera dejar encerrado esto sino decirle que estamos aquí para volverlo a escuchar en cuanto usted tenga oportunidad.

RCB: Espero que el número de tu Revista quede sensacional.
Nos reuniremos cuantas veces quieras Abril, estaré a tus órdenes.

AUB: Muchas gracias director.

PLAN DE ESTUDIOS



PLAN DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

VÍCTOR HUGO PÉREZ HERNÁNDEZ

Los Planes y Programas de Estudios de la Licenciatura en Derecho que a partir del mes de agosto de 2019 se imparten en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, fueron aprobadas por los Consejos Académicos del Área de las Ciencias Sociales los días 20 de marzo para el Sistema Escolarizado (Presencial) y el 30 de julio del mismo año para Universidad Abierta y en la misma fecha para el Sistema de Educación a Distancia.

Por vez primera la Facultad de Derecho cuenta con tres Planes de Estudios diferenciados para cada sistema. Si bien los contenidos de las asignaturas son los mismos para las tres modalidades de enseñanza, cada una de ellas presenta particularidades en cuanto a sus antecedentes, competencias, habilidades, destrezas, valores, actitudes, horas de estudio, sugerencias didácticas y mecanismos de evaluación.

En reformas anteriores tanto el Sistema de Universidad Abierta como el Sistema de Educación a Distancia debían adaptarse al Plan y Programas aprobados para el Sistema Escolarizado (modalidad presencial), sin considerar especificidades didácticas y administrativas ad hoc para cada una de ellas.

El proceso para contar con nuevos Planes y Programas de Estudio para las tres modalidades de enseñanza, inició con el Proyecto de Trabajo 2016-2020, del Doctor Raúl Contreras Bustamante, Director de la Facultad de Derecho, el cual fue aprobado por la H. Junta de Gobierno de la UNAM, y en el cual estableció su compromiso de revisar, actualizar y en su caso modificar aquellos que fueron diseñados en 2009 y que estaban vigentes desde agosto de 2010.

Una de las principales causas de renovar los Planes y Programas de Estudio era la gran cantidad de modificaciones acaecidas en el Orden Jurídico Nacional. En efecto, el trabajo parlamentario en casi una década transcurrida, tanto del Constituyente Permanente como de las Legislaturas¹ del Congreso de la Unión, había impactado de manera trascendental en todas las líneas curriculares del Plan de Estudios por lo que poner al día sus contenidos era apremiante.

Baste señalar que entre 2009 y 2019 se llevaron a cabo más de 50 reformas constitucionales, se promulgaron alrededor de 80 leyes nuevas de índole general y federal, y hubo aproximadamente 860 reformas legislativas, sin contar otro tanto de disposiciones abrogadas.

En el mismo periodo cambió la forma de pensar, interpretar y aplicar el Derecho. Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano fueron uno de los factores determinantes para aprobar la reforma sobre Derechos Humanos de 2011 así como para iniciar la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, en razón de la necesidad de conformar nuevos criterios jurisprudenciales que fueran acorde con los cambios.

En razón de lo anterior, la Dirección de la Facultad de Derecho propuso al H. Consejo Técnico que los trabajos de renovación de los Planes y Programas de Estudio fueran conducidos por los Directores de Seminarios así como de los Presidentes de Colegios de Profesores, con el apoyo de la Secretaría Académica y la Coordinación para la Actualización y Modificación de Planes de Estudio, bajo los siguientes ejes transversales de trabajo:

- Enseñanza con enfoque de Derechos Humanos y Perspectiva de Género.
- Impulsar el aprendizaje de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.
- Fomentar una Cultura de Legalidad y de Ética Profesional
- Interpretar y aplicar las normas del orden jurídico conforme a la Constitucionalidad y la Convencionalidad.

¹ Legislaturas del Congreso de la Unión LXI, LXII, LXIII y LXIV.

- Uso de las aplicaciones más avanzadas de las tecnologías de la información y la comunicación
- Equilibrar el conocimiento teórico-práctico
- Desarrollar habilidades para la argumentación oral

Con fundamento en el artículo 41 del Reglamento General para la Presentación, Aprobación, Evaluación y Modificación de Planes de Estudio, se llevó a cabo un amplio proceso de consulta y participación de la comunidad: Se encuestaron a 1,294 alumnas y alumnos de las tres modalidades de enseñanza y se recibieron a través de distintos medios,² 600 propuestas de profesores, estudiantes y egresados que se desempeñan profesionalmente en distintos ámbitos laborales.³

El análisis comprendió el contexto social, político, económico y cultural, las necesidades del mercado laboral así como el estado actual y tendencias futuras del Derecho.

El objetivo general de los nuevos Planes y Programas fue la formación académica integral de Juristas,⁴ por lo que el diseño curricular inició con la definición de un Perfil de Egreso que cumpliera con las siguientes características:

- Profunda responsabilidad y compromiso social.
- Comprensión de los problemas jurídico-legales en los ámbitos local, regional, nacional e internacional.

² Medios escritos, electrónicos y propuestas vertidas en las diversas reuniones de trabajo académico.

³ Servidores públicos, miembros del ámbito de la procuración y administración de justicia, abogados postulantes, consultores, notarios, corredores, empresas, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil e investigadores, entre otros.

⁴ El Plan de Estudios considera Juristas a: Las y los profesionistas del Derecho que poseen un amplio conocimiento del orden jurídico nacional e internacional, tanto teórico como práctico, capaces de realizar investigaciones para la mejora continua de la ciencia jurídica y el desarrollo de la sociedad, promotores de la solución de conflictos por medios pacíficos, así como para dirimir controversias en el foro jurídico, respetuosos y defensores de los Derechos Humanos de todas las personas, luchadores incansables por la Justicia, con profundo compromiso con la comunidad y sólidas bases éticas del ejercicio profesional de la carrera en los diferentes sectores, público, privado, social, la academia y la sociedad civil.

- Sólida conciencia ética en el ejercicio de su profesión.
- Defensores los Derechos Humanos y la Igualdad de Género.
- Empatía con los problemas jurídicos que atañen a las personas en situación vulnerable.
- Solidarios y a favor de una sociedad incluyente, sin discriminación, democrática, tolerante, equitativa y libre, que anteponga la Justicia al Derecho.
- Promotores de la convivencia pacífica, el desarrollo sustentable, y la protección del medio ambiente.
- Capacidad para proponer y ejecutar soluciones lógicas y creativas de manera multi, inter y transdisciplinaria.

Desde el inicio del proceso la Rectoría de la UNAM encargó a la Coordinación de Desarrollo Educativo e Innovación Curricular proporcionar asistencia técnico-pedagógica en capacitación, evaluación diagnóstica y diseño curricular, en tanto que la Dirección General de Administración Escolar, la Coordinación de Universidad Abierta y a Distancia así como la Unidad de Apoyo a los Consejos Académicos del Área de las Ciencias Sociales prestaron orientación y auxilio en distintos aspectos propios de sus áreas.

Los titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia atendieron la invitación del Doctor Raúl Contreras Bustamante de celebrar un encuentro internacional, para intercambiar opiniones sobre los mejores modelos de educación superior en la enseñanza del Derecho y cuyas propuestas se sumaron a las líneas de acción.

De conformidad con lo establecido en la Legislación Universitaria, se llevó a cabo una Evaluación Diagnóstica cuyos resultados mostraron que el proceso de enseñanza continuaba aplicando el modelo tradicional⁵ que privilegia la cátedra magistral frente a grupo, el aprendizaje memorístico de contenidos teóricos por parte del alumnado y la evaluación oral o escrita del conocimiento.

⁵ Conductismo: Basado en el condicionamiento a estímulos positivos y negativos.

El diagnóstico referido comprobó la existencia de programas de estudio con un marcado desbalance en el número de unidades, oscilando entre 2 y 40, sin congruencia con el número de 64 horas-clase-semester, y la necesidad de homologar todas las asignaturas a un máximo de diez unidades.

El ejercicio de evaluación abordó la problemática académico-administrativa de contar con 23 Cursos Superiores de Posgrado como forma de titulación en los semestres noveno y décimo consistente en:

- Empalme de ciclos de Licenciatura y Especialidad⁶
- Duplicidad de oferta académica entre la licenciatura y el Programa Único de Especialidades impartido en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y la Facultad de Estudios Profesionales de Acatlán, de igual modo con la de Aragón ya que si bien no forma parte de dicho programa ofrece las mismas especialidades.
- 350 asignaturas optativas que agotaban el banco de horas disponible para licenciatura y posgrado.

El análisis realizado por los Colegios y Seminarios arrojó la necesidad de fusionar materias o bien eliminar contenidos repetidos en otras o que ya se abordaban en el bachillerato y escalar temas que por su relevancia y expansión requerían su conversión en nuevas asignaturas.

En relación con el requisito de titulación “Curso Permanente de Ética”, el cual se acreditaba con diez horas de asistencia algún(os) evento(os) académico(os), la evaluación multicitada hizo notar que no cumplía con los fines de inculcar principios y valores que se tradujeran positivamente en un desempeño ético profesional de la carrera.

En cuanto a las materias de Inglés (seis de cinco créditos cada una y seriadas), la Evaluación Diagnóstica se puntualizaron las inquietudes del alumnado consistentes en el hecho de que su promedio general se veía impactado negativamente si las calificaciones en dichas asignaturas era igualmente desfavorable lo que reducía sus posibili-

⁶ En contravención a lo señalado por la Ley General de Educación

dades de cumplir con el promedio mínimo requerido para realizar estudios de posgrado o para acceder a mejores ofertas de empleo.

Entre los inconvenientes relacionados con el tema de idioma, se encontraba el hecho de que el nivel de dominio no cumplía estándares internacionales y menos aún los correspondientes al Inglés Jurídico, no se alcanzaba el perfil bilingüe al egresar y tampoco existía la posibilidad de acreditar otros idiomas.

Respecto del requisito de titulación de “Cómputo”, consistente en acreditar un examen básico del procesador de palabras “Word”, la Evaluación Diagnóstica concluyó que se trataba de una habilidad adquirida en educación básica o media básica, siendo mayormente útil la enseñanza del marco jurídico del “Big Data”.

La Evaluación Diagnóstica también determinó que los “Cursos Monográficos” no cumplieran con la condición de ofrecer el estudio de temáticas de coyuntura jurídica por una sola ocasión, sino que en realidad se utilizaban para impartir asignaturas curriculares (obligatorias u optativas).

Con base en lo anterior y después de haber explorado las tendencias de la educación superior a nivel mundial, los distintos grupos de trabajo académico tuvieron consenso en que se debía impulsar la implementación de un nuevo modelo de enseñanza aprendizaje que atendiera tanto la vertiente jurídica como la pedagógica.

En este orden de ideas, el enfoque iusfilosófico propuesto fue la del Neoconstitucionalismo-Garantismo, en tanto que pedagógicamente se planteó migrar hacia un modelo de corte Constructivista y basado en Competencias.

En el Neoconstitucionalismo-Garantismo se privilegia la salvaguarda de la Dignidad Humana y de los Derechos Humanos, el Estado Democrático de Derecho y el contenido de Justicia e Igualdad de las normas jurídicas. Los fundamentos ético-morales contenidos en las prerrogativas fundamentales posibilitan que la enseñanza del Derecho vaya más allá de la aplicación literal de la norma propia del Formalismo Jurídico, en otras palabras, con este enfoque filosófico

se instalan los cimientos y el andamiaje para la formación del Jurista que reclama la sociedad mexicana y global contemporánea.

En cuanto al aspecto pedagógico del diseño curricular de los Planes de Estudios, se planteo su conformación bajo los postulados del Constructivismo⁷ con la finalidad de posibilitar un Aprendizaje Significativo, en razón de considerar los conocimientos previos de las y los alumnos para la comprensión de aquello que es novedoso, en esquemas cognitivos que le permiten analizar, comparar, reflexionar, organizar, esquematizar, cuestionar y proponer nuevos planteamientos y consideraciones.

En este modelo el alumno tiene papel de corresponsabilidad de su propio proceso de enseñanza-aprendizaje, no se limita a la escucha pasiva de la clase del profesor, sino que su pro-actividad es indispensable para potencializar su inteligencia y reconstruir el conocimiento permanentemente.

El rol del profesor en el Constructivismo es de facilitador, debe implementar actividades didácticas que motiven y estimulen las expresiones más elevadas del proceso cognitivo: la investigación, las practicas dentro y fuera de clase, el trabajo colaborativo, la elaboración de mapas mentales, diagramas y esquemas, el análisis crítico y propositivo, la participación en concursos, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el proceso de enseñanza aprendizaje, la utilización de herramientas tales como el método del caso y/o la teoría del caso, la simulación de audiencias judiciales, la proyección de demandas, contratos, estatutos, leyes, y otros instrumentos jurídicos, reales o simulados, por mencionar algunos.

El modelo educativo de los nuevos Planes de Estudio también se basa en Competencias (C), las cuales se integran de Conocimientos (c), Habilidades y Destrezas (h y d), así como por Actitudes y Valores (a y v).

⁷ Teorías de Jean Piaget, Lev Semionovich Vigotsky, David Ausubel, Jerome Bruner, Joseph D. Novak, John Dewey, Ernest Von Glaserfeld entre otros;

Lo anterior puede quedar expresado con mayor simplicidad en la siguiente fórmula:

$$C = c + h y d + a y v$$

ó

Saber + Saber Hacer + Saber Ser

El sistema tradicional de enseñanza se focaliza en el conocimiento de los temas y subtemas que integran el programa de estudios de cada materia, en tanto que en el aprendizaje basado en competencias además de los contenidos, se deben evaluar las habilidades de redacción, sin vaguedades ni ambigüedades, de textos jurídicos, las destrezas para argumentar o alegar oralmente, la actitud proactiva y de trabajo colaborativo necesarios para la realización de una gestión administrativa así como el respeto a los derechos humanos, la ética, y valores como la no discriminación que debe observar todo profesional del Derecho.

La evaluación por competencias es compleja, impone mayor responsabilidad para el docente, porque se lleva a cabo todos los días, a través de las dinámicas y actividades didácticas planificadas para cada lección.

Este es sin duda alguna, uno de los principales retos de los nuevos Planes y Programas de Estudio, por lo que la capacitación del profesorado en Planeación y Evaluación por Competencias es esencial para el éxito de este modelo de enseñanza.

Los nuevos Planes y Programas de Estudio, contienen cuatro tipos de Competencias: Generales o Genéricas, Transversales, Especiales y Jurídicas mismas que constituyen un *mínimum minimorum* que el docente debe inculcar en el alumnado y en su caso, evaluar a través de matrices diseñadas y socializadas desde el inicio de cursos.

En una competencia se integran tres tipos de Saberes: El “Saber Teórico” que son los conceptos jurídicos que se abordan en cada materia; el “Saber Práctico” mismo que se aprecia en las habilidades y destrezas para realizar y aplicar el conocimiento teórico; y el “Sa-

ber Ser” es decir las actitudes referidas al ánimo y disposición para hacer alguna cuestión jurídica y los valores que se traducen en las cualidades, virtudes y principios que los alumnos deben interiorizar para regir su trabajo como profesionistas.

Las Competencias Generales, Transversales, Especiales y Jurídicas que de modo enunciativo más no limitativo enuncia el Plan de Estudios como necesarias en la formación del Jurista son:⁸

COMPETENCIAS GENERALES⁹	
	Percepción del carácter unitario del ordenamiento jurídico, de la Seguridad, la Convivencia Pacífica y la Justicia como su prima ratio y su fin teleológico.
	Respeto, protección y promoción de los derechos humanos de todas las personas.
	Empatía por los problemas sociales, nacionales e internacionales.
	Visión inter, multi y transdisciplinaria en la solución de los problemas jurídicos.
	Ética Profesional del Jurista como eje rector de todo su ejercicio profesional.
	Capacidad para comprender, interpretar y redactar textos y escritos de naturaleza jurídica.
	Conocer y comprender las principales instituciones públicas y privadas de nuestro ordenamiento jurídico en su génesis, en su individualidad y en su conjunto.
	Capacidad para el manejo de las fuentes jurídicas con apoyo en las TIC y en las bases de datos de legislación, jurisprudencia, instrumentos internacionales, usos y costumbres de los pueblos originarios
	Empatía y Solidaridad con las causas que pugnan por el Bien Común.
	Intolerancia a cualquier forma de corrupción e impunidad.

Las competencias transversales planteadas en los Planes y Programas de Estudios y que sintetizan una aplicación profesional, práctica y más adecuada de los conocimientos son:

COMPETENCIAS TRANSVERSALES¹⁰
--

⁸ Además de las competencias descritas en las tablas, los programas de estudios de cada materia enuncian asimismo las competencias generales, transversales, especiales y jurídicas que los grupos de trabajo académico estimaron convenientes.

⁹ Las Competencias Generales o Genéricas están relacionadas con las disciplinas jurídicas y con el saber hacer (habilidades) que todo(a) jurista debe dominar para desempeñar con eficacia su profesión.

¹⁰ Las Competencias Transversales incluyen el conjunto de atribuciones, habilidades y actitudes que, en el ámbito de las Ciencias Jurídicas son más valoradas porque que se configuran como típicas en la aplicación de los conocimientos teóricos del Derecho

CT1	Capacidad de análisis y síntesis, planeación, organización y esquematización.
CT2	Razonamiento lógico, objetivo, crítico, sistémico y propositivo.
CT3	Comunicación oral, escrita, corporal, audiovisual, organizacional, no verbal, alternativa, en crisis, de forma lógica, clara y asertiva.
CT4	Capacidad de gestión de la información de manera planificada, útil y pertinente, procesada en forma estructurada, relevante y controlada, con el menor costo de transacción para el logro de objetivos jurídicos con su correspondiente evaluación.
CT5.	Aplicación de los conocimientos adquiridos a la formulación y defensa de argumentos y a la resolución de problemas, con la debida fundamentación, motivación y licitud de las probanzas.
CT6	Capacidad de aprender y aplicar la Perspectiva de Género y el Enfoque de Derechos Humanos a cualquier problemática jurídica.
CT7	Capacidad de procurar la preservación del medio ambiente y el desarrollo sustentable.
CT8	Capacidad de comprender la terminología jurídica tanto en español, como en idiomas extranjeros y en lenguas de los pueblos originarios de México.
CT9	Capacidad de buscar la verdad y proceder con veracidad.
CT10	Capacidad de enfrentar los riesgos inherentes a la profesión con serenidad, firmeza y valentía.

COMPETENCIAS ESPECÍFICAS¹¹	
CE1	Capacidad de usar el Derecho para servir a la Justicia así como de constituirse como un procurador de Justicia y un curador de la Libertad.
CE2	Capacidad para ser factor de cambio y de hacer del Derecho un instrumento útil para el progreso y el desenvolvimiento de la humanidad.
CE3	Capacidad de recoger situaciones cambiantes, atento a las nuevas necesidades, convicciones y datos morales y sociales que se despiertan en la conciencia colectiva y a las aspiraciones de los hombres y mujeres.
CE4	Capacidad para entender los conceptos teóricos fundamentales de la normativa, así como los fundamentos históricos, filosóficos y constitucionales del ordenamiento jurídico, así como de desarrollar su concepción del Derecho como instrumento laico de organización de la convivencia social.
CE5.	Capacidad de obrar con probidad y buena fe, de abstenerse de realizar gestiones puramente dilatorias que retrasen el desarrollo normal del procedimiento y hagan nugatorio la impartición expedita de Justicia.
CE6	Capacidad de elegir, aceptar o rechazar libremente los asuntos que como postulante en el Foro Jurídico le sean puestos a su consideración.
CE7	Capacidad de guardar el secreto profesional y de realizar trabajo Pro Bono en favor de personas que no cuenten con los recursos para la defensa de su vida, familia y/o patrimonio.

y que permiten una formación integral de la y el alumna(o) y serán desarrolladas a lo largo del proceso de formación del mismo

¹¹ Las Competencias Específicas, están conformadas por las competencias de las asignaturas concretas que integran el Plan de Estudios y por tanto con el saber (conocimientos), es decir, con el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos necesarios para saber hacer, ejercer o realizar las funciones propias de las profesiones relacionadas con el grado.

CE8	Capacidad de convencer con argumentos jurídicos a los juzgadores y no mediante prácticas que sean ilícitas.
CE9	Capacidad de conducirse con eficiencia y empeño, sin temor a la animadversión de las autoridades y sin subordinar su libertad y conciencia a su cliente.
CE10	Capacidad de opinar sobre los derechos que le asisten a sus representados sin asegurar resultados, procurar transacciones justas, y reconocer su responsabilidad que le resulte por su negligencia, error, dolo, procediendo a la indemnización que corresponda.

Las competencias específicas y jurídicas son aquellas que únicamente los Licenciados en Derecho pueden desarrollar.

COMPETENCIAS JURÍDICAS¹²	
CJ1	Capacidad para proyectar convenios y contratos, actas constitutivas de empresas, querellas contra autoridades por actos contrarios a derecho o notoriamente improcedentes.
CJ2	Capacidad de observar y exigir el cumplimiento de los derechos y las garantías del Debido Proceso Legal en todo asunto jurisdiccional o análogo a jurisdiccional.
CJ3	Capacidad para elaborar denuncias, demandas, ofrecer y desahogar pruebas, elaborar argumentos de apertura y clausura, formular alegatos, absolver posiciones e interrogatorios de testigos.
CJ4	Capacidad impugnar resoluciones, laudos y sentencias a través de los recursos de reconsideración, queja, apelación, revisión ante las instancias procesales conducentes.
CJ5.	Capacidad para salvaguardar los derechos humanos de todas las personas, a través del Juicio de Amparo, las Controversias Constitucionales, las Acciones de Inconstitucionalidad, las Acciones Colectivas, los Juicios de Responsabilidad Política, y los Juicios que garantizan las prerrogativas electorales así como a través de los mecanismos no jurisdiccionales de protección de las prerrogativas fundamentales.
CJ6	Capacidad de Negociar, Mediar, Conciliar, Arbitrar y hacer uso de cualquier método autoconpositivo con la finalidad de alcanzar soluciones satisfactorias para todas las partes.
CJ7	Capacidad de proyectar sentencias, criterios jurisprudenciales, conceptos de violación, considerandos, y puntos resolutivos o condenatorios en las distintas materias materia de su intervención.
CJ8	Capacidad de redactar reformas constitucionales, leyes, reglamentos, disposiciones administrativas, estatutos, e instrumentos internacionales.
CJ9	Capacidad de comparecer personalmente o por escrito o por interpósita persona, ante las instancias administrativas y jurisdiccionales con conocimiento de causa, estrategia, preparación del caso, y el derecho aplicable.
CJ10	Capacidad de aplicar la jurisprudencia nacional, interamericana o los precedentes internacionales en la solución de casos concretos.

La “Enseñanza con Perspectiva de Género y Enfoque de Derechos Humanos”, es otra de las novedades que presentan los Planes y Programas de Estudios y que corresponde a uno de los ejes rectores

¹² las Competencias Jurídicas son aquellas que caracterizan y distinguen al Jurista como único de entre las demás profesiones.

trazados por la Dirección y el Consejo Técnico de la Facultad de Derecho.

Se trata de un compromiso que mandata a la planta académica conducir sus exposiciones, dinámicas de grupo y actividades didácticas, con apego a un conjunto de premisas que promuevan la igualdad entre alumnas y alumnos, así como a prevenir y en su caso a erradicar comportamientos tanto del profesorado como del alumnado que directa o indirectamente conlleven violencia de género. Además que la enseñanza de los temas y subtemas de todas las asignaturas se realice con orientación Pro-Derechos Humanos.

Es la primera ocasión en la experiencia del diseño curricular de la UNAM en la que se plasman premisas que comunican la solidaridad intelectual y moral de la Facultad de Derecho por la causa de los Derechos Humanos y el rechazo a la violencia de género en todas sus manifestaciones.

Las directrices para una “Enseñanza con Perspectiva de Género y Enfoque de Derechos Humanos”, convenidas por los grupos de trabajo y que fueron revisados por el Centro de Investigaciones y Estudios de Género así como por el Programa Universitario de Derechos Humanos, son:

- Eliminar y rechazar comportamientos, contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre sexos, incluidos aquellos contenidos en libros de texto y materiales educativos.
- Respetar y promover las mismas condiciones en términos de acceso y tratamiento educacional entre las y los alumnos(as), favoreciendo la igualdad de oportunidades de manera permanente.
- Eliminar creencias sexistas asumidas por cualquier persona dentro de aulas, actividades académicas, asesorías y medios de comunicación.
- El personal académico evitará el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios de género y exigirá que el alumnado igualmente se conduzca bajo esta premisa.
- Enseñar el contenido temático con énfasis en el respeto, protección, promoción y garantía de la dignidad e integridad de todas las personas.

- Fomentar la cultura por la paz y la solución no violenta de los conflictos.
- Promover la participación y responsabilidad de los alumnos en la construcción de un Estado Democrático de Derechos Humanos.
- Desarrollar empatía por las causas de las personas en situación de vulnerabilidad.

En cuanto a la estructura de los nuevos Planes y Programas de Estudio se previenen 20 Campos de Conocimiento en los que se agrupan las asignaturas, mismas que se hayan clasificadas en 12 Básicas, 49 Profesionalizantes y 62 Pre-Especializantes (optativas) de las cuales el alumnado debe elegir 12 de manera libre.

El total de asignaturas que las y los alumnos(as) deben cursar para concluir sus estudios es de:

- 51 asignaturas obligatorias del 1° al 8° semestres
- 12 asignaturas optativas en el 9° y 10° semestres

La malla curricular se compone de un total de 113 asignaturas, de las cuales 51 son de carácter obligatorio y 62 del tipo optativas, sin óbice de que los alumnos puedan cursar asignaturas aisladas en otras carreras, lo que amplía el espectro para cursar de materias optativas.

El número global de créditos es de 450, de los cuales 366 corresponden a las asignaturas obligatorias y 84 a las asignaturas optativas; el *Pensum* Académico es de 4,032 horas.

1. PLANES DE ESTUDIO 2020 - MALLA CURRICULAR

La seriación es obligatoria en algunas asignaturas Básicas y Profesionalizantes, pero es indicativa en las asignaturas Pre-Especializantes (optativas), razón por la que es posible adelantar materias optativas a partir del tercer semestre para las y los alumnos que deseen concluir en 4 años su licenciatura.

Cabe destacar que por vez primera se ofrecen en la Facultad de Derecho asignaturas con programas de estudio en español y en inglés con la finalidad de que el alumnado de la Facultad de Derecho

y los estudiantes provenientes de otras Universidades (Movilidad Estudiantil¹³), elijan libremente el curso en uno u otro idioma. Las asignaturas que cuentan con programas en inglés y en español son:

- Inglés Jurídico
- Comercio Exterior
- Derecho Internacional Público
- Derecho Internacional Privado
- Litigio Estratégico en Derechos Humanos
- Derecho Corporativo.

En relación a la acreditación del idioma, los nuevos Planes y Programas de Estudio prevén la posibilidad de acreditar una Lengua Extranjera o bien alguna Lengua Originaria de México, como requisitos de titulación.

Las Lenguas Extranjeras que se prevén son Inglés, Francés, Alemán, Italiano y Chino Mandarín, mismos que pueden ser acreditados mediante Constancia de la Escuela Nacional de Lenguas, Lingüística y Traducción (ENALLT), o de los Centros de Idiomas de las Facultades de Estudios Superiores, o bien por medio de cursos similares en otras Facultades o Escuelas de la UNAM, siempre que estén avalados por la ENALLT y en los que se compruebe un nivel B2 del Marco Común Europeo de referencia para las lenguas.

Con independencia de lo anterior, los nuevos Planes prevén la posibilidad de acreditar el idioma con algún estándar internacional superior al nivel señalado en el párrafo anterior, por ejemplo aquellos que aparecen en el siguiente cuadro:

¹³ La movilidad estudiantil permite que alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM cursen asignaturas en otras Facultades de la propia institución o bien acudan a otras instituciones nacionales o internacionales. Ello también es factible con estudiantes extranjeros que deseen cursar un semestre o más en la Facultad de Derecho, en ambos supuestos previo cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación universitaria.

Idioma	Estándar Internacional (Certificación)
Inglés:	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Test of English as a Foreign Language (TOEFL)</i> • <i>International English Language Testing System (IELTS)</i> • <i>Test of English for International Communication (TOEIC)</i> • <i>Cambridge Business English Certificate (BES)</i> • <i>Law School Admission Test (LSAT)</i> • <i>International Legal English Certificate (ILEC)</i> • <i>Test Of Legal English Skills (TOLES)</i>
Francés:	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Diplôme d'études en langue française (DELF)</i> • <i>Diplôme approfondi de langue française (DALF)</i>
Alemán:	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Goethe-Zertifikat</i> • <i>TestDaf</i> • <i>Deutsche Sprachprüfung für den Hochschulzugang ausländischer Studenten (DSH)</i>
Italiano:	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Certificazione della Lingua Italiana (CELI)</i> • <i>Certificazione di Italiano come Lingua Straniera (CLIS)</i>
Chino	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Hanyu Shuiping Kaoshi (HSK)</i>.

Las Lenguas Originarias de México que asimismo pueden acreditarse como requisito de titulación son cualquiera que forme parte del Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, mismo que considera 68 Agrupaciones Lingüísticas con sus respectivas variantes y que son:

Agrupaciones Lingüísticas Originarias de México				
Akateko	Amuzgo	Awakateko	Ayapaneco	Cora
Cucapá	Cuicateco	Chatino	Chichimeco jonaz	Chinanteco
Chocholteco	Chontal de Oaxaca	Chontal de Tabasco	Chuj	Ch'ol
Guarijío	Huasteco	Huave	Huichol	Ixcateco
Ixil	Jakalteco	Kaqchikel	Kickapoo	Kiliwa
Kumiai	Ku'ahl	K'iche'	Lacandón	Mam
Matlatzinca	Maya	Mayo	Mazahua	Mazateco
Mixe	Mixteco	Náhuatl	Oluteco	Otomí
Paipai	Pame	Pápago	Pima	Popoloca
Popoloca de la Sierra	Qato'k	Q'anjob'al	Q'eqchí'	Sayulteco
Seri	Tarahumara	Tarasco	Teko	Tepehua
Tepehuano del norte	Tepehuano del sur	Texistepequeño	Tlahuica	Tlapaneco
Tojolabal	Totonaco	Triqui	Tseltal	Tsotsil
Yaqui	Zapoteco	Zoque		

La acreditación puede realizarse mediante Constancia de Escuela Nacional de Lenguas, Lingüística y Traducción respecto del Náhuatl o bien con las documentales del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) siguientes:

- Constancia de inscripción al Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas, (PANITLI) del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas
- Certificación de competencias laborales en materia de lenguas indígenas (CONOCER-INALI) en:
 - Interpretación Oral de Lengua Indígena al Español y Viceversa en el Ámbito de Procuración y Administración de Justicia.
 - Prestación de Servicios de Traducción de textos de Lengua Española a Lengua Indígena y Viceversa en el Ámbito de Procuración y Administración de Justicia.
 - Atención en su lengua materna a población hablante de lenguas indígenas en programas sociales.
 - Promoción de los programas públicos de salud en la población hablante de lengua indígena.
 - Apoyo a la incorporación y desarrollo de las figuras solidarias e institucionales en lengua indígena y español como segunda lengua.

El notorio avance que realizó la Facultad de Derecho respecto de aceptar cualquier lengua indígena nacional como requisito de titulación, se inscribe en la promoción de lo dispuesto por el artículo 2° Constitucional, Apartado “A”, Fracción VIII, párrafo primero, que literalmente señala como derechos de las personas de extracción indígena los de:

“Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

En efecto, la formación de Profesionales del Derecho que conozcan, interpreten, hablen o traduzcan alguna de las 68 lenguas origi-

narias de México, permitirá el acceso a la jurisdicción del Estado por parte de los indígenas con mayor facilidad, máxime si se considera que muchos de nuestros alumnos y alumnas pertenecen a esas comunidades, comprenden y/o dominan alguna lengua mexicana.

En cuanto a las formas de titulación se mantienen:

- Tesis y Examen Profesional, con réplica ante sínodo y la única manera a través de la cual se puede otorgar Mención Honorífica.
- Estudios de Posgrado, accediendo al título de Licenciado en Derecho una vez que hubieren concluido los estudios de Posgrado en que estuvieren inscritos.
- Totalidad de Créditos y Alto Nivel Académico, es decir 9.5 de promedio general y haber concluido en tiempo y forma la carrera sin haber reprobado alguna asignatura.
- Examen General de Conocimientos, el cual consta de 450 reactivos de opción múltiple, sobre las materias obligatorias del 1º al 8º semestre.
- Ampliación y Profundización de Conocimientos, inscribiéndose en un Diplomado de Titulación con duración de 240 horas.
- Práctica Jurídica mediante Trabajo Profesional, el cual tiene una duración de 720 horas, y se realiza en alguna institución con la que la Facultad de Derecho tenga convenio *ex profeso*.

Es importante destacar que se creó una nueva forma de titulación consistente en el desarrollo de alguna Actividad de Investigación sobre Retos Jurídicos Nacionales o Retos Jurídicos Globales (*Law and Global Challenge*).

Los ensayos, tesinas o trabajos donde consten las conclusiones y propuestas de dichas investigaciones podrán ser presentados en idioma español o en idioma inglés.

Los temas de Retos Jurídicos Nacionales se podrán seleccionar de aquellos que conformen la Agenda Pública de México y requieran abordajes inter, multi y transdisciplinarios.

Las temáticas relativas a Retos Jurídicos Globales (*Law and Global Challenge*) se podrán elegir de alguna problemática mundial que requiera soluciones jurídicas e inter, multi y transdisciplinarias y que

hubieren sido recogidas a su vez por organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales especializadas en dichas materias.

Las investigaciones que resulten de esta forma de titulación deberán reunir los requisitos necesarios para su publicación en alguna Revista Arbitrada.

En cuanto a los Cursos Superiores de Posgrado, atento a la problemática referida en la Evaluación Diagnóstica se suprimen como forma de titulación.

Un componente importante de los Planes y Programas de Estudios, es el relativo a las actividades extracurriculares de índole jurídica como las que se describen a continuación:

- Competencias Interfacultades nacionales o internacionales sobre simulación de juicios, arbitrajes o de diversos procedimientos (Moot Courts).
- Concursos de Oratoria Forense y Debate Jurídico en contextos interuniversitarios, nacionales e internacionales.
- Revistas Estudiantiles de Investigación Jurídica, impresas o digitales.
- Trabajo *Pro Bono* en alguna Organización No Gubernamental defensora de Derechos Humanos.
- Participación en Modelos de Simulación de Naciones Unidas, (MUN)

Los Planes de Estudios comentados surten sus efectos para las generaciones 2020-1 y subsecuentes, no se aplican a generaciones anteriores. No obstante si algún estudiante de planes anteriores desea beneficiarse de las ventajas del actual puede cambiarse a los nuevos de conformidad con las tablas de equivalencia contempladas para esos efectos; lo mismo acontece para alumnos y alumnas que estudien la licenciatura de Derecho en las Facultades de Estudios Superiores de Acatlán y Aragón y deseen convalidar con alguno de los Planes aprobados en 2019.

La implementación será paulatina, conforme al avance de la primera generación y subsecuentes, se abrirán los grupos requeridos. La formación de profesores en las asignaturas nuevas y la actualización en aquellas que continúan es uno de los puntos más importantes para el éxito del Plan de Estudios, en especial la capacitación en

cuanto al Modelo de Enseñanza Neoconstitucionalista-Garantista y Constructivista y aprendizaje basado en Competencias.

Los recursos humanos, administrativos y materiales con los que actualmente cuenta la Facultad de Derecho habrán de ampliarse en la medida en que inicie cada nuevo semestre del Plan de Estudios, en breve se requerirán más salas de juicios orales así como ampliar las salas actualmente destinadas para las prácticas de los Métodos Alternos de Solución Pacífica de Conflictos.

Las necesidades de mobiliario y acceso a las TIC cada día serán mayores, así como las de interconexión con acervos electrónicos bibliográficos, hemerográficos, legislativos y jurisprudenciales.

El monitoreo de cada generación, la evaluación a las asignaturas con altos índices de reprobación, el abandono escolar, los programas de superación académica, el seguimiento a egresados, la evaluación docente y muy especialmente la revisión y actualización permanente de contenidos previa autorización del Consejo Técnico será la base del éxito de los esfuerzos por ofrecer a nuestros estudiantes las mejores herramientas de la Ciencia Jurídica, lo más avanzado, lo más útil, lo que hace de nuestros egresados destacarse por su excelencia y calidad, al tiempo de refrendar a la Facultad de Derecho como la mejor institución de enseñanza del Derecho en Iberoamérica.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre díbles (v. g.: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título

Autor

Sinopsis curricular y correspondencia

Dedicatoria

Sumario

Resumen

Palabras clave

Abstract

Keywords

Cuerpo de la obra

I. Partes con números romanos

1. Secciones en números arábigos

a) Incisos

Entradas en cursivas

II. Fuentes

Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecorchetados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se men-

cionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del perió-

dico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecomillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.

- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo [si es el caso], técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201_.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos, así como de la originalidad (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

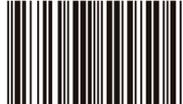
(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM,
año 4, número 7, editada por la Coordinación del Posgrado en Dere-
cho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de noviembre de 2019 en los ta-
lleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12, número 101, local 1, colonia José
López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y 5592-
2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Uscanga Barradas y consta de 300 ejemplares.



ISSN 2007-5995



9 772007 599504