

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
10 SEMESTRE I
2018

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 5, número 10, semestre I, enero-junio 2018, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle Mazamitla 3042-1, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 30 de julio de 2018 con un tiraje de 300 ejemplares.

La revista Perspectiva Jurídica UP y su contenido son propiedad de Centros Culturales de México, A.C. Se permite la reproducción total o parcial de esta obra, su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa autorización por escrito por parte de Centros Culturales de México, A.C.

Para envío de fascículos y criterios editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en perspectivaup@up.edu.mx, teléfono (33) 16-68-22-20 extensión 4310.

Para solicitar la publicación de un artículo, enviar archivo conforme a los criterios editoriales, mediante correo electrónico a perspectivaup@up.edu.mx. Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de agosto de 2018. Se resolverá sobre su aceptación el 28 de septiembre de 2018.

Los datos bibliográficos de las fuentes consultadas deberán citarse en el siguiente orden: Autor; título; edición; traductor, si lo hay; editorial; lugar de edición; año; colección, si la hay; volumen, tomo o número, si lo hay, y páginas. Las citas deberán adecuarse a lo indicado en los criterios editoriales.

Consejo Editorial

DR. JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN
DRA. MELISSA DE ALBA RITZ
DR. CARLOS PÉREZ DEL VALLE
DR. GONZALO GARCÍA VELASCO
DR. OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
DRA. SOYLA H. LEÓN TOVAR
DR. LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER
DRA. MARINA VARGAS URRUTIA

Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA
Directora de la Licenciatura en Derecho

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

RAFAEL CASTILLO PÉREZ
MARIO DE LA MADRID FERNÁNDEZ
ANA ISABEL FERADO CALLEROS
ROMINA GUARNEROS GALAZ
PALOMA MEJÍA MACEIRA
JORGE MAURICIO RIZO PÉREZ
ARANTXA MONTSERRAT ROBLES SÁNCHEZ
RODOLFO VÁZQUEZ CABELLO
ELENA MARÍA XÓCHIHUA ROJO

Mensaje del director

Estimada comunidad académica:

Nuevamente estamos de plácemes; gracias a ustedes, hemos cumplido los primeros cinco años de vida de nuestra querida publicación *Perspectiva Jurídica UP*; el cumplimiento de un lustro de una revista de divulgación de la investigación marca un hito muy especial, pues significa, en primer lugar, que ha resultado atractiva para que nuestra comunidad aporte los resultados de sus experiencias, conocimientos y propuestas en la ciencia jurídica; y luego, que esa disposición nos compromete para su continuidad.

En éste significativo número, nos aportan interesantes análisis Mario de la Madrid Andrade; Adolfo Lucas Esteve; Antonio Flores Saldaña; Guillermo Gatt Corona, coordinando a Maite Cadena Uruñuela, Luis Eduardo De la Torre Limón, Sofía Sarasvati Rojas Medina, Paloma Ruvalcaba Valencia y Mariel Skeen Sánchez; Jorge Eduardo Medina Villanueva; Gustavo Morante Aguirre; Diego Robles Farías; Estanislao Solórzano Barón; Mayra Torralba; Jorge Alejandro Torres González; Blanca Berenice Velázquez Guerrero; Roxana Paola Miranda Torres; y María Guadalupe Morfín Otero con Pedro Pallares Yabur. Qué extraordinario cuadro de talentos para esta ocasión especial.

A todos, comunidad, muchas, muchas gracias.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

Con mucho orgullo presentamos este número 10 de la revista *Perspectiva Jurídica UP*, que celebra su QUINTO ANIVERSARIO. Un proyecto editorial que ha rendido sus frutos como instrumento para la divulgación de las investigaciones de profesores y alumnos de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara y de la comunidad jurídica en general.

Hace cinco años, cuando se fundó la revista, se estableció que no sería territorio reservado a los académicos sino que estaría abierta a publicaciones de calidad de los alumnos con la finalidad de que sirviera como complemento a su formación y al mismo tiempo como modelo para capacitarlos en la investigación, en la redacción y en la edición académica.

Ambos propósitos se han cumplido con creces. Se han publicado excelentes artículos de académicos nacionales y extranjeros, pero también de alumnos que, dirigidos y acompañados por sus profesores, han visto materializados sus esfuerzos editoriales.

Por otro lado, la revista ha servido para preparar a los alumnos en los procesos de investigación, edición y conformación de una revista académica, pues un grupo de estudiantes de los últimos semestres de la carrera se eligen como *comité editorial*, órgano que auxilia en los procesos de coordinación, edición e impresión de cada uno de los ejemplares de la revista.

Los artículos que publicamos en este ejemplar de aniversario son una prueba de lo anterior. Destaca el ensayo coordinado por el Dr. Guillermo Gatt Corona junto con sus alumnos Maite Cadena Uruñuela, Luis Eduardo de la Torre Limón, Sofía Sarasvati Rojas Medina, Paloma Ruvalcaba Valencia y Mariel Skeen Sánchez, que realizan una crítica al federalismo mexicano con motivo de la promulgación del nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles. Dos académicos extranjeros colaboran en la revista: el español Adolfo Lucas Esteve con el artículo *Visión Crítica del Poseedor Frente al Propietario* y la brasileña Mayra Torralba con el artículo *Brazil and Mexico Cooperation and Facilitation Investment Agreement. An analysis of the structure of the agreement*.

Antonio Flores Saldaña participa con el artículo intitulado *La Constitución Mexicana de 1917 a Examen, Entre Interpretación, Reforma y Nueva Constitución*. Estanislao Solórzano Barón, escribe sobre *La Seguridad Social Universal en México ¿Un Compromiso*

Incumplido? Mientras que Jorge Alejandro Torres González señala la urgencia de una ley que regule el ejercicio de la profesión de los abogados y de la colegiación necesaria, en su ensayo *Abogados sin Ley*. Gustavo Morante Aguirre presenta un interesante artículo acerca de los daños punitivos tomando como punto de partida la conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en relación con el Caso *Mayan Palace* en su artículo *Viabilidad de Reclamar Daños Punitivos en México*. Jorge Eduardo Medina Villanueva explora la responsabilidad civil en su colaboración: *Responsabilidad Civil de los Fedatarios Públicos. Puntos para reflexionar*. Diego Robles Farías publica su artículo *Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional*, y finalmente Blanca Berenice Velázquez Guerrero, escribe sobre *La Centralidad de Impulso en la Regulación Urbana de Guadalajara*.

En la sección de *Vida Universitaria* destaca el homenaje realizado a Don Efraín González Luna Morfín en la que fuera su casa habitación hoy denominada Casa ITESO-Clavigero, y en la que participaron Pedro Payares Yabur y María Guadalupe Morfín Otero. Los dos hacen una sentida semblanza del maestro de muchas generaciones de la Universidad Panamericana y de otras universidades. Por último, la maestra Roxana Miranda Torres, reseña el Diplomado en Sistemas Anticorrupción que tuvo lugar en el campus de la Universidad Panamericana.

Como puede apreciarse, el ejemplar que presentamos llena sobradamente los propósitos buscados con la creación de la revista cuyo quinto aniversario hoy celebramos.

Zapopan, Jalisco, Junio de 2018
Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

El Contrato a Favor de Tercero
por **MARIO DE LA MADRID ANDRADE** p. 13

La Constitución Mexicana de 1917 a Examen: Entre Interpretación, Reforma y Nueva Constitución
por **ANTONIO FLORES SALDAÑA** p. 29

El Federalismo Mexicano: Crónica de una Muerte Anunciada
por **GUILLERMO A. GATT CORONA (COORDINADOR)**
MAITE CADENA URUÑUELA
LUIS EDUARDO DE LA TORRE LIMÓN
SOFÍA SARASVASTI ROJAS MEDINA
PALOMA RUVALCABA VALENCIA
MARIEL SKEEN SÁNCHEZ p. 69

Visión Crítica de la Protección frente al Propietario
por **ADOLFO LUCAS ESTEVE** p. 103

Responsabilidad Civil de los Fedatarios Públicos. Puntos para Reflexionar
por **JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA**..... p. 115

Viabilidad de Reclamar Daños Punitivos en México
por **GUSTAVO MORANTE AGUIRRE** p. 131

Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional
por **DIEGO ROBLES FARÍAS** p. 143

La Seguridad Social Universal en México, ¿Un Compromiso Incumplido?
por **ESTANISLAO SOLÓRZANO BARÓN** p. 171

Brazil and Mexico Cooperation and Facilitation Investment Agreement. An Analysis of the Structure of the Agreement
por MAYRA TORRALBA p. 193

Abogados sin Ley, la Abogacía y el Derecho Fundamental a la Defensa
por JORGE A. TORRES GONZÁLEZ p. 215

Las Centralidades de Impulso en la Regulación Urbana de Guadalajara
por BLANCA BERENICE VELÁZQUEZ GUERRERO p. 223

Vida Universitaria

Reseña del Diplomado en Sistemas Anticorrupción
por ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES p. 235

Homenaje a Efraín González Luna Morfín a cinco años de su muerte. Casa ITESO Clavigero
por PEDRO PALLARES YABUR
MARÍA GUADALUPE MORFÍN OTERO p. 241

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
10 SEMESTRE I
2018

El Contrato a Favor de Tercero

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares. Concepto.* II. *Las partes en el contrato a favor de tercero.* III. *El objeto del contrato a favor de tercero.* IV. *La finalidad económica del contrato a favor de tercero.* V. *La adquisición del derecho por el tercero.* VI. *La aceptación de la estipulación por el tercero.* VII. *Las relaciones que se producen en el contrato a favor de tercero.* VIII. *La diferencia con el subcontrato.*

Resumen. El contrato a favor de tercero pertenece a los contratos regulados en México a través de la figura de la Estipulación a favor de tercero que a su vez forma parte de la Declaración unilateral de la voluntad. Se trata de una categoría de contratos en los que se establece una prestación o beneficio (bien o servicio) a favor de un tercero (beneficiario), que debe estar identificado con suficiente certeza, pero no es requisito que exista al momento de la celebración del contrato, debido a que puede ser designado posteriormente. Es una figura que puede incluirse en una diversidad de contratos, como la compraventa o el arrendamiento, entre otros. A su vez, ha sido objeto de regulación internacional en diversos instrumentos como en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, entre otros.

Su finalidad económica se plasma en un mecanismo que obtiene dos resultados: el cumplimiento de una obligación por parte del promitente frente al estipulante que ejecuta la prestación a favor del tercero, y que el estipulante vea satisfecho su interés respecto del propio beneficiario a través del promitente. Asimismo, el contrato a favor de tercero se asemeja estrechamente al subcontrato, pero existen características fundamentales que permiten diferenciarlos.

Palabras clave: Estipulación en favor de tercero, estipulación, subcontrato.

Abstract. *The contract in favor of a third party belongs to the class of contracts regulated in Mexico by the figure of Stipulation in*

¹ Profesor investigador de Derecho en las Universidades de Colima y Universidad Panamericana.

favor of a third party, which at the same time is part of the unilateral declaration of will. This is a category of contracts in which a benefit (good or service) is established in favor of a third party (beneficiary), which must be identified with sufficient certainty, but which does not need not exist at the time of the conclusion of the contract, since it may be designated further on. This agreement is a figure that can be included in a variety of contracts, such as purchase and sale, lease, among others. At the same time, it has been subject to international regulation in many instruments as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, among others.

The economic purpose of the contract is embodied in a mechanism that obtains two results: the fulfilment of an obligation by the promisor towards the stipulator by performing the service in favor of the third party, and the stipulator's interest towards the promisee himself through the promisor. Likewise, the contract in favor of a third party is closely similar to a subcontract, but there are certain characteristics between the two which make it possible to differentiate them.

Keywords: *Stipulation in favor of a third party, stipulation, subcontract.*

I] Consideraciones preliminares. Concepto

El contrato a favor de tercero es aquél en el que una de las partes, denominada *promitente*, se obliga con la otra parte, llamada *estipulante*, a satisfacer determinada prestación en provecho de un tercero, que se conoce como *beneficiario*, que no concurre a la celebración del contrato.

Esta clase de contratos está regulada en México a través de la figura de la *estipulación a favor de tercero*, a la que se le otorga la connotación de una *declaración unilateral de voluntad* que se incluye en un contrato.² Al respecto, el artículo 1868 del Código Civil Federal (enseguida CCF) establece que en *los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero*.

² La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció el carácter de una declaración unilateral de voluntad a la estipulación a favor de tercero, en el amparo directo 3720(42 que resolvió el 5 de diciembre de 1946, del que derivó la tesis: ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO, NATURALEZA DE LA. Época: Quinta Época. Registro: 347583. Instancia: Tercera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XC. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 2486.

En realidad, no se trata de un tipo contractual específico, sino más bien, de una categoría de contratos en los cuales se establece una prestación o un beneficio en favor de un tercero, que se caracteriza por ser el referente de un sistema de relaciones obligatorias en el que una de las partes en el contrato (estipulante) y el tercero (beneficiario) son acreedores de una prestación que se pacta por el primero y que puede ser recibida por el segundo.

En este sentido, la *estipulación en favor de tercero* puede incluirse en una diversidad de contratos, por ejemplo: una *compraventa* en la que se establece que el precio se pague a un tercero; un *arrendamiento* en el que se conviene que la renta se entregue a una persona distinta del arrendador; un *mutuo* en el que se pacta que el dinero mutuado se devuelva al tercero beneficiario o una *donación onerosa o modal* en la que se obliga al donatario a cumplir una cierta prestación en favor de un tercero. De hecho, ciertos contratos están estructurados precisamente para satisfacer un interés específico en beneficio de un tercero, como ocurre en el *seguro de vida*, en el *transporte de mercancías* y en el *fideicomiso*.

En el ámbito internacional, la *estipulación a favor de tercero* ha sido objeto de regulación en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (artículo 5.2.1 y siguientes), en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 6:110), en el Código Europeo de Contratos (artículo 72 y siguientes) y en el Marco Común de Referencia sobre Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo (artículo 9:301 y siguientes).

En el presente estudio haremos un análisis de la referida figura jurídica desde la perspectiva del Derecho mexicano, comparándola, en particular, con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Los señalados principios establecen que las *partes (el promitente y el estipulante) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el beneficiario)* y que *la existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo* (artículo 5.2.1).

II] Las partes en el contrato a favor de tercero

El *contrato a favor de tercero* crea una relación jurídica compleja en la que participan tres personas: (i) el *promitente*, que es el deudor de la prestación; (ii) el *estipulante* o *promisario*, que es quien pacta con el promitente que cumpla la prestación al tercero;

y, por último, (iii) el *beneficiario*, que es el tercero que adquiere el derecho a la prestación.

El contrato en el que se establece el derecho para el tercero se concreta entre el *promitente* y el *estipulante* o *promisario*, quienes son las partes contratantes. El *beneficiario* ha de tener el carácter de tercero respecto de ese contrato.

Ahora bien. El beneficiario puede estar determinado desde la celebración del contrato, o bien, quedar sujeto a determinación posterior en atención a las circunstancias que al efecto se establezcan. Al respecto, el artículo 5.2.2 de los Principios UNIDROIT prevé que el *beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato*.³

En efecto. Es posible que el estipulante se reserve el derecho de designar a su arbitrio al tercero e, incluso, que dicha designación la realice alguna otra persona (excepto el promitente)⁴, para lo cual podría establecerse un determinado plazo.

No obstante, la reserva de nombrar al beneficiario no debe confundirse con el *contrato por persona a nombrar*. Como bien lo señala Pérez Conesa, en éste el tercero designado tendrá el carácter de parte en el contrato,⁵ por lo cual el *tercero* sustituirá al *estipulante* en la relación contractual, una vez hecha la designación. En este sentido, la referida relación contractual se *entiende establecida, en definitiva, entre el promitente y el tercero, a partir de la designación o nombramiento del tercero, pero con efectos ex tunc, esto es, desde entonces: a partir de la celebración del contrato*.⁶

Asimismo, el contrato a favor de tercero puede referirse a una persona que no existe al momento de celebrarse el contrato, porque no ha nacido o porque no ha sido concebida. Pérez Conesa señala que la *posibilidad de que una persona inexistente pueda*

³ El primer párrafo del artículo 6:110 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos señala que *no será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la conclusión del acuerdo*. El artículo 72, segundo párrafo del Código Europeo de Contratos establece: *El tercero puede no estar identificado incluso, o no existir en el momento de la conclusión del contrato*.

⁴ Díez Picazo sostiene que nada obsta para que la designación sea dejada al arbitrio del promitente, siempre que *la prestación deba realizarse forzosamente y que existan criterios de determinabilidad del círculo posible de los beneficiarios* (Cfr. Díez Picazo Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I. Introducción. Teoría del Contrato, Civitas, quinta edición, Madrid 1996, p. 434).

⁵ Cfr. PÉREZ CONESA, Carmen, *El Contrato a Favor de Tercero*, Comares, Granada 1998, p. 142

⁶ DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *Contratos Civiles*, Oxford, México 2016, p. 9

*considerarse como beneficiario sólo se plantearía en el caso de que en la relación de valuta la causa fuera donandi, porque de ser de naturaleza onerosa, el tercero tendría existencia real desde el primer momento, aunque no se diera a conocer al promitente hasta un momento ulterior.*⁷ Incluso, podría tratarse de una persona jurídica que aún no ha sido constituida, pero que está en vías de formación.⁸ En estos casos, el tercero no adquiere derecho alguno, sino hasta el momento en que adquiera personalidad jurídica.⁹

Sobre el particular, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha sostenido que *es factible la estipulación en provecho de personas indeterminadas, siempre y cuando puedan determinarse de alguna manera en el momento en que el crédito a favor del beneficiario quiera hacerse efectivo, para lo cual, en el contrato habrán de especificarse las bases que permitan individualizarla. En este sentido, según el referido tribunal, no es posible que se trate de personas indeterminables, que son aquellas que se señalan sin mayor precisión, como cuando la estipulación se establece a favor de un pobre o un municipio, puesto que en este caso la abstracción le quita significación posible y, además, porque la determinación de los beneficiarios no puede depender de una elección que deba hacer por sí mismo el promitente.*¹⁰

Pues bien. En el caso de que el beneficiario no lograra determinarse por cualquier circunstancia, el promitente habrá de cumplir la prestación al estipulante, en razón de que es éste el acreedor original de la misma.¹¹

III] El objeto del contrato a favor de tercero

El contrato a favor de tercero no es un tipo contractual específico, según quedó establecido. Prácticamente cualquier contrato de la clase que sea (contrato de base), en el que se establezca una prestación o, incluso, un beneficio en favor de un tercero (estipulación a favor de tercero), será calificado como tal.

⁷ PÉREZ CONESA, op. cit., p. 143

⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit. p. 434. En el mismo sentido PÉREZ CONESA, op. cit., p. 143

⁹ Cfr. PÉREZ CONESA, op. cit., p. 144

¹⁰ CONTRATO CON ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO. ES FACTIBLE QUE EL BENEFICIARIO SEA UNA PERSONA INDETERMINADA, PERO DETERMINABLE. Época: Novena Época. Registro: 165591. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI. Enero de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: I.4o.C.205 C. Página: 2039.

¹¹ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 434. En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, op. cit., p.143

En este sentido, el objeto del contrato a favor de tercero será cualquier bien o servicio que sea materia de la prestación o del beneficio que deba corresponder al tercero por virtud de la estipulación pactada a su favor. Incluso, podría comprender el derecho de *invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario*, como lo prevén los Principios UNIDROIT (artículo 5.2.3).

Asimismo, también es posible que la estipulación tenga por objeto la transmisión o la constitución de un derecho real, por ejemplo, la constitución de un usufructo o de una servidumbre en favor de tercero.¹² El Código Europeo de Contratos (artículo 74, segundo párrafo), reconoce que la estipulación podría producir efectos reales cuando se establece *para transferir al tercero la propiedad de una cosa o para constituir o transferir a su favor un derecho real sobre ella*.

IV] La finalidad económica del contrato a favor de tercero

Ahora bien. La estipulación obedece a un *interés concreto* del estipulante, el cual puede residir en una *causa onerosa* (cumplir una obligación al tercero, efectuar una dación a su favor o concederle un crédito), o bien, una *causa gratuita* (realizar a su favor una liberalidad).

El contrato a favor de tercero representa un mecanismo que permite obtener dos resultados con la celebración de un solo contrato: por una parte, el promitente cumple la obligación que tiene frente al estipulante derivada del contrato de base, al ejecutar la prestación a favor del beneficiario; y, a la vez, el estipulante satisface su interés respecto del propio beneficiario, por conducto del promitente.

En este sentido, *el contrato opera sobre dos planos: uno entre el estipulante y el promitente, que explica todos los efectos propios del tipo al cual el contrato pertenece, y otro entre el estipulante y el tercero, constituyendo entre ellos una relación jurídica o extinguiéndola si ya existía*.¹³

De ahí que: *la función práctica del contrato a favor de tercero consiste en realizar un doble efecto patrimonial empleando un medio único, puesto que para el estipulante, el contrato implica una operación a través de la cual pretende obtener la finalidad propia del contrato de que se trate, donde se distingue su interés en la*

¹² Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., pp. 434-435

¹³ PÉREZ CONESA, op. cit., p. 154

*relación interna, y la que se propone alcanzar con respecto al tercero mediante el compromiso del promitente, donde se halla el interés en que el derecho se atribuya al tercero.*¹⁴

Como lo apunta López Vilas, esta clase de estipulaciones comportan una excepción al principio de relatividad del contrato.¹⁵

V] La adquisición del derecho por el tercero

El artículo 1869 del CCF dispone que *la estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado*. En este sentido, el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, a menos de que los contratantes lo hayan sujetado a término, condición o modo (1870 del CCF). No obstante, la estipulación puede ser revocada por el estipulante mientras el tercero no la haya aceptado (1871 del CCF).

Como puede advertirse, en el Derecho mexicano, la aceptación de la estipulación no es requisito para el surgimiento del derecho a favor del tercero beneficiario, sino sólo para excluir la posibilidad de revocarla.

El artículo 73, tercer párrafo, del Código Europeo de Contratos, dispone que *salvo pacto en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho, respecto del promitente, por efecto de la conclusión del contrato dicho, sin que su aceptación sea necesaria*.

En otros sistemas jurídicos, como el español, se discute si la aceptación es un presupuesto de la adquisición del derecho estipulado a favor del tercero, o bien, si sólo es un límite a la facultad revocatoria de las partes. Al respecto, el artículo 1275, última parte, del Código Civil señala que, *si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*. Al respecto, se ha entendido que *el tercero es titular del derecho, pero que lo es en potencia desde el mismo momento de la celebración del contrato y de manera definitiva cuando queda cumplida la condición suspensiva de la aceptación*.¹⁶

¹⁴ Ib. pp. 156-157

¹⁵ LÓPEZ VILAS, Ramón, *El Subcontrato*, Tecnos, Madrid 1973, p. 286

¹⁶ Sentencia de 9 de diciembre de 1940 del Tribunal Supremo español (DÍEZ PICAZO, op. cit. p. 436).

Díez Picazo sostiene que la referida disposición legal no hace depender la adquisición del derecho a la aceptación, sino que sólo refiere que, para que el tercero pueda exigir el cumplimiento (o sea, ejercer su acción), debe hacer saber su aceptación al obligado antes de que fuera revocada.¹⁷

Por su parte, López Vilas afirma que la aceptación de la estipulación resulta decisiva en el Derecho español, en razón de que *mientras aquella no tenga lugar no se produce la adquisición del derecho por parte del tercero*.¹⁸

VI] La aceptación de la estipulación por el tercero

Pues bien. La aceptación es, a la vez, una *declaración unilateral de voluntad*¹⁹ que puede manifestarse de manera expresa o *tácita*. Esta última se daría, por ejemplo, cuando se incluye el crédito en la contabilidad de la sociedad beneficiaria y se pretende su cobro al reconvenir.²⁰

Como bien lo apunta Díez Picazo, la aceptación no produce el efecto de integrar al tercero al contrato, puesto que, entender lo contrario otorgaría a éste el carácter de parte contractual y, por consiguiente, se estaría ante un contrato plurilateral formado por tres partes.²¹

La aceptación es, asimismo, una *declaración recepticia*, esto es, debe dirigirse a una persona determinada. Al respecto, es preciso analizar si dicha declaración debe notificarse al promitente, al estipulante o a ambos. Díez Picazo es de la idea de que el destinatario de la aceptación es el promitente; sin embargo, al operar la aceptación como límite de la revocación, también debe ser notificada al estipulante.²² En el mismo sentido se pronuncia Stiglitz, quien se inclina por que la aceptación se comunique al promitente y al estipulante.²³ No obstante, hay quien estima que la aceptación

¹⁷ DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 437

¹⁸ En el Derecho alemán *dicha aceptación resulta irrelevante (salvo la posibilidad de renunciar) y el derecho el tercero surge como consecuencia inmediata del pacto entre promitente y estipulante* (LÓPEZ VILAS, op. cit., pp. 288-289).

¹⁹ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 438

²⁰ Cfr. STIGLITZ, Rubén S., *Contratos. Teoría General*, tomo II, Depalma, Buenos Aires 1993, p. 297

²¹ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 438

²² Ídem.

²³ Cfr. STIGLITZ, op. cit., p. 297

puede comunicarse de manera alternativa al promitente o al estipulante (J. Delgado).²⁴

El artículo 6:110 (3)(b) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos prevé la posibilidad de que el tercero comunique la aceptación de su derecho al promitente o el estipulante, lo cual impedirá que el estipulante lo revoque.

Por nuestra parte, consideramos que es suficiente que la aceptación se dirija al estipulante, por ser éste quien tiene el derecho de revocar la estipulación antes de que ésta se produzca. Y es que el promitente ha sido autorizado o facultado, por virtud de la estipulación, para cumplir la prestación al tercero. Además, la aceptación previa no es un requisito indispensable para que el promitente satisfaga la prestación una vez que ésta sea exigible. El hecho de que la prestación se realice al tercero comporta, sin discusión, aceptación de la misma por parte de éste. En otros términos, la aceptación puede producirse en el momento mismo en que la prestación se cumpla. Por último, es posible establecer un plazo para que la aceptación se produzca, de lo contrario, el derecho del tercero caducará.²⁵

VII] Las relaciones que se producen en el contrato a favor de tercero

En el contrato a favor de tercero se producen tres distintas relaciones jurídicas: (i) la relación entre el estipulante y el promitente (*relación de cobertura o de base*), (ii) la relación entre el estipulante y el tercero beneficiario (*relación de valuta o de valor*) y (iii) la relación entre promitente y beneficiario (*relación definitiva o final*).²⁶

1. La relación entre estipulante y promitente (*relación de cobertura*)

La relación entre estipulante y promitente deriva del contrato que éstos celebran, en el que establece la estipulación a favor del tercero, el cual produce los efectos jurídicos propios del tipo contractual al que dicho negocio jurídico pertenece. Se le denomina como *relación de cobertura o de base* por ser, precisamente, la que sirve de sustento a la obligación que asume el promitente frente al tercero, por virtud de la referida estipulación.

²⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. Cit., p. 438

²⁵ En opinión de Díez Picazo, nada obsta para que la existencia de un plazo razonable pueda deducirse de las circunstancias y de *la estructura y sentido del negocio* (op. cit., p. 438).

²⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., 438

Como quedó precisado, este contrato puede ser de la más variada gama: puede tratarse de un contrato bilateral (como la compraventa, el arrendamiento o el mutuo) o unilateral (como la donación),²⁷ aunque con la particularidad de que la prestación del promitente debe realizarse a un tercero.

Pues bien. Son dos aspectos los que conviene analizar en el contexto de la relación de cobertura: (i) el derecho del estipulante para exigir del promitente el cumplimiento, (ii) la revocación de la estipulación.

La estipulación *confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento* de la prestación a que se ha obligado (1869 del CCF). Como lo ha puesto en evidencia Pérez Conesa, en atención a la relación que vincula al promitente con el estipulante, a éste sólo le correspondería acción para exigir de aquél un comportamiento, esto es, un hacer consistente, precisamente, en la realización de su compromiso contractual.²⁸

Por consiguiente, el estipulante podría reclamar del promitente los daños y perjuicios que le causara por incumplimiento o por el cumplimiento tardío de la prestación al tercero.²⁹ Incluso, resulta factible establecer en el contrato una *pena convencional* a favor del estipulante para tal supuesto.

Por otra parte, el estipulante puede revocar la estipulación a favor de tercero *mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla*, esto es, mientras no la haya aceptado, supuesto en el cual el derecho del tercero se considera como *no nacido* (1871 del CCF). En este supuesto, el derecho a la prestación le corresponderá al propio estipulante.

De conformidad con los Principios UNIDROIT, *las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos* (artículo 5.2.5).

Y es que el estipulante puede simplemente revocar la estipulación a favor de tercero y, de esa manera, el promitente tendría que cumplir la prestación a favor del propio estipulante (que dejaría de tener ese carácter, por virtud de la revocación),³⁰ o bien, modificar la estipulación, por ejemplo, para que sólo se satisfaga la prestación de manera parcial al tercero (reducción de la prestación)

²⁷ Cfr. STIGLITZ, p. 302

²⁸ Cfr. PÉREZ CONESA, op. cit., pp. 148-149

²⁹ Cfr. STIGLITZ, op. cit. p. 302

³⁰ Salvo que otra cosa resultara de la interpretación del contrato o del acto de revocación (Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J., *Teoría General de los Contratos*, tomo I, parte general, Zavallía, Buenos Aires 1984, op. cit. p. 362)

o para designar a otra persona distinta como beneficiario de la referida estipulación (reorientación de la prestación).³¹

La revocación debe ser comunicada al promitente y al beneficiario, en particular, cuando se le hubiere dado a conocer la existencia de la estipulación.³² Es preciso señalar que la estipulación tendría el carácter de irrevocable cuando así se haya establecido en el contrato de manera expresa, o bien, cuando el estipulante haya renunciado al derecho de revocar la estipulación.³³ La irrevocabilidad del derecho establecido a favor de tercero está expresamente contemplada en el artículo 6:110 (3)(a) de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, según el cual, el estipulante no podrá revocar la estipulación, cuando el *tercero hubiera recibido una notificación del estipulante en la que le comunicara la irrevocabilidad de su derecho*. En caso de fallecimiento del estipulante, la facultad de revocar la estipulación se trasmite a los herederos.³⁴

Por otro lado, las partes pueden poner fin al contrato de común acuerdo o resolver la relación obligatoria si esta es sinalagmática, antes de que el tercero acepte la estipulación.³⁵ Este aspecto está previsto en el artículo 72, cuarto párrafo, del Código Europeo de Contratos, según el cual, *las partes, de mutuo acuerdo, pueden modificar o dejar sin efecto el contrato, en tanto que el tercero beneficiario no haya declarado a las mismas que quiere ejercitar el derecho que le ha sido conferido*. Después de la aceptación del tercero, la posibilidad de extinguir el contrato por voluntad de las partes (mutuo disenso, novación) queda excluida, a menos de que el tercero la consienta.³⁶

Por último, el promitente puede reclamar al estipulante la resolución por incumplimiento del contrato. De igual manera, el estipulante está legitimado para ejercer la acción resolutoria contra el promitente por insatisfacción de la prestación al tercero y reclamarle los daños y perjuicios que le hubiere causado.

En todo caso, la acción resolutoria (y la acción de nulidad) que promueva el promitente contra el estipulante, habrán de enderezarse también contra el beneficiario, porque éste adquiere el derecho a la prestación desde la celebración del contrato, sin necesidad de aceptarla y, por consiguiente, habría litisconsorcio

³¹ Esta última posibilidad es reconocida por López de Zavalía (op. cit., p. 363).

³² Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., 441

³³ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 363

³⁴ Cfr. STIGLITZ, op. cit., p. 301

³⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., 439

³⁶ Ídem.

pasivo necesario. Debe recordarse que la ineficacia de lo principal causa, a la vez, la ineficacia de lo accesorio.³⁷

2. La relación entre estipulante y beneficiario (relación de valuta)

La relación entre el estipulante y el beneficiario se conoce como *relación de valuta* o de *valor* y es la que explica por qué razón el estipulante concede al beneficiario el derecho a la prestación que le corresponde de origen. Esa relación permite conocer cuál es el *interés del estipulante* en establecer el derecho en beneficio del tercero, esto es, la *finalidad económica* de la misma.

En este sentido, la estipulación podría tener como finalidad (i) realizar al tercero una liberalidad (*causa donandi*), (ii) cumplir una obligación que el estipulante tiene con el tercero (*causa solvendi*), (iii) efectuar en su beneficio una dación (*causa adquirendi*) o (iv) concederle un crédito (*causa credendi*).

Como lo ha puesto de relieve Díez Picazo, la relación de valuta es irrelevante para el promitente; sin embargo, *determina las consecuencias que el contrato producirá entre el estipulante y el beneficiario*.³⁸

En efecto. Tratándose de una estipulación *causa donandi*, habría que aplicar a ésta el régimen jurídico de las donaciones. En este caso existe una *donación indirecta*; por consiguiente, está sujeta a la aceptación expresa del tercero como donatario (2340 del CCF) y, una vez ejecutada la prestación por el promitente, podría revocarse por sobrevenir hijos al donante y por ingratitud del donatario.³⁹

La estipulación como *causa solvendi* produce los efectos del cumplimiento, razón por la cual se tendrá por satisfecha la deuda que el estipulante tenga con el tercero beneficiario, mediante el *pago por tercero* (2065, 2066, 2067, 2068 y 2072 del CCF). Lo mismo debe decirse respecto de la estipulación *causa adquirendi*, en la cual la dación se tendrá como sustituto del cumplimiento.

Por último, la estipulación *causa credendi* comporta, como se señaló, el otorgamiento de un crédito al tercero beneficiario por parte del estipulante. En esta hipótesis, la satisfacción de la prestación por el promitente al tercero representa, a la vez, la entrega de la cantidad acreditada por el estipulante al propio tercero por virtud del crédito concedido a éste, quien quedará

³⁷ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 362

³⁸ DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 439

³⁹ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pp. 359, 363

obligado a la devolución de la referida cantidad y al pago de los intereses correspondientes.

Es preciso señalar que el beneficiario no está legitimado para rescindir el contrato a favor de tercero, por incumplimiento de la prestación establecida a su favor a cargo del promitente.⁴⁰

3. La relación entre promitente y beneficiario (relación definitiva o final)

Entre el promitente y el beneficiario se establece, por virtud de la estipulación, una relación obligatoria que se denomina *relación definitiva* o *final*, en la que el beneficiario tiene el carácter de acreedor y el promitente de deudor.

La relación definitiva plantea tres puntos que es preciso revisar: (i) el derecho del beneficiario para reclamar al promitente el cumplimiento, (ii) las excepciones que el promitente podría oponer al tercero y (iii) la renuncia del derecho establecido a favor de éste por virtud de la estipulación.

El beneficiario también tiene *derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado*, a menos de que se pacte lo contrario (1869 del CCF). Se trata de un derecho que puede ejercer de manera directa (*acción directa*) contra el promitente, sin que tenga que dirigirse contra el estipulante, con quien no existe litisconsorcio pasivo necesario.⁴¹

En este sentido, en principio, el promitente debe cumplir la prestación al tercero porque está obligado; sin embargo, si se hubiera pactado que el tercero no tiene derecho a reclamar la prestación, entonces se entiende que el promitente está facultado o autorizado para satisfacerla al tercero, con lo cual se libera de la obligación que tiene frente al estipulante, cumpliendo de esta manera.⁴²

Por otra parte, el promitente está legitimado para oponer al beneficiario las excepciones que tuviera contra el estipulante derivadas de la *relación de base* o *de cobertura*, salvo pacto en contrario (1872 del CCF).

Asimismo, el promitente puede plantear al beneficiario las excepciones que le correspondan frente al estipulante, derivadas de otras relaciones obligatorias distintas,⁴³ y, desde luego, las excepciones originadas en las relaciones entre el promitente y el

⁴⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 362

⁴¹ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 440

⁴² Cfr. PÉREZ CONESA, op. cit., p. 146

⁴³ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 440

beneficiario. Al respecto, el artículo 5.2.4 de los Principios UNIDROIT establece que el *promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante*. A su vez, el artículo 73, párrafo cuarto, del Código Europeo de Contratos precisa que el *promitente puede oponer al tercero las excepciones relacionadas con la invalidez o la ineficacia del contrato, así como el retraso, cumplimiento inexacto o incumplimiento del contrato mismo, pero no las excepciones que deriven de otras relaciones existentes entre él y el estipulante*.

Ahora bien. El tercero puede rehusar o renunciar a la estipulación, supuesto en el cual el derecho también se considera como *no nacido* (1871 del CCF). En los Principios UNIDROIT se prevé que el *beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue* (artículo 5.2.6).⁴⁴ En este caso, *el promitente está obligado a cumplir con la otra parte contratante y no con el tercero beneficiario, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza de la relación*.⁴⁵ La renuncia a la prestación puede tener lugar, incluso, una vez aceptada, pero las consecuencias de la renuncia dependerán de la finalidad de la estipulación. En este sentido -por ejemplo-, si se trata de una estipulación *causa solvendi* se habrá de entender consumado el cumplimiento de la obligación que pretendía satisfacerse con la prestación del promitente.

En opinión de Díez Picazo, la estipulación no puede renunciarse cuando la renuncia comporta incumplimiento de las obligaciones que tenga el beneficiario respecto del estipulante (como sería el caso en que el consignatario renunciara a recibir la mercancía).⁴⁶ En el caso de que la renuncia comportara un *fraude a acreedores* por causar la insolvencia del tercero, los propios acreedores podrían aceptar la estipulación, o bien, reclamar la nulidad de la renuncia. De ninguna manera la renuncia del tercero hace desaparecer la causa misma de las relaciones contractuales entre estipulante y promitente, como lo ha considerado Stiglitz.⁴⁷ Y es que la renuncia a la estipulación tiene como consecuencia que el tercero adquiera el derecho a la prestación, como quedó establecido.

⁴⁴ La renuncia del derecho del tercero también está contemplada en el artículo 6:110, segundo párrafo, de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos: *si el tercero renuncia a este derecho, se entenderá que nunca lo adquirió*.

⁴⁵ Así lo establece el artículo 72, tercer párrafo, del Código Europeo de Contratos.

⁴⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 442

⁴⁷ Cfr. STIGLITZ, op. cit., p. 298

VIII] La diferencia con el subcontrato

De acuerdo con López Frías, la subcontratación nace cuando, *habiéndose concluido un contrato dirigido a la obtención de un resultado o a la cesión del goce de un bien, se celebra otro contrato de igual naturaleza y objeto con una tercera persona no vinculada en el negocio inicial.*⁴⁸

En este sentido, el fenómeno de la subcontratación comporta la coexistencia contemporánea de dos contratos que, en conjunto, forman una relación compleja que está integrada por (i) el *contrato de base* y (ii) el *subcontrato*. De hecho, las consecuencias jurídicas que se producen en uno de tales contratos podrían comunicarse al otro, en determinadas circunstancias.

Pues bien. La similitud entre el contrato a favor de tercero y el subcontrato se plantea respecto del *pacto que integra el contenido del subcontrato propiamente dicho, por el que el subcontratante se compromete a una prestación que va a beneficiar al primer contratante, que permanece ajeno al segundo contrato*. No obstante, entre ambas figuras existen diferencias fundamentales que pueden resumirse como sigue:⁴⁹

(i) Todo subcontrato implica la existencia previa del contrato de base, en tanto que el contrato a favor de tercero se concreta por medio de un solo contrato que contiene una estipulación que beneficia a un tercero.

(ii) En el subcontrato, el contratante intermediario cumple las obligaciones por él asumidas frente al primer contratante en el contrato de base, a través de un tercero con el que subcontrata. En cambio, en el contrato a favor de tercero, el promitente y el estipulante pactan una prestación en beneficio directo y exclusivo del tercero.

(iii) En el contrato a favor de tercero, éste adquiere el derecho a la prestación y se convierte en acreedor directo del promitente. Ese derecho se convierte en irrevocable tan pronto como el tercero comunique su aceptación al obligado. Por el contrario, en el subcontrato el tercer contratante asume deberes que debe satisfacer a favor del primer contratante. En ningún caso la relación que lo vincula directamente con el contratante intermediario será irrevocable y está sujeta a resolución por incumplimiento de su parte.

(iv) En el contrato a favor de tercero, la prestación estipulada en su beneficio puede tener su causa en una liberalidad, mientras

⁴⁸ LÓPEZ FRÍAS Ana, *Los Contratos Conexos*, Bosch, Barcelona 1994, p. 205

⁴⁹ Cfr. LOPEZ VILAS, op. cit. pp. 289, 290, 291

que en toda subcontratación se mantiene una relación sinalagmática de equivalencia entre la prestación y la contraprestación.

(v) En el contrato a favor de tercero, la estipulación puede extinguirse por renuncia del tercero o por revocación del estipulante mientras el tercero no haya hecho saber su aceptación al obligado. Esas causas de extinción no existen en el subcontrato, ya que en éste el tercer contratante queda obligado a satisfacer la prestación por cuenta de la persona con quien subcontrató, a favor del primer contratante.

Bibliografía

- DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *Contratos civiles*, Oxford, México, 2016
DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, 5ta. ed., Madrid, 1996
LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría general de los contratos, Tomo I, Parte general*, Zavalía, Buenos aires, 1984
LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994
LÓPEZ VILAS, Ramón, *El subcontrato*, Tecnos, Madrid 1973
PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998
STIGLITZ, Rubén S., *Contratos. Teoría general*, Tomo II, Depalma, Buenos aires, 1993

Fecha de recepción: 11 de junio de 2018

Fecha de aprobación: 13 de junio de 2018

La Constitución Mexicana de 1917 a Examen: Entre Interpretación, Reforma y Nueva Constitución

ANTONIO FLORES SALDAÑA¹

SUMARIO: I. *Hacia una nueva constitucionalidad en México.* II. *La Constitución Mexicana y el estilo personal de gobernar del Presidente de la República: ¿Programa político o norma suprema?* III. *Teoría del cambio constitucional en la ley fundamental mexicana: constituyente, reforma e interpretación mutativa.* IV. *Conclusión: Interpretación mutativa de la Constitución como la nueva dinámica de la Constitución Mexicana en el control de convencionalidad.*

Resumen. La Constitución Mexicana cumple su centenario, pero lejos de considerar que su longevidad sea equivalente a la invariabilidad de su texto, la evolución de la ley fundamental de nuestro país ha sufrido un número significativo de reformas; al grado de que su rigidez, permanencia y arraigo en los ciudadanos, así como en las autoridades del Estado, se pongan en entredicho. El artículo analiza la naturaleza de la Constitución Mexicana a la luz de su transformación histórica, como una evolución que ha estado marcada por el estilo personal de gobernar del Presidente de la República y su programa político. Además, se estudia de manera breve, el debate que se ha gestado en torno a la doctrina del cambio constitucional en la ley fundamental mexicana y las distintas soluciones que se han dado para actualizar el marco constitucional: entre una nueva Constitución, su reforma integral o su interpretación mutativa; para concluir que esta última opción es la nueva dinámica de la Constitución mexicana a través del control de la constitucionalidad y convencionalidad.

Palabras clave: Constitución de 1917, Reforma Constitucional, Control de constitucionalidad y Control de convencionalidad.

Abstract. *The Mexican Constitution celebrates its centenary, but far from considering that its longevity is equivalent to the invariability of its text, the evolution of our fundamental law has*

¹ Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Filosofía del Derecho en la Universidad Panamericana (Guadalajara).

undergone several amendments; to the degree of considering that its rigidity, permanence and hold onto the citizens, as well as in the authorities of the State, are questionable. The article analyzes the nature of the Mexican Constitution under its historical transformation, as an evolution that has been given by the personal style of government of the President and its political program. Additionally, is briefly study the debate that has arisen around the doctrine of constitutional change in Mexican fundamental law and the different solutions that have been given to update the constitutional framework: between a newest Constitution, its improvement or its mutative interpretation; to conclude that this last option is the new dynamic of the Mexican Constitution through the control of constitutionality and conventionality.

Keywords: Mexican Constitution of 1917, Constitutional Amendment, Control of constitutionality and Control of conventionality.

I] Hacia una nueva constitucionalidad en México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha cumplido su centenario y si bien es de las constituciones más longevas del mundo, ya no es la misma que el constituyente de Querétaro promulgó el 5 de febrero de 1917. Las innumerables reformas constitucionales², así como la evolución jurisprudencial a través de su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), deja en claro que nuestra Carta Fundamental es prácticamente *otra Constitución*: la norma suprema evolucionó en el devenir histórico de los cambios económicos, políticos y sociales, hacia su transición al Estado constitucional de derecho a través de la dinámica constitucional, entre reforma e interpretación.

Las constituciones son promulgadas con la pretensión de perpetuarse en el tiempo, para que las instituciones jurídicas, las estructuras, así como las posibles hipótesis que se presenten, sean reguladas bajo su amparo; con la finalidad de regir y orientar las conductas de los funcionarios y ciudadanos a la luz de los valores superiores de convivencia social de una comunidad política determinada.

² El número de reformas constitucionales por artículo de la CPEUM al 15 de septiembre de 2017 es de 706, considerando que de los artículos 1º al 136 se modificaron 693, 9 modificaciones respecto de los artículos transitorios y 4 de los artículos transitorios de decretos de reforma. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

La Constitución es la máxima manifestación del poder originario de un pueblo, el ejercicio primario de la soberanía que detenta y que se concreta en un documento fundamental, impera de forma suprema sobre cualquier otra ley, acto o resolución emitida por los poderes constituidos: *el poder constituyente encarna al acto originario de la soberanía, a través del cual el pueblo se otorga una Constitución; se erigen los poderes constituidos y se reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales.*³

Ahora bien, Pedro de Vega apunta que de la propia noción de poder constituyente de una nación en un momento histórico determinado, no puede condicionar al poder constituyente del mañana, es decir, la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna, encriptada o petrificada que permanece en el tiempo de forma inmutable. De Vega invoca al artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que declara al respecto:

*Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras.*⁴

Sin embargo, en la realidad mexicana, la tendencia a ensanchar el texto constitucional a través de reformas ha sido el común denominador para adaptar nuestra Constitución a las necesidades del país, principalmente por razones de tipo político para implementar un programa de gobierno por razones estrictamente jurídicas para buscar coherencia y sistematicidad.

La CPEUM no es el resultado de un consenso constituyente, al estilo de las constituciones redactadas en el periodo llamado constitucionalismo contemporáneo como sucedió con las constituciones de España (1978) o Portugal (1976). Nuestra Constitución es más producto de un movimiento revolucionario que culminó con el Constituyente de Querétaro de 1917, que de

³ Una aproximación esencial al concepto de poder constituyente y poderes constituidos es la del clásico libro de Don Felipe Tena Ramírez, quien afirma: *“los órganos de poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos. La doctrina designa al primero con el nombre de “poder constituyente” y a los segundos los llama “poderes constituidos”.* TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 12.

⁴ DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 58-59.

un pacto en el que transitara de manera pacífica y organizada la reconfiguración de las instituciones públicas y la refundación de la nación mexicana.

Aunado a lo anterior, el establecimiento en México de un partido hegemónico que monopolizó el movimiento revolucionario y a la misma Constitución, fueron factores decisivos para que nuestro ordenamiento fundamental fuera más un *documento legitimador de un régimen político*⁵, que una verdadera norma jurídica con efectos vinculantes para las autoridades, y sobre todo, invocable ante los tribunales para el control del poder.

En consecuencia, la Constitución, no fue estudiada desde un punto de vista *técnico-jurídico* como teoría constitucional de carácter nacional, sino como una forma emotiva de expresar la esencia nacional y el sentimiento de identidad para *homogeneizar la política al ideal revolucionario*, sin tolerar visiones opuestas a dicho *paradigma constitucional nacionalista*. La SCJN actuó más como un poder que guardó un bajo perfil para lograr la conservación del acentuado presidencialismo mexicano. Por lo cual, en la interpretación de la Corte regularmente primaron argumentaciones del tipo legalista que *no permitieron desarrollar una política constitucional que admitiera la utilización de las directrices, valores y principios*.⁶

Las reformas constitucionales al Poder Judicial de la Federación en 1994 y 1998, y el auge de los medios de control de constitucionalidad desde 1997 a la fecha, han reivindicado al Supremo Tribunal de nuestra nación, el lugar que se merece en el actual paradigma de la Constitución como su guardián y protagonista más importante en el control de la constitucionalidad de los actos del poder público.⁷

Desde hace más de veinte años que el sector académico empezó a preguntarse por los derroteros que debería seguir el paradigma de la Constitución como norma operativa y aplicable, a la luz del estado de cosas que ha imperado en relación con nuestra carta fundamental y las posibles soluciones a los errores,

⁵ TORRES ESTRADA, Pedro, "Las tendencias del derecho constitucional en México" en *id.*, *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, Limusa-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, p. 227.

⁶ *Ibidem*, p. 229.

⁷ Obras elementales para una revisión histórica de las etapas por las que transitó el constitucionalismo mexicano, con énfasis en la evolución del poder judicial Véase COSSIO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 1ª reimp., Fontamara, México, 2004; CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2002, pp. 462-462.

deficiencias de redacción, falta de coherencia y redundancias evidentes: la necesidad de una nueva Constitución, una reforma estructural a fondo, la implementación de mecanismos legislativos intermedios entre la ley fundamental y las leyes orgánicas o la ampliación de la interpretación mutativa por parte de la SCJN, han sido algunas de las opciones que se han dado para resolver la problemática del cambio constante por reforma constitucional, así como las deficiencias y errores persistentes de nuestra carta magna.

Han pasado casi dos décadas del seminario *Hacia una nueva constitucionalidad*⁸ celebrado en febrero de 1999, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ de la UNAM) donde se planteó la imperiosa necesidad de revisar la Constitución mexicana en cuanto a su modificación constante y su falta de observancia en muchos aspectos. Se cuestionó la manera en la cual la ley fundamental mexicana se ha reformado, ha sido interpretada y sobre todo cumplida, de conformidad con el modelo jurídico-político mexicano; además de dilucidar si existían condiciones para la promulgación de una nueva Constitución.

Distinguidas personalidades como Ignacio Burgoa, Miguel Carbonell, Jaime Cárdenas, Jorge Carpizo, José Ramón Cossío Díaz, Héctor Fix-Zamudio, Manuel González Oropeza y Diego Valadés, entre otros, ofrecieron una serie de propuestas y diagnósticos para una *nueva constitucionalidad* en el cumplimiento del ordenamiento fundamental en México.

Burgoa señaló que la Constitución como norma jurídica fundamental que expresa la voluntad popular, debe cambiar a medida en que las necesidades y aspiraciones del pueblo vayan mudando en el *decurso de los tiempos*. Por ende, *entre la Constitución, que es forma jurídica fundamental y el modo de ser y querer ser de un pueblo, tiene que existir una adecuación, sin la que inevitablemente la Constitución dejaría de tener vigencia real y efectiva, aunque conserve su vigor jurídico-formal*.⁹

Carbonell aseveró que la Constitución de 1917 se encuentra en una posición muy complicada al quedar demostrado en la realidad política, su *incapacidad de regir normativamente* dicho proceso. Por otra parte, las múltiples reformas que ha sufrido, la ha

⁸ La obra que contiene las memorias de dicho seminario en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, 1ª reimp., UNAM, México, 1999.

⁹ BURGOA, Ignacio, *Reformabilidad de la Constitución*, en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 13.

convertido en un cuerpo poco uniforme e incluso contradictorio en varias de sus partes.¹⁰ De manera conclusiva afirmó:

*Ninguna propuesta teórica podrá sustituir la voluntad política de los poderes públicos para asumir cabalmente los mandatos constitucionales. Sin esa voluntad todas las propuestas e iniciativas quedarán como papel mojado, tal como ha sucedido durante tantos años en México y tal como sigue sucediendo en la actualidad.*¹¹

Por su parte Cárdenas, como partidario de una nueva Constitución, admite la dificultad de un consenso político de esa magnitud por las amenazas de ingobernabilidad, así como los requerimientos políticos, económicos y sociales que el México actual demanda, tanto en la actualidad como en el futuro cercano.

*La nueva Constitución depende entonces del éxito y de las circunstancias en que se vaya produciendo la transición democrática. En este momento parece muy lejano arribar a una nueva Constitución. Sin embargo, a medida que los signos de ingobernabilidad y de conflicto [desaparezcan], [y los signos] de acuerdo, estén más presentes, la idea de una nueva Constitución tendrá visos de realidad. Si la transición sigue transcurriendo por una vía gradualista las posibilidades de nueva Constitución parecen ser escasas, aunque en la misma proporción se incrementa la incertidumbre que arroja el escenario.*¹²

Desde entonces Carpizo proponía la inclusión de mecanismos de democracia semidirecta como el referendo y la iniciativa popular, reformas fundamentales en la Constitución para reforzar el sistema de pesos y contrapesos entre los poderes. Carpizo se decanta más que por una nueva Constitución o de una renovada, el crear y fomentar una *nueva ética política* en la cual:

La Constitución la que realmente conduzca el proceso del poder y lo que aquella no autoriza, no se puede realizar; hay que profundizar en la convicción de que los cargos políticos son un

¹⁰ CARBONELL, Miguel, *La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediatos*, en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 33.

¹¹ *Ibidem*, p. 51.

¹² CÁRDENAS, Jaime, *En torno a una nueva Constitución* en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 83.

*servicio público para el bien de la comunidad y no, por ningún motivo, para la satisfacción o el enriquecimiento personales.*¹³

Cossío Díaz afirmó que la construcción de una *nueva constitucionalidad* no se puede reducir a un problema de *técnica constitucional*, pues es sólo una manifestación o formalización vinculada a la misma Constitución.¹⁴ Fix-Zamudio, por su parte, propuso adicionar *leyes orgánicas intermedias* entre las normas fundamentales y las disposiciones legislativas ordinarias, para descargar al texto constitucional de su extensa densidad normativa.¹⁵

El nuevo constitucionalismo al que aludían los estudiosos para la aplicación *real, moderna y contemporánea*¹⁶ de la CPEUM, puede darnos muchas luces respecto de la realidad actual de nuestra ley fundamental con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos de junio de 2011.

La realidad constitucional de aquel entonces nos puede arrojar un banco de pruebas muy fructífero, para realizar en tiempo presente un análisis retrospectivo de la necesidad de modificar el ordenamiento fundamental del Estado mexicano, con algunas de las propuestas apenas mencionadas; para desarrollar a lo largo de estos años un proyecto de reordenación y consolidación más robusto y sistemático, a la luz de diversos estudios que conmemoran el centenario de la CPEUM que más adelante se mencionan.

Sin embargo lo que siempre se ha sostenido hasta ahora y que se aprecia al unísono de los participantes en dicho seminario de 1999, es que lejos de nuevos ordenamientos, reformas y modificaciones formales o procedimentales, lo que necesita nuestro país es un *cambio de paradigma en la forma en la que el poder público adopta la idea de Constitución y su aplicación*

¹³ CARPIZO, Jorge, *México: ¿Hacia una nueva Constitución?* en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., pp. 99 y ss., y 104.

¹⁴ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Supuestos de la constitucionalidad* en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., pp. 165-166.

¹⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas*. AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 207.

¹⁶ RABASA, Emilio O., *A manera de introducción* en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 2.

*práctica como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.*¹⁷

II] La Constitución Mexicana y el estilo personal de gobernar del Presidente de la República: ¿programa político o norma suprema?

De la historia del constitucionalismo mexicano apreciamos que la dialéctica que ha seguido nuestra Constitución, va de la mano de la historia de nuestro sistema político; principalmente por el modelo presidencial y el contrapeso de las distintas fuerzas políticas en el Congreso de la Unión, de los gobiernos de los Estados, así como de la transición democrática.

Como veremos en el presente epígrafe, nuestra Constitución es un programa político, que se ha adaptado al proyecto de gobierno sexenal del Presidente de la República, sin dejar de considerar que dicho programa también es producto de la negociación política por el legislador y por el constituyente permanente.

Ahora bien, lo que ha sucedido en las últimas cuatro décadas, es que la modificación de la Constitución ha terminado por salirse de control, en una práctica reiterada que sexenio con sexenio, se va adaptando a la estrategia de gobierno implementada por el Presidente de la República a través del Plan Nacional de Desarrollo y disposiciones reglamentarias, para dar justificación normativa a sus decisiones y actos de gobierno.

Si bien es cierto, en los tiempos actuales el *presidencialismo mexicano*¹⁸ ha sido atemperado con la transición democrática del partido hegemónico que había durado en el poder 70 años, así como su modulación por el contrapeso de las distintas fuerzas políticas en el Congreso de la Unión; no negamos que haya existido y de que en la actualidad exista *el estilo personal de gobernar* del Presidente de la República¹⁹: referente esencial para entender la

¹⁷ ANDRADE, Eduardo, *¿Nueva Constitución? ¿Para qué?* en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit., p. 6.

¹⁸ Véase CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 19 ed., Siglo XXI, México, 2006.

¹⁹ Daniel Cosío Villegas expresaba de manera magistral lo que es el estilo personal de gobernar del Presidente de la República: *el poder del Presidente fue alguna vez inmenso, y precisamente porque lo ejercía de un modo personal e imprevisible, los núcleos a quienes podía afectar más su ejercicio se organizaron para inclinarlo a proteger y favorecer sus intereses. [...] que el Presidente de México tiene un poder inmenso, es inevitable que lo ejerza personal y no institucionalmente, o sea que resulta fatal que la persona del Presidente le dé a su gobierno un sello*

importancia del temperamento y la cosmovisión de la persona que ocupa la titularidad del ejecutivo federal en la conformación y fisonomía de nuestra máxima norma rectora.

Enrique Krauze al referirse a la obra de Daniel Cosío Villegas, señala que el *estilo personal de gobernar* de cada presidente, impregnó de manera patente la biografía del sistema político mexicano con cada acto de gobierno y cada política pública instaurada en su mandato. Krauze de manera metafórica, propone un *modelo hermenéutico para entender e interpretar la historia del presidencialismo mexicano*, el cual se asemeja a un *sistema político solar*, donde los diversos protagonistas colectivos como el poder legislativo y judicial, burócratas, gobernadores, caciques, obreros, campesinos, prensa, empresarios, Iglesia, universidades, intelectuales, partidos políticos, etc., giraban alrededor del gran astro del sistema político, según los distintos grados de subordinación: *el sol presidencial*.²⁰

Este protagonismo presidencial, se ha proyectado a nuestra realidad constitucional a lo largo de la historia, en donde destaca el hecho de que una sola persona puede influir en los destinos de una nación de manera determinante. La forma específica de cómo el poder de decisión del Presidente dirige el rumbo que han de seguir las políticas de la administración pública federal, la influencia de dichas decisiones en la agenda del órgano legislativo, el constituyente permanente y los gobiernos estatales, es lo que ha marcado al constitucionalismo mexicano en una vinculación importante de actores políticos y poderes constituidos; sobre todo, a través de la facultad presidencial de iniciativa legislativa y de reforma constitucional que establece el artículo 71 fracción I de la CPEUM.

El número de reformas constitucionales por periodo presidencial desde 1921 a la fecha, es muy representativo de lo que afirmamos, atendiendo a las complejidades propias de cada mandato. Tal es el caso del incremento exponencial de reformas constitucionales desde el gobierno de Miguel de la Madrid,

peculiar, hasta inconfundible. Es decir, que el temperamento, el carácter, las simpatías y las diferencias, la educación y la experiencia personales influirán de un modo claro en toda su vida pública y, por lo tanto, en sus actos de gobierno. COSÍO VILLEGAS, Daniel, *El estilo personal de gobernar*, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1974, pp. 7- 8.

²⁰ Enrique Krauze refiere a la obra de Cosío Villegas, como una *clave hermenéutica* para desarrollar su *Presidencia imperial*. KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial. De Manuel Ávila Camacho a Carlos Salinas de Gortari*, 1ª ed. Biblioteca Histórica Enrique Krauze, TusQuets, México, 2014, pp. 9 - 15.

emitidas con la finalidad de actualizar y adaptar la Constitución a las circunstancias y necesidades sociales apremiantes del país, principalmente para superar la grave crisis económica, política y social, tales como la inflación galopante y la corrupción que venían consumiendo a la república entera.²¹ En dicho sexenio ocurrió un auténtico cambio de paradigma. Las reformas a la carta magna vinieron a conformar el programa constitucional de gobierno del Presidente de la República, de cara al proceso de globalización que en dicha época comenzaba a extenderse en la economía mundial.

Cossío Díaz refiere a la reciente obra de Ken Gormley, *The Presidents and the Constitution*²² en el contexto de la elección de Donald Trump como presidente de EE.UU; para describir cómo algunos presidentes en la historia de ese país, quisieron seguir las reglas preestablecidas sin apartarse de los márgenes canónicos de la Constitución, y de cómo otros, por el contrario, empujaron las reglas lo más que pudieron para tratar de expandir sus facultades o acotar las de otros órganos federales o estatales. Es por ello que, cada presidente ha implementado su propio estilo: el *estilo constitucional de gobernar*.²³

Cómo nos puede enseñar la *biografía del poder en México*, si bien no es deseable el establecimiento de un poder presidencial ilimitado y omnímodo, sí necesitamos que el Presidente tenga suficientes facultades para dirigir a la nación de forma efectiva, conforme al proyecto de gobierno que pretende implementar; legitimado por el apoyo ciudadano que recibió al momento de haber sido electo.

Es deseable tener un presidente, con un poder tan eficaz y efectivo como el de un monarca, pero a la vez limitado por la Constitución, los derechos humanos reconocidos por ésta y por el contrapeso de los demás poderes.

Al final del día, es necesario tomar en consideración algo que Krauze en palabras de Octavio Paz, nos recordaba en relación con el poder presidencial y sus límites constitucionales: [...] después de

²¹ SAYEG HELÚ, Jorge, *Las reformas y adiciones constitucionales durante la gestión presidencial de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988)*, Porrúa, México, 1988, pp. 9-14.

²² GORMLEY, Ken, *The Presidents and the Constitution*, New York University Press, New York, 2016.

²³ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El estilo constitucional de gobernar*, en *El Universal*, sección Opinión, versión online del 14 de febrero 2017. <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/2017/02/14/el-estilo-constitucional-de>

todo [...] ningún presidente se propuso deliberadamente hacer daño.²⁴

Por lo tanto, cuando hablamos de que la configuración del modelo constitucional se encuentra ligado al programa político del Presidente, es porque, a través de la Constitución, se hace realidad su proyecto de gobierno, bajo el imperio de la máxima norma rectora. Las reformas constitucionales de los últimos 35 años, ha sido la manera más simplificada de adaptar la Constitución a dicho programa presidencial, sobre todo cuando convergen los actores políticos representados en las distintas fuerzas del Congreso de la Unión y en las legislaturas de los Estados, de conformidad con el procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 135 de la CPEUM.

Así pues, las reformas constitucionales que se han dado en la historia de los mandatos presidenciales se incrementaron en cada sexenio; lo que hace coincidir, no necesariamente en que dichas reformas hayan sido iniciadas por el presidente, sino que las modificaciones a la Constitución, en gran medida, giran en torno a la adaptación del texto constitucional con el citado programa político y a su *estilo personal de gobernar en Constitución*.

Reformas constitucionales por periodo de gobierno (1982-2018)²⁵

Presidente	Periodo	Reformas	%
Miguel de la Madrid	1982-1988	66	9.4
Carlos Salinas de Gortari	1988-1994	55	7.9
Ernesto Zedillo	1994-2000	77	11.0
Vicente Fox Quesada	2000-2006	31	4.4
Felipe Calderón Hinojosa	2006-2012	110	15.7
Enrique Peña Nieto	2012-2018 ²⁶	154	21.81
Total	De 1982 al 2017	493 del total 706	69.83/100%

²⁴ KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial*, op. cit., p. XI.

²⁵ De conformidad con los datos de la página electrónica de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Reformas Constitucionales por Periodo Presidencial*, tomando en consideración que la última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, es del 15 de septiembre de 2017. (Consultado el 27 de abril de 2018)

Consultable en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm

²⁶ Tomando en consideración que la última reforma constitucional fue el 15 de septiembre de 2017, y la última consulta a la página electrónica citada en la nota anterior es del 27 de abril de 2018.

De la tabla anterior constatamos que el porcentaje de reformas se incrementó considerablemente en los últimos periodos de gobierno. Sin embargo, es el año de 1982, cuando inicia el mandato del presidente Miguel de la Madrid Hurtado, que marca un antes y un después en los procesos de reforma constitucional; al desencadenarse una dinámica constitucional acelerada que ha perdurado hasta nuestros días, lo que ha representado en porcentaje, casi un 70% del total de reformas efectuadas a la CPEUM desde su promulgación.

III] Teoría del cambio constitucional en la ley fundamental mexicana: constituyente, reforma e interpretación mutativa

De manera general, apreciamos que las reformas constitucionales, van encaminadas a lograr una renovación importante de las instituciones existentes, así como la creación de muchas otras que se integran para modernizar y actualizar nuestro ordenamiento constitucional; cambios que han apuntado al fortalecimiento de los poderes Legislativo y Judicial frente al Poder Ejecutivo federal; de los derechos de los ciudadanos y de los medios para su defensa, así como de los mecanismos de rendición de cuentas del gobierno y de responsabilidad de los servidores públicos.²⁷

Las incontrolables modificaciones a la Constitución Mexicana, han originado diversidad de contradicciones, repeticiones, incoherencias, lagunas y demás inconsistencias terminológicas que terminan por romper esa sistematicidad y orden normativo

²⁷ De manera específica Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés afirman que la Constitución se ha reformado de manera importante en las siguientes materias: Control de la constitucionalidad de las leyes; autonomía de gobierno y administración de los municipios; sistema electoral y representativo (federal y local), derechos fundamentales, tanto individuales como sociales, y sus medios de protección, en particular el juicio de amparo; derechos y autonomía de los pueblos indígenas; propiedad y justicia agrarias; transparencia y acceso a la información pública gubernamental; sistemas de justicia penal y seguridad pública; presupuesto, control del gasto público y rendición de cuentas; relaciones del Estado con las Iglesias y las comunidades religiosas; independencia, gobierno y carrera judiciales; rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional y sistema de planeación democrática; explotación de recursos energéticos y empresas productivas del Estado. FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto*, 2ª ed., UNAM – IJ – IIDC – Senado – Cámara de Diputados – CEEIP, México, 2017, pp. 3-4.

necesario para entender con facilidad el sentido de la norma suprema.

El desequilibrio regulatorio y el desorden que impera en nuestra carta fundamental, ha generado caos e incertidumbre al momento de tratar de desentrañar lo que el constituyente quiso decir en las palabras inscritas en la norma suprema; haciendo de nuestra Constitución un texto inaccesible, encriptado, complicado, reiterativo, confuso y en ocasiones, impracticable por los poderes del Estado y los ciudadanos. La forma en la que se encuentra redactada la Constitución, impide entender de forma clara y distinta, cuáles son las facultades de los órganos públicos y qué derechos tiene el pueblo mexicano: *la Constitución se ha convertido en un documento desconocido para el ciudadano, y peor aún, para muchas autoridades.*

Las complejidades de nuestro texto fundamental, han hecho que, a lo largo de nuestra historia, sea difícil penetrar en el entendimiento de la población para procurar el arraigo de una cultura constitucional. En ese sentido Carbonell alude a la Constitución mexicana como uno de los ordenamientos fundamentales más extensos, menos conocidos por sus ciudadanos y que por su continua modificación ha sido difícil su conocimiento, lo que ha originado una franca *incultura constitucional*.²⁸

Con motivo del centenario de la Constitución mexicana de 1917, se ha emprendido en nuestro país, numerosos estudios en el que ponen un acento muy importante en la necesidad de realizar una *reestructuración de la Constitución que logre reordenar y consolidar las normas de nuestra carta magna, haciéndola accesible para todos*, además de potencializar su estabilidad y eficacia, para ganar con ello certeza y seguridad jurídicas²⁹; sin dejar de mencionar, aquellas monumentales obras conmemorativas que en

²⁸ CARBONELL, Miguel, *Verborrea e incultura constitucional* en *Nexos en línea*, febrero 2012; <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102550>

²⁹ En la obra conmemorativa que coordinan Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, editada por el IJ de la UNAM en coedición con la Cámara de Diputados, entre otras instituciones públicas, se dieron a la tarea de realizar una revisión técnica del texto constitucional, para reordenarlo y consolidarlo, sin llegar al grado de suprimir normas ni alterar los acuerdos políticos fundamentales que atendieran a nuestras convicciones ideológicas; para finalmente elaborar una Ley de Desarrollo Constitucional, que constituye un complemento a la Constitución, con la finalidad de reducir el texto constitucional, y principalmente el citado objetivo de reordenarlo y consolidarlo, de tal suerte que se logre una Constitución más breve, pero sustanciosa. En dicho estudio se logra reordenar 1,255 párrafos de los 1,255 existentes, lo que significó una reducción de contenido en un 17.5%. FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto, op. cit.*

buena medida colaboran con dichos propósitos desde diversos puntos de análisis.

Con todo lo dicho hasta ahora, advertimos que nuestra Constitución ha evolucionado al ritmo que marcan los acontecimientos históricos, económicos, sociales y políticos de la nación, y por ende, el rumbo que ha tomado el programa político instaurado por el Presidente de la República y su estilo personal de gobernar para hacer frente a dichos acontecimientos. Sin embargo, las reformas constitucionales que han sido concretadas en nuestra Carta Magna, por iniciativa del Primer mandatario, han reconfigurado el texto constitucional de manera decisiva, y ha sido la vía institucional y legal, la forma en que se ha hecho realidad el citado programa político y normativo.

Además del proceso de reforma que ha actualizado a nuestra Constitución, la función interpretativa de la SCJN debe ser primordial en el buen entendimiento y puesta al día, de nuestra carta fundamental; a través de una *mutación constitucional adaptativa por la interpretación conforme* de las normas, a las que se les dota de un sentido actual, renovado y razonable en la concreción de los derechos fundamentales en los casos concretos en los que es preciso resolver; principalmente cuando se trata de un conflicto normativo entre normas *iusfundamentales*.

En ese contexto, no proponemos que la Constitución deba mantenerse intocada y ajena a los cambios necesarios que reclama el devenir histórico de la nación a través de la reforma constitucional, sino que dicha reforma no trascienda a modificar ciertos valores y principios que resguardan los derechos más preciados del pueblo mexicano o su restricción de manera injustificada; así como aquellos que protegen el adecuado funcionamiento de los órganos del Estado y demás instituciones públicas, como el federalismo o el principio de división de órganos de poder entre otras garantías estructurales, en suma, el límite de la mutación constitucional son propiamente las *decisiones políticas fundamentales*.

Por lo tanto, advertimos diversas opciones para resolver los errores y deficiencias del texto Constitucional³⁰, y que nos ayudan

³⁰ Cfr. FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto*, op. cit., pp. 8-12. Además de las opciones que señalamos de promulgar una nueva Constitución, la reordenación y consolidación del texto constitucional vigente y la interpretación mutativa de la Constitución; los autores afirman que dentro de esas opciones esta continuar en la dinámica actual de la reforma constitucional sin importar los errores y

a avizorar la situación actual y el futuro de nuestra carta fundamental.

1. Una nueva Constitución

Se trata de una solución muy drástica que nos lleva a plantear la posibilidad de promulgar una Constitución siempre y cuando existan las condiciones políticas y sociales que permitan llegar a un *pacto fundamental nacional*, y que sea un nuevo constituyente el que resuelva problemáticas que muchas de las veces dependen más de un debate nacional ordinario que de valores y principios esenciales que le dan nacimiento a un nuevo texto constitucional sobre el que se funda un Estado.³¹

En efecto, las complejidades económicas, políticas y sociales de nuestro país, hacen prácticamente imposible pensar en una nueva Constitución. Basta con plantear una pregunta esencial a considerar, al momento de enumerar los temas que debe discutir el constituyente, para contar por lo menos con una agenda previa. Si el legislador ordinario o el constituyente permanente en muchas ocasiones no se ponen de acuerdo en temas cotidianos ¿Cómo podrá resolver el Constituyente las *decisiones políticas fundamentales* que plantea la promulgación de una nueva Constitución?

Estas *decisiones políticas fundamentales* son para Carl Schmitt la base de la unidad, la estructura y la organización política de determinado Estado y sobre la cual descansa todo el ordenamiento jurídico; por lo que no pueden ser reformadas por el parlamento, sino por el poder constituyente originario a través de una nueva ley fundamental.

Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la democracia, adoptada por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo («el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución») y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del Pueblo»; además, la decisión a favor de la República y contra la monarquía en el art. 1, 1: «El Reich alemán

deficiencias del texto constitucional y la moratoria de la reforma constitucional que propone Miguel Carbonell para dejar intocado el texto de la Constitución por un periodo de tiempo hasta en tanto no se debata con profundidad sobre lo que conviene hacer con nuestro actual modelo constitucional. *Ibidem*, p. 13.

³¹ CARPIZO, Jorge, *¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas*, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 24, enero-junio 2011, p. 142.

es una República»; la decisión, a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una estructura de forma federal (si bien no propiamente federal) del Reich (art. 2); la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno; por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes (después, § 12, pág. 138). Con esto se caracteriza el Reich alemán de la Constitución de Weimar como una Democracia constitucional, es decir, como un Estado burgués de Derecho en la forma política de una República democrática con estructura federal. La determinación del art. 17 C. a., que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria.³²

Para Carpizo la teoría de las decisiones políticas fundamentales de Schmitt, se ha consolidado en el constitucionalismo contemporáneo, a partir de la idea de que una Constitución, son las decisiones conscientes que la unidad política se da a sí misma; determinan la forma concreta que adopta sobre la estructura, la base y el contenido principal de la organización política, y sobre los cuales se sustenta el estado de derecho que fundamenta el sistema jurídico.³³

Dichas decisiones no pueden ser modificadas por el congreso o el parlamento, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo. Para Schmitt si en una Constitución no se decide por el constituyente sobre alguna de estas decisiones fundamentales, tal ordenamiento no es una Constitución, pues en su caso se resolverá fuera de los márgenes constitucionales por vía violenta o pacífica de forma discrecional.³⁴

Así pues, cuando Schmitt analiza la Constitución de Weimar, concluyó que las decisiones políticas fundamentales son: i.- el principio de soberanía, por medio del cual se decidía que Alemania fuera: una república, democrática y federal; ii.- la idea de la representación, y iii.- la decisión a favor del estado burgués de

³² SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Versión española de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2011, pp. 60-61.

³³ CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, op. cit., p. 131.

³⁴ *Idem*.

Derecho con sus principios: derechos fundamentales, y división de poderes.³⁵

Para Carpizo, la CPEUM también determinó decisiones políticas fundamentales, a saber: i.- Los derechos humanos, ii.- La soberanía; iii.- La división de poderes; iv.- El sistema representativo, y otras decisiones que forman parte de nuestra singularísima historia constitucional mexicana; v.- El sistema federal; vi.- La separación Iglesia Estado y vii.- El juicio de amparo.³⁶

Para Schmitt la importancia de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son de relevancia esencial para el establecimiento del sistema estructural de la organización del Estado; las cuales se encuentran reservadas para el constituyente y no para el poder revisor:

*Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.*³⁷

Por lo anterior y más allá de discusiones académicas y ejercicios estadísticos, sobre un nuevo pacto constitucional en México, es necesario entender que las condiciones económicas y sociales, como la inseguridad pública, el narcotráfico y la falta de oportunidades laborales y profesionales, hacen que la sociedad cuestione fuertemente la idea de una nueva Constitución.

El costo de las elecciones de los diputados constituyentes y la emisión de una flamante Constitución en el estado actual, no resuelve por decreto los problemas tan apremiantes como los señalados, y que forman parte de nuestra realidad constitucional; sobre todo, ante la crisis de vigencia del Estado de derecho y de los derechos fundamentales más básicos para la mayoría de la población como la alimentación, la vivienda, la educación y el trabajo.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 135. Preferimos el término *La separación Iglesia-Estado*, que la empleada por Jorge Carpizo *La supremacía del Estado sobre la Iglesia*; pues consideramos que lo que se busca, es la independencia y autonomía del Estado en sus decisiones, con respecto de la influencia que puedan tener la Iglesia o las iglesias; y no tanto la supremacía del Estado sobre ellas, pues sus objetivos son distintos, y en consecuencia, no existe propiamente una competencia de supremacías.

³⁷ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 160.

2. Reforma Constitucional integral para la reordenación y consolidación del texto vigente

El estudio emprendido por Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés del IJ de la UNAM, han propuesto un proyecto de *reordenación y consolidación* del texto de la Constitución vigente, acompañado de un anteproyecto de *Ley de Desarrollo Constitucional*.

Como referente paradigmático de inspiración de dicha tarea de actualización y reordenación, la Constitución Suiza de 1999-2000 fue resultado de un proceso de revisión que se inició desde los años sesenta, cuyo propósito consistió en elaborar un proyecto actualizado del texto constitucional para efecto de hacerlo más comprensible.

Para realizar dicho estudio, se implementaron los siguientes criterios: i.-ordenar sistemáticamente y unificar el lenguaje y la densidad de los preceptos; ii.-se actualizó el texto constitucional tanto desde un aspecto formal como material y se le proporcionó uniformidad, suprimiendo disposiciones anticuadas o en desuso; iii.- se elevaron a rango constitucional los usos y costumbres constitucionales, así como los principios constitucionales esenciales adoptados por la jurisprudencia, y por otra parte, se degradó a nivel legislativo aquellas disposiciones que no deberían estar en el texto constitucional; iv.- se trató de dar claridad y sobriedad, modernizándolo, pero sin incurrir, en lo posible, en términos técnicos o especializados, además de mantener en la medida de lo posible términos tradicionales y políticamente sensibles; en suma, los cambios se realizaron con la finalidad de actualizar y poner al día el texto constitucional, a tal grado que dichas modificaciones lo alteraron sustancialmente, como para hablar de una nueva Constitución.³⁸

Bajo la orientación del proyecto de la Constitución Suiza, Fix-Fierro y Valadés advirtieron la necesidad de actualizar y poner al día el texto constitucional mexicano al tenor de dichos principios orientadores. Para definir el alcance y la metodología del ejercicio emprendido por los autores, se tomó en consideración la percepción de la población con respecto de la CPEUM vigente, sin que dicho ejercicio se haya considerado como una motivación puramente académica.³⁹

³⁸ *Ibidem*, pp. 14-16.

³⁹ Véase las fuentes que cita Fix-Fierro y Valadés en relación con la percepción de la población con respecto a su cultura constitucional Cfr. FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y*

Así pues, el estudio en cuestión, tomó en consideración ciertos criterios y lineamientos metodológicos, para la reordenación y consolidación del texto de la Constitución de 1917, así como para la elaboración del referido anteproyecto de Ley de Desarrollo Constitucional, a saber⁴⁰:

i.- La misma Constitución de 1917, pues para la reordenación y consolidación del texto constitucional no se alteran las decisiones políticas y jurídicas que contiene, aunque puedan considerarse inconvenientes o erróneas, desde un punto de vista académico; tampoco se introducen cambios que podrían resultar necesarios o favorables, sino que solamente se revisa y optimiza el texto vigente.

ii.- La reordenación implicó reubicar las disposiciones constitucionales en el artículo, apartado, fracción o párrafo que resultara más conveniente desde un punto de vista sistemático y técnico, sin alterar su redacción, salvo para corregir errores evidentes.

iii.- La *consolidación* consiste en generar el texto definitivo de la Constitución a través de las siguientes acciones: el mejoramiento de la redacción y la puntuación; realizar una síntesis del texto vigente, suprimiendo redundancias e inconsistencias; la articulación en la redacción de los párrafos reordenados; el mejoramiento de la presentación sistemática del texto en apartados, fracciones e incisos; y el traslado del texto reglamentario al anteproyecto de Ley de Desarrollo Constitucional.

La finalidad del citado estudio pretende formular una *reforma constitucional integral para la reordenación y consolidación del texto vigente*, para terminar con la inercia descontrolada de realizar una modificación del texto constitucional con cada proyecto político sexenal; pues la actual dinámica acelerada del proceso de reforma constitucional, pone en peligro al principio de supremacía constitucional, así como el modelo de Constitución rígida que establece el artículo 135 de la CPEUM.

consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto, op. cit., p. 16: CONCHA CANTÚ, Hugo A., *et. al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, UNAM-TEPJF-COFEMER, México, 2004, p. 147, Tabla 38 (opinó negativamente el 41.2 por ciento y 12.3 por ciento dio otra respuesta, no supo o no contestó); *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad y rediseño del Estado*, México, UNAM-IFE, 2011; BARCELÓ ROJAS, Daniel A., *et. al.*, *Percepciones sobre el federalismo en México. Encuesta Nacional de Federalismo*, UNAM, México, 2015, p. 145, Cuadro 17.

⁴⁰ Cfr. FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto, op. cit.*, pp. 17-21.

3. Interpretación mutativa de la Constitución

Como hemos advertido, la práctica constitucional en la historia de México se ha olvidado de la importancia fundamental de la interpretación constitucional. En lugar de otorgarle el protagonismo que se merecía la SCJN en la interpretación de la ley fundamental, se optó por reformar el texto constitucional, cuantas veces era necesario para efecto de legitimar el régimen político puesto en marcha con cada periodo gubernamental.

En lugar de tomar en serio la Constitución, como un auténtico documento normativo al que debían ceñirse todas las autoridades con pretensión de permanencia, se reformó el texto fundamental, casi con la misma facilidad e incidencia, como si se tratara de la emisión o modificación de la legislación ordinaria, o peor aún, con mayor periodicidad; dejando en entredicho la rigidez y supremacía de la Constitución, con respecto a cualquier otro acto o ley de los poderes constituidos.

El mecanismo de reforma constitucional así como su interpretación mutativa, no puede llegar al grado del quebrantamiento constitucional, por lo que es preciso el establecimiento de un mecanismo eficaz que sin alterar el modelo de *Constitución rígida*, contemple un procedimiento agravado de reforma constitucional, distinto del procedimiento legislativo ordinario, así como el establecimiento de límites a la función interpretativa de la Constitución.⁴¹

El máximo rango, la máxima fuerza jurídica, la máxima importancia del objeto de regulación del texto fundamental sólo puede convertirse en una auténtica norma exigible, después de que las normas constitucionales con un máximo grado de indeterminación, sean traducibles a través de la interpretación constitucional. Robert Alexy afirma al respecto:

No se puede entender el significado completo e integral de lo que representan los derechos fundamentales a partir del texto literal de la Ley Fundamental alemana; sino sólo en concordancia con todos los volúmenes que integran las sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha se han registrado desde el principio de su actividad el 7 de septiembre de 1951: los

⁴¹ La distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles se la debemos a James Bryce. Véase BRYCE, James, *Constituciones flexibles y rígidas*, estudio preliminar Pablo Lucas Verdú, pról. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 13, 19-39 y 59-68.

*derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación*⁴²

Por su parte, la Constitución Americana 1787 ha sido reformada a través de veintisiete enmiendas; desde las diez primeras enmiendas aprobadas conjuntamente el 15 de diciembre de 1791, dando lugar a lo que se conoce como *Bill of Rights*, hasta la enmienda vigésimo séptima en 1992.⁴³

El papel destacado de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido a través de la interpretación constitucional desde el nacimiento de la doctrina *judicial review* con el paradigmático caso *Marbury vs Madison* en 1803. La ventaja de esta vía consiste no solo en su capacidad de establecer cauces flexibles para realizar interpretaciones legítimas de la Constitución, sino para superar el formalismo inherente a las palabras inmutables del texto constitucional en su dimensión literal; ampliando la posibilidad de modificar el significado de la Constitución sin instaurar el procedimiento formal de reforma constitucional.⁴⁴

La importancia de la hermenéutica de los derechos fundamentales ha quedado patente en diversos estudios elaborados por distinguidos juristas del derecho constitucional contemporáneo. Representa una tarea altamente compleja y problemática, que en la actualidad viene a ser *el punto neurálgico de la teoría constitucional*; al grado de que la prevalencia de la adaptación de la Constitución a través de la reforma, está empezando a cambiar hacia la interpretación de la ley suprema.

⁴² ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y Estado*, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 35.

⁴³ Véase el estudio introductorio al sistema de reforma de la Constitución de los Estados Unidos: PASCUCCI DE PONTE, Enrico *Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de América en Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 2, Año 2004, separata, http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER04_003.pdf

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 11-12. Una obra esencial para entender la dinámica constitucional norteamericana entre la reforma constitucional, la interpretación judicial y la legislación ordinaria en los términos planteados en el estudio que nos ocupa Véase VILE, John R., *Constitutional change in the United States: a comparative study of the role of Constitutional Amendments, Judicial Interpretations, and Legislative and Executive Actions*, Praeger, Westport Conn., 1994. De igual forma destaca el artículo SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro *Supremacía Constitucional y Aplicación Judicial de la Constitución en los Estados Unidos: objeciones a la Judicial Supremacy en Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 1, 2012, pp. 117 – 144.

Pablo Lucas Verdú señala de manera categórica que la interpretación Constitucional en la actualidad es la *médula del derecho constitucional contemporáneo*.⁴⁵ Konrad Hesse por su parte, afirma que la importancia de la interpretación constitucional es fundamental para resolver los problemas que implica desentrañar el sentido abierto, amplio e indeterminado de las normas constitucionales; aunado a la importancia que adquiere la jurisprudencia de la justicia constitucional que emiten los tribunales supremos, en el entendido de que su vinculatoriedad no solamente va dirigida hacia el ciudadano, sino a todos los órganos del Estado.⁴⁶

La mayoría de la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, ha retomado el gran aporte de los principios de interpretación constitucional que Konrad Hesse formuló en su paradigmático libro *Escritos de derecho constitucional*. La influencia de Hesse ha sido determinante en los derroteros de la teoría constitucional, con especial énfasis en la doctrina de la interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la justicia constitucional; dichos criterios interpretativos, han logrado permear en los desarrollos teóricos de grandes tratadistas del derecho constitucional de todo el mundo, y de manera específica, en la mayoría de los doctrinistas del derecho procesal constitucional iberoamericano.⁴⁷

Francisco Rubio Llorente ha sostenido que la interpretación es el núcleo central de la teoría de la Constitución. En la medida en

⁴⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, "Prólogo" a CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, p. XIX - XXI.

⁴⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Introducción Pedro Cruz Villalón, Epílogo Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 58.

⁴⁷ Resulta imposible citar a todos los tratadistas contemporáneos de la justicia constitucional y convencional que aluden al pensamiento hermenéutico de Konrad Hesse, en cuanto a sus criterios interpretativos de las normas constitucionales, por lo que citamos los más representativos a nuestro juicio: FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, 1ª reimp, Porrúa, México, 2015, pp. 287-308; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación y garantías constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 64, 70, 79, 130, 184, 191, 196-197, 227, *passim*; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 11-24, 103-104 y 163, *passim*.

que el Estado contemporáneo es precisamente Estado constitucional, el problema de la interpretación es también problema central de la teoría del Estado e incluso de la teoría del derecho en general.⁴⁸

En ese contexto, afirmamos que el tema principal del derecho contemporáneo, es el de la *interpretación constitucional*, al unir en un solo vértice, materias como el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional y convencional, así como la filosofía del derecho, desde sus diferentes perspectivas, pues todas ellas tienen en común el objeto de conocimiento: los derechos fundamentales.

Además de la interpretación constitucional, la revolución que ha traído la argumentación jurídica la resalta Rodolfo Vigo, cuando señala que al momento de aplicar las normas de derecho fundamental, se utiliza un *discurso argumentativo en las decisiones judiciales*; pues ahora ya no solo se hablan de métodos de interpretación, sino de una nómina de argumentos que justifican razonablemente determinada interpretación de una norma constitucional.⁴⁹

En suma, para Hesse la interpretación constitucional es *concretización (Konkretisierung): lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata, a través de la interpretación del contenido normativo de las normas de derecho fundamental*.⁵⁰

Por todo lo anterior, la interpretación constitucional como parte integrante de la *dinámica de la Constitución*, debería de ser el medio idóneo a través del cual, adaptemos la ley fundamental a las problemáticas, conflictos y circunstancias bajo las cuales se concreta el sentido normativo de la carta magna. Pues en lugar de elegir la vía hermenéutica para adecuarla a los tiempos y necesidades actuales, se optó por reformar el texto de la Constitución en lugar de interpretarlo.

En efecto, en México se implementó de manera abusiva y desproporcionada, el proceso de reforma constitucional, que en muchas de las veces introdujo disposiciones repetitivas,

⁴⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, op. cit., p. 573.

⁴⁹ VIGO, Rodolfo L., *Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch- Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México, 2013, p. 602-603.

⁵⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 63.

contradictorias incoherentes e inútiles, antes de agotar de forma previa o preventiva una adecuada interpretación constitucional.

Para Salvador Nava Gomar la encrucijada mexicana en la que se ha movido la dinámica constitucional a lo largo de su historia, ha sido principalmente entre la reforma constitucional y la interpretación; prevaleciendo siempre el proceso de modificación por el constituyente permanente en lugar de una adecuada *hermenéutica de la ley fundamental*. En resumen, *menos reforma y más interpretación*, es lo que concluye para acabar con ese círculo vicioso de la reforma como método natural de adaptación constitucional.⁵¹

Aunado a lo anterior, Cossío Díaz establece que la función interpretativa en México, es más una expresión ideológica del régimen por el cual hemos estado gobernados y no una auténtica labor científica en la que se busque la recreación del texto constitucional; una expresión democrática y pluralista de los distintos significados que encierra el texto constitucional.⁵²

Así pues, la interpretación es la forma más idónea de velar por la vigencia de la Constitución, que su modificación formal a través de la reforma. Pues para actualizar las normas a los casos concretos, con la hermenéutica constitucional se le impregna un sentido razonable y adecuado para resolver los conflictos, a los que los jueces están llamados a resolver; y en general para todas las autoridades ante los casos que de manera literal o aparente no tienen solución sino por una interpretación conforme, o en todo caso, una mutación constitucional de manera adaptativa.

IV] Conclusión: interpretación mutativa de la Constitución como la nueva dinámica de la Constitución Mexicana en el control de convencionalidad

⁵¹ Una exposición sucinta de su dinámica constitucional en NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, *Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos* en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación constitucional*, Porrúa – UNAM, México, 2005, pp. 795-817; NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, "Interpretación y reforma: dos figuras de la dinámica constitucional distintas y complementarias" en *Jurídica. Anuario*, núm. 30, 2000, pp. 111-151. La propuesta *in extenso* en su tesis doctoral NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, op. cit.

⁵² RAMÓN COSSÍO, José y RAIGOSA, Luis, *Régimen político e interpretación constitucional en México*, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., pp. 255-270.

La conclusión principal de nuestro estudio es que la reforma constitucional debe ser *la última ratio* de la dinámica constitucional mexicana, pues si bien la Constitución tiene la posibilidad de adaptar sus normas a las necesidades actuales de la sociedad a través del constituyente permanente, ésta tiene sus límites intangibles, tanto para instaurar una reforma como para interpretarla: la dinámica constitucional oscila entre la mutación constitucional legítima, el quebrantamiento constitucional ilegítimo o en su caso el cuestionamiento de la constitucionalidad de la constitución⁵³ o su inconventionalidad en relación con la violación a derechos humanos de fuente internacional.⁵⁴

De los errores y deficiencias del texto constitucional, advertimos la imperiosa necesidad de una reforma integral de la Constitución mexicana, que sin modificar temas esenciales, se realice una reestructuración y reordenación del texto constitucional, para efecto de solucionarlos; pues de lo contrario sería necesario promulgar una nueva Constitución para darle esa impostergable sistematicidad y coherencia.

Sin embargo, la promulgación de una nueva Constitución no sería conveniente en las circunstancias actuales del país. Carpizo puso un énfasis muy importante en que los tiempos no están para un Constituyente, pues antes debemos resolver problemas que forman parte de la agenda ordinaria de la nación, que iniciar un debate de gran calado. La nueva Constitución implicaría debatir sobre cuestiones esenciales como *las decisiones política fundamentales*: la soberanía de la nación mexicana, constituida como una república, democrática, federal, representativa; sostener un estado constitucional de derecho en el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, y el principio de división de poderes, además de los principios propios del constitucionalismo mexicano como el federalismo, la separación iglesia-estado y los medios de

⁵³ Véase BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, presentación Domingo García Belaunde y F. Javier Díaz Revorio, Palestra, Lima, 2010,

⁵⁴ Como en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos puede cuestionar a la Constitución de un Estado parte de dicha Convención, mas ninguna Constitución nacional puede cuestionar al referido Pacto de San José; lo cual pudiera producir la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir su modificación como sucedió en el caso *la última tentación de Cristo*, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de su Constitución por establecer la censura previa. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad en Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 124, 129 y 133.

control constitucional como el amparo, este último reformado junto con la materia de derechos humanos en general en junio de 2011.⁵⁵

Así pues, la posibilidad de la *mutación constitucional* sin recurrir al procedimiento de reforma de la ley fundamental es sin duda un tema polémico sin visos de pacificación⁵⁶; pues incide en el tema central de lo que cada jurista sostiene sobre el concepto mismo de Constitución: si es una Constitución escrita o no escrita, rígida o flexible, cerrada o abierta, formalista o principialista, individualista o comunitarista, etcétera.⁵⁷

Lo importante aquí es corroborar que existe la posibilidad de adecuar el sentido de la Constitución a los casos y circunstancias concretas, sin instaurar propiamente el procedimiento formal de reforma constitucional a través de una *interpretación mutativa*. Es decir, la mutación Constitucional, es darle un dinamismo flexible al texto constitucional sin modificarlo a través del procedimiento formal que establece la norma fundamental: [...] *una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado diferente.*⁵⁸

La mutación constitucional adaptativa (por supresión o por adición) a través de la interpretación, debe realizarse conforme a la disposición establecida en la norma fundamental, sin falsear su

⁵⁵ CARPIZO, Jorge, *¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas*, en *Cuestiones constitucionales*, op. cit.

⁵⁶ Conceptos como rigidez y supremacía constitucional, quebrantamiento constitucional, las decisiones políticas fundamentales, el núcleo intangible de la Constitución y la mutación constitucional, han sido algunos de los paradigmas sobre el límite a las reformas constitucionales y a la interpretación constitucional. Autores como James Bryce, Georg Jellinek, Karl Loewenstein, Carl Schmitt y Konrad Hesse, entre otros, han abordado el tema, proporcionando para ello múltiples opciones, considerando principalmente los conceptos antes mencionados, así como el concepto mismo de Constitución. ROLLNERT LIERN, Göran, *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto, 2014, pp. 125-155; SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Núm. 58, enero-abril, 2000, pp. 105-135.

⁵⁷ Un artículo fundamental que examina sistemáticamente los diferentes usos del concepto de Constitución en el lenguaje jurídico y político. Véase COMANDUCCI, Paolo *Sobre el concepto de Constitución* en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.

⁵⁸ HESSE, Konrad, *Límites de la mutación constitucional* en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 98.

sentido; por lo cual, una interpretación pudiera ir en contra de la Constitución, excediendo el sentido correcto, reconocido en los límites que el mismo texto constitucional establece, ampliando o restringiendo su contenido normativo.⁵⁹

En consecuencia, debe existir una diferenciación entre *mutación legítima* y *mutación ilegítima*, pues conforme a Konrad Hesse la comprensión lógica del texto termina donde todavía existen posibilidades de interpretación de la norma, pues de lo contrario ya no será mutación constitucional válida, sino quebrantamiento o anulación de la Constitución.⁶⁰

Bajo las coordenadas de la reforma constitucional de derechos humanos en México de 2011, la mutación constitucional se manifiesta a través de la interpretación conforme, que parte de la presunción de constitucionalidad de la norma interpretada: cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben preferir aquella que sea compatible con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, y en todo caso, aquella que sea más favorable a la persona; cuando no se sea posible su interpretación conforme, es preciso inaplicar la norma al justificarse razonablemente mediante argumentación, su inconstitucionalidad o inconventionalidad.⁶¹

⁵⁹ Un estudio importante en defensa de la interpretación mutativa de la Constitución Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, op. cit., pp. 49-79. De manera particular, Néstor Pedro Sagüés habla de la vocación de las sentencias de la Corte IDH, en relación con el control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos; en el cual, la interpretación mutativa es una herramienta fundamental para lograr la consolidación en la protección de los derechos humanos en el sistema jurídico interno: *En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, puede justificarse por razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados.* SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Constitución convencionalizada*, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, 2016, p. 375.

⁶⁰ HESSE, Konrad, *Límites de la mutación constitucional en Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 70-71 y 95-114.

⁶¹ Véase PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Con la citada reforma constitucional, México ha dado un paso firme a la nueva conformación del Estado constitucional contemporáneo, bajo el entendido de que nuestra Constitución es una auténtica norma jurídica exigible en tribunales; y no un mero programa político que precisa de ulterior desarrollo legislativo para que sea coercitiva.⁶²

Por lo cual, la Constitución se ha convertido en un factor esencial de cohesión social, en la exigibilidad de los derechos fundamentales para la vigencia y la concreción de sus contenidos de valor en los casos concretos. Entre más sea conocida una Constitución por sus ciudadanos mayor será el estándar de cumplimiento y exigibilidad por parte de las autoridades del Estado –principalmente los tribunales–, así como de los mismos ciudadanos.

Ante el paradigma de la Constitución normativa, se gestaron diversas modificaciones de la ley fundamental mexicana. La doctrina contemporánea de la filosofía del derecho como el *neoconstitucionalismo*, ha orientado un cambio sustantivo para la interpretación, protección y respeto de los derechos humanos, y cuyos cambios estructurales dieron lugar a un nuevo modelo de Constitución, que se pueden resumir en los siguientes puntos esenciales:

i. Tendencia al *constitucionalismo sustancial* por el reconocimiento *pre-jurídico* de esos derechos, y no su

Tesis: P. LXIX/2011, [TA]; 10a. Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Pág. 552. Una aproximación esencial al principio de interpretación conforme bajo el modelo del control de convencionalidad Véase FERRER MC-GREGOR, Eduardo *Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano* en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012. Dos estudios elementales para entender la interpretación conforme en el contexto del control de convencionalidad: CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Porrúa - Instituto Mexicano Derecho Procesal Constitucional, México, 2013 y CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, pro. Luis López Guerra y Francisco Javier Díaz Revorio, Porrúa - Instituto Mexicano Derecho Procesal Constitucional, México, 2015.

⁶² Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006 y VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, pp. 9-10 y 113-115.

otorgamiento desde una postura positivista, como lo propone el *constitucionalismo positivista*;

ii. *Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*, por la incorporación al sistema jurídico interno de los tratados internacionales de la materia, y ya no sólo bajo una visión nacionalista de proteger sólo los derechos establecidos en la Constitución;

iii. Expansión del control de constitucionalidad, al *control difuso ex officio de convencionalidad* por parte de los jueces nacionales, para vigilar el cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; extendiendo el manto protector de la Constitución hacia derechos no solamente nacionales, sino también internacionales, para integrar un nuevo *bloque de constitucionalidad*; y

iv. La incorporación de *principios constitucionales de interpretación* como la interpretación conforme, el principio *pro persona*, y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁶³

Por tanto, afirmamos que la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos en México, abre la ventana al *neoconstitucionalismo* y le otorga carta de naturalización en el ordenamiento jurídico de nuestro país, como un nuevo modelo de justicia constitucional en la protección y expansión de los derechos fundamentales, de conformidad a nuestra realidad política y jurídica.⁶⁴

Desde esa perspectiva, advertimos que la excesiva dinámica de la carta magna por reforma constitucional a lo largo de la historia

⁶³ Una revisión muy completa del nuevo paradigma de la Constitución normativa y el control de convencionalidad en México, desde las coordenadas de la hermenéutica jurídica Véase en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: hermenéutica convencional* en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit., pp. 91-159. Nuestra propuesta in extenso en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, 1ª reimp, Porrúa, México, 2015. De igual forma las distintas posturas de doctrinistas latinoamericanos y españoles, que muestran las variables del control de convencionalidad en la observancia de las decisiones judiciales incluyendo nuestra propuesta Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: hermenéutica convencional* en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit.

⁶⁴ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad en el Estado constitucional: México ante el paradigma de la constitución convencionalizada* en *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 49-89.

del constitucionalismo mexicano, en los distintos periodos presidenciales, originó en algún sentido la transformación del modelo de Constitución rígida, al grado del quebrantamiento constitucional, por modificar en alguna medida las decisiones políticas fundamentales como núcleo intangible de la Constitución⁶⁵ y en muchos sentidos se establecieron restricciones a los derechos humanos de forma injustificada: la reforma constitucional no puede vulnerar los valores democráticos que le confieren existencia formal y material al documento jurídico-político que constituye a una nación determinada, y peor aún, establecer restricciones injustificadas en menoscabo de los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, en la historia del constitucionalismo mexicano, la *voluntad de Constitución*⁶⁶ siempre fue un elemento esencial en la práctica constitucional del Primer Mandatario de la Nación: *tener la firme convicción de permanecer bajo los cauces constitucionales y legales en la implementación de su programa político de gobierno*. Con distintos temperamentos del presidencialismo mexicano, la transición democrática y la alternancia en el poder, se implementó la dinámica constitucional de la reforma en comunión con los distintos actores y fuerzas políticas del país, representados en el Congreso de la Unión y en los gobiernos de los estados; en lugar de imponer una dictadura o el rompimiento abrupto del ordenamiento jurídico por una revolución o por el abandono del estado de derecho como la problemática de Venezuela.

Podríamos tener diversidad de opiniones respecto de la buena o mala gestión de los presidentes, en cuanto a sus decisiones o a sus políticas públicas a lo largo de su mandato; lo que tenemos cierto es que hasta ahora, hemos transitado por un presidencialismo exacerbado al grado de llamarle la *dictadura perfecta*⁶⁷ en la cual el titular del ejecutivo federal gozaba de

⁶⁵ Véase VÁZQUEZ GÓMEZ VISOGNO, Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución al poder constituido*, Porrúa, México, 2012 y CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa – UNAM, 2008, pp. 243-261.

⁶⁶ Konrad Hesse afirma la existencia del auténtico espíritu y convicción de institucionalizar la *inercia vital* en el actuar permanente y cotidiano en el ejercicio del poder, por la constante y perpetua *voluntad de Constitución*, o mejor dicho, con la pretensión de *actuar y vivir en Constitución (Wille zur Verfassung)*. Véase HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 84 y ss.

⁶⁷ Definición del sistema político mexicano que hiciera célebre al escritor peruano Mario Vargas Llosa, quien se refería a una agravante de la democracia en México, en cuanto a que si bien *tiene las características de la dictadura: la permanencia, no de un hombre, pero sí de un*

facultades meta-constitucionales que daba la apariencia de un poder ilimitado y omnímodo⁶⁸; por lo que una vez concretada la alternancia del partido en el poder, México pasó de la dictadura perfecta a la democracia imperfecta.⁶⁹

En ese orden de ideas, concluimos que cada periodo sexenal se distinguió como un modelo singular de Constitución marcado por el estilo constitucional de gobernar del Presidente.

La supremacía constitucional se sigue resguardando por el establecimiento de un procedimiento agravado de reforma bajo el modelo de Constitución rígida, pues de seguir la inercia de su modificación constante, corre el riesgo de perder arraigo y vigencia para las autoridades públicas y los ciudadanos; la certeza y seguridad jurídica, el principio de división de poderes y los derechos fundamentales, son los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema constitucional mexicano, pues si bien existe la posibilidad de mutación constitucional a través de la interpretación, en ningún momento es permitido falsear el sentido del texto de nuestra carta fundamental en contravención con las *decisiones políticas fundamentales*.

Por lo tanto, el procedimiento de reforma constitucional atiende a necesidades apremiantes de la sociedad, cuando la normativa fundamental ya no da respuestas plausibles a problemáticas intrincadas y se vuelve ineludible que el poder democrático del constituyente, accione el mecanismo agravado de modificación a la Constitución; en ese sentido, la reforma constitucional también es garantía y custodia del respeto a la Constitución y a la democracia, pues ¿Quién mejor que el poder constituyente permanente, el legitimado para implementar la adecuación de la ley fundamental a la realidad histórica del pueblo,

partido. Y de un partido que es inamovible. Véase VARGAS LLOSA, Mario México es la dictadura perfecta. Españoles, y latinoamericanos intervienen en la polémica sobre el compromiso y la libertad en El país.
https://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001_850215.html

⁶⁸ Cuando pretendemos ejemplificar el poder que tenía el Presidente de la República, es muy recurrente referirnos a la anécdota histórica que se le atribuye al General Don Porfirio Díaz, quien en una ocasión le preguntó a un colaborador: *¿Qué hora es?* y le respondió con un gesto firme y complaciente: *La que usted ordene, señor Presidente*.

⁶⁹ Al referirse a la transición democrática de México, años después Vargas Llosa, redefiniría el célebre aforismo afirmando México pasó de la dictadura perfecta a la democracia imperfecta en *Proceso*, edición del 19 de octubre de 2007. Consultable en la siguiente liga: <http://www.proceso.com.mx/211911/mexico-paso-de-la-de-la-dictadura-perfecta-a-la-democracia-imperfecta-vargas-llosa>

como *guardián originario de su núcleo intangible y de las decisiones políticas fundamentales*?⁷⁰

Al final del día, cuando nos preguntamos ¿Qué tipo de Constitución es la Constitución Mexicana de 1917? No podríamos sostener que es la misma que el constituyente de Querétaro promulgó el 5 de febrero de 1917 y por ende nos enfrentamos con el dilema: ¿La forma tan rápida en la que se ha reformado la Constitución es algo positivo para su cumplimiento y observancia?

A través de la historia del constitucionalismo mexicano, llegamos a la convicción de que debemos optar por la idea de un sistema jurídico dinámico y no estático. La *dialéctica constitucional* gira en tono a la necesidad de contar con un sistema jurídico basado en principios que se aplican de forma gradual, cuya ponderación resulta ser un proceso necesario, considerando que un cuerpo normativo no contempla todas las respuestas; en lugar de considerar que nuestro sistema jurídico se basa en reglas petrificadas e inamovibles, de las cuales devienen todas las respuestas.

Como conclusión empleamos la idea metafórica de Claus-Wilhelm Canaris, que al describir a los sistemas contemporáneos que incorporan *supremos valores jurídicos* en las constituciones, invierte la versión fuerte del sistema jurídico como cadena normativa de autorización formal de actos, hacia un sistema jurídico más flexible o *poroso*⁷¹; que reconoce principios sujetos a

⁷⁰ Para Ricardo Sepúlveda reformar la Constitución también es respetarla y someterse a ella, siguiendo los lineamientos que para su reforma ella misma establece; en consecuencia, para no vulnerarla y cuando así lo exigen los tiempos constitucionales, el artículo 135 es uno de los artículos que quizá mayor operatividad ha tenido. SEPÚLVEDA IGUÍÑIZ, Ricardo J., *Propuesta de un procedimiento de reforma constitucional realmente legítimo y democrático en Ars Iuris*, núm. 12, 1994, p. 267. Véase DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia en II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2006. Consultable en la siguiente liga:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5768404.pdf>

⁷¹ Según la apreciación muy ejemplificativa del sistema jurídico de principios de Rodolfo L. Vigo en relación con el esquema que plantea Claus-Wilhelm Canaris. Para la idea de un sistema jurídico abierto Véase CANARIS Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 71-84; Dos obras fundamentales que dan cuenta de la transición del Estado de derecho legal, hacia la constitucionalización y judicialización del ordenamiento jurídico representado en el modelo jurídico-político del Estado de derecho constitucional. VIGO, Rodolfo L. *De la ley al derecho*, op. cit., p. 8; del mismo autor *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013, pp. 25-26.

ponderación en los casos que se argumente un aparente conflicto entre derechos fundamentales.

La conclusión es que nuestra Constitución debe adoptar una idea distinta del sistema jurídico del positivismo del Estado de derecho legal, que se asemeja más a una fotografía, que de manera estática prefigura todas las respuestas a las que el jurista pretende acceder al interpretarlo; con la pretensión de ser un sistema jurídico coherente y perfecto, sin antinomias y lagunas.

Para lograr que la Constitución mexicana tenga vigencia y un adecuado cumplimiento, se debe adoptar la idea de un sistema jurídico *poroso, flexible y modesto*, desde un aspecto más débil en cuanto a su completitud y coherencia, más no así en cuanto a su observancia coercitiva como norma jurídica operativa y vinculante. Una Constitución que no acepta la realidad termina por ser letra muerta, y en ese sentido necesita adaptarse a las necesidades apremiantes de la sociedad.

Se propone que el sistema jurídico sea como una película, que es la proyección de la fuerza normativa de la Constitución, a la luz de una secuencia gradual de imágenes de esa compleja realidad y que dan pauta para la aplicación diferenciada de las normas que contienen principios a través de la ponderación.

Esa concepción del aspecto dinámico de las normas jurídicas, hace posible la *mutación constitucional, pero sin falsear su sentido normativo*, que se encuentra inmerso en el texto expreso de la Constitución; principalmente en los principios jurídicos de derecho fundamental, en los cuales es preciso una interpretación ponderativa, en el que se argumente el peso específico de principio en los casos concretos de la vida cotidiana.⁷²

En definitiva, la pretensión del aplicador del derecho será más modesta y deberá basarse en un sistema *tópico* o de principios en concordancia con la prefiguración que hemos esbozado con Canaris; como un sistema *flexible, poroso o débil*, que sea puesto a prueba ante los casos difíciles y complejos que se le presentan al

⁷² La complejidad de la interpretación constitucional y la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en el contexto del Estado constitucional de derecho, la hemos tratado en otro lugar, con la participación de distinguidos doctrinistas como Carlos Bernal Pulido, Marcos del Rosario Rodríguez, Juan Cianciardo, Carlos I. Massini, Gabriel Mora Restrepo, Fernando Toller y Rodolfo L. Vigo, entre otros. FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2013.

aplicador del derecho; en el que se haga posible una adecuada interpretación mutativa de la norma fundamental mexicana, auspiciada por la aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación conforme y el principio *pro persona* en la implementación de un modelo integral de justicia constitucional y convencional.⁷³

Bibliografía

- AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, 1ª reimp., UNAM, México, 1999.
- ANDRADE, Eduardo, "¿Nueva Constitución? ¿Para qué?" en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, *op. cit.*
- ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- ALFEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. Humberto Orduz Maldonado, Temis, Bogotá, 2006.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, pról. Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, presentación Domingo García Belaunde y F. Javier Díaz Revorio, Palestra, Lima, 2010,
- BARCELÓ ROJAS, Daniel A., et. al., *Percepciones sobre el federalismo en México. Encuesta Nacional de Federalismo*, UNAM, México, 2015, p. 145.
- BÖKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y rígidas*, estudio preliminar Pablo Lucas Verdú, pról. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Porrúa - Instituto Mexicano Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.
- CANARIS Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, pról. Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁷³ El tema de la hermenéutica de los derechos fundamentales lo he trabajado en mi tesis doctoral, donde me encargo de manera particular respecto de la interpretación de las normas de derechos humanos, tanto de fuente nacional como internacional; dicho análisis se realiza, a partir de los postulados esenciales de nuestra *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, hasta ahora inédita.

COMANDUCCI, Paolo "Sobre el concepto de Constitución" en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel, "Verborrea e incultura constitucional" en *Nexos en línea*, febrero 2012; consultable en:

<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102550>

_____, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa – UNAM, 2008.

_____, "El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México" en HERNÁNDEZ, Antonio María y VALADÉZ, Diego (coords.), *Estudio sobre el federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Farías*, UNAM, México, 2003.

_____, "La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediatos", en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, prologado por Luis López Guerra y Francisco Javier Díaz Revorio, Porrúa - Instituto Mexicano Derecho Procesal Constitucional, México, 2015.

CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación y garantías constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2013.

CARDENAS, Jaime, "En torno a una nueva Constitución" en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

CARPIZO, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, Porrúa-IMDPC, México, 2009.

CARPIZO, Jorge, ¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 24, enero-junio 2011.

_____, *El presidencialismo mexicano*, 19 ed., Siglo XXI, México, 2006.

_____, "México: ¿Hacia una nueva Constitución?" en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

CONCHA CANTÚ, Hugo A., et. al., *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, UNAM-TEPJF-COFEMER, México, 2004.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón (coord.), et. al. eds., *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tirant lo Blanch, México, 2017, 3 tomos.

_____, "El estilo constitucional de gobernar", en *El Universal*, sección Opinión, versión online del 14 de febrero 2017. Consultable en la siguiente liga:

<http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/2017/02/14/el-estilo-constitucional-de>

_____, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 1ª reimpr., Fontamara, México, 2004.

_____, "Teoría constitucional en México", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2002.

_____, "Supuestos de la constitucionalidad" en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

_____, *Régimen autoritario y dogmática constitucional*, Fontamara, México, 1998.

RAMÓN COSSÍO, José y RAIGOSA, Luis, "Régimen político e interpretación constitucional en México", en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998.

COSÍO VILLEGAS, Daniel, *El estilo personal de gobernar*, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1974.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia" en *II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, 2006. Consultable en la siguiente liga: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5768404.pdf>

_____, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009.

EZQUIVEL, Gerardo, et. al., (coords.), *Cien ensayos para el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, UNAM – IJJ – Senado – Instituto Belisario Domínguez, México, 2017, 4 tomos.

FERRER MC-GREGOR, Eduardo "Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GUERRERO GALVÁN, Luis René (coords.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, UNAM – IJJ – Miguel Ángel Porrúa - Cámara de Diputados – Senado de la República – SCJN – TEPJF – INE – CNDH, México, 2016, 12 tomos.

FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional. Anteproyecto*, 2ª ed., UNAM – IJJ – IIDC – Senado – Cámara de Diputados – CEEIP, México, 2017.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas." AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

FLORES SALDAÑA, Antonio, *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, con calificación aprobatoria en la Universidad Panamericana Sede Guadalajara, México, 2017, inédita.

_____, "Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: hermenéutica convencional" en FLORES SALDAÑA, Antonio

- (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2016.
- _____, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, 1ª reimp, Porrúa, México, 2015.
- _____, (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2013.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "La interpretación jurídica en México" en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 4ª reimp., Fontamara, México, pp. 237-254.
- GORMLEY, Ken, *The Presidents and the Constitution*, New York University Press, New York, 2016.
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Introducción Pedro Cruz Villalón, Epílogo Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- _____, "Límites de la mutación constitucional" en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit.
- KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial. De Manuel Ávila Camacho a Carlos Salinas de Gortari*, 1ª ed. Biblioteca Histórica Enrique Krauze, TusQuets, México, 2014.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, "Prólogo" a CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, p. XIX - XXI.
- NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación constitucional*, Porrúa – UNAM, México, 2005.
- _____, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Universidad Complutense-UNAM-Universidad Anáhuac Sur-Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- _____, "Interpretación y reforma: dos figuras de la dinámica constitucional distintas y complementarias" en *Jurídica. Anuario*, núm. 30, 2000.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa-IMDPC, México, 2006
- ORIHUELA BURGO, Ignacio, "Reformabilidad de la Constitución", en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.
- PASCUCCI DE PONTE, Enrico "Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de América" en *Saberes. Revista de*

estudios jurídicos, económicos y sociales, vol. 2, Año 2004, separata. Consultable en línea en la siguiente liga (consultado 22 de marzo de 2017): http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER04_003.pdf

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

RABASA, Emilio O., "A manera de introducción" en AA. VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, op. cit.

ROLLNERT LIERN, Göran, "La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto, 2014.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'Constitución convencionalizada' ", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit.

_____, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa-IMDPC, México, 2013.

_____, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad" en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2012.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Núm. 58, enero-abril, 2000.

SAYEG HELÚ, Jorge, *Las reformas y adiciones constitucionales durante la gestión presidencial de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988)*, Porrúa, México, 1988.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo, Versión española de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2011.

SÉPULVEDA IGUIÑIZ, Ricardo J., "Propuesta de un procedimiento de reforma constitucional realmente legítimo y democrático" en *Ars Juris*, núm. 12, 1994.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro "Supremacía constitucional y aplicación judicial de la Constitución en los Estados Unidos: objeciones a la *Judicial Supremacy*" en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 117 – 144.

SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, Porrúa, México, 2009.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40ª ed., 1ª reimp., Porrúa, México, 2011.

TORRES ESTRADA, Pedro, "Las tendencias del derecho constitucional en México" en *id.*, *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, Limusa-

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006.

VILE, John R., *Constitutional change in the United States: a comparative study of the role of constitutional amendments, judicial interpretations, and legislative and executive actions*, Praeger, Westport Conn., 1994.

VIGO, Rodolfo L., "Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch- Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México, 2013.

_____, *De la ley al derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 2013

_____, *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013.

_____, *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 56-57, 85-86, 108, 121, 129 y 135-136, *passim*;

VARGAS LLOSA, Mario "México es la dictadura perfecta. Españoles, y latinoamericanos intervienen en la polémica sobre el compromiso y la libertad" en *El país*, edición impresa del 1 de septiembre de 1990, consultable en la siguiente liga:

https://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001_850215.html

_____, "México pasó de la "dictadura perfecta" a la "democracia imperfecta" en

Proceso, edición del 19 de octubre de 2007. Consultable en la siguiente liga:

<http://www.proceso.com.mx/211911/mexico-paso-de-la-de-la-dictadura-perfecta-a-la-democracia-imperfecta-vargas-llosa>

VÁZQUEZ GÓMEZ VISOGNO, Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución al poder constituido*, Porrúa, México, 2012.

Fecha de recepción: 25 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2018

El Federalismo Mexicano: Crónica de una Muerte Anunciada

A Isaías Rivera Rodríguez

El Gobierno Federal y los de los Estados no son, en realidad, sino diferentes mandatarios y representantes fiduciarios del pueblo, dotados de poderes diferentes y designados para finalidades diversas.

James Madison, *El federalista*, XLVI

GUILLERMO A. GATT CORONA (COORDINADOR)
MAITE CADENA URUÑUELA
LUIS EDUARDO DE LA TORRE LIMÓN
SOFÍA SARASVASTI ROJAS MEDINA
PALOMA RUVALCABA VALENCIA
MARIEL SKEEN SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El modelo mexicano: federalismo en EUA.* III. *Adopción del federalismo en México en 1824.* IV. *Evolución del federalismo mexicano.* V. *Federalismo en EUA vs federalismo en México.* VI. *Implicaciones de un código nacional de procedimientos civiles y familiares al federalismo.* VII. *Conclusión.*

Resumen. El presente artículo estudia el desarrollo y estado actual del federalismo mexicano. Los diversos autores examinan cómo el modelo de gobierno mexicano fue adaptado preliminarmente de los Estados Unidos y la manera en que fue evolucionando a través de la historia. A su vez, se genera un análisis crítico en torno a si diversas reformas constitucionales contemporáneas representan o no una regresión a la centralización del poder. A raíz del estudio del modelo federalista mexicano y su comparación con el sistema estadounidense, los autores invitan al lector a plantearse y resolver incógnitas relacionadas con; la vigencia del sistema federal mexicano, su idoneidad como forma de gobierno y la latente tendencia de centralizar los poderes públicos, con las posibles consecuencias, ya sean positivas o negativas, que esto pudiese conllevar.

Palabras clave: Federalismo mexicano, república federal, México.

Abstract. *The following article studies the development and actual state of the Mexican federal system. The authors examine*

how was the Mexican government organization firstly adapted from the United States, and the way that it has developed throughout time. In addition, the article analyzes whether modern constitutional reforms imply a tendency towards centralism in Mexico. Based on the study of the Mexican federal system as well as its comparison with the United States model, the authors invite readers to generate debate regarding the Mexican federal system validity, whether it is the best option for the country and the contemporary tendency towards a national centralist system, including its possible positive and negative consequences.

Keywords: Mexican federalism, Federal Republic, Mexico.

I] Introducción [Guillermo Gatt]

Desde que en la primaria nos disfrazábamos de Morelos, Hidalgo y Allende para cumplir con las actividades previstas para los días cívicos en el caluroso patio de la escuela, los profesores nos han repetido en múltiples ocasiones aquello de que, estando previsto en el artículo 40 de la Constitución, es voluntad del pueblo mexicano (o tal vez de los líderes mayormente carrancistas¹ reunidos en el Teatro de la República² en Diciembre de 1916 y Enero y Febrero de 1917³) constituirse en una República

¹ Todos los Constituyentes llevaron una representación genuina: hubo radicales y moderados, pero todos revolucionarios; todos en la misma línea, buscando la realización del gran fin. JARA Heriberto, *En Torno a la Constitución*, en *El Pensamiento Mexicano sobre la Constitución de 1917*, Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, México, 1987, p. 34.

² Los desconocidos nombres de entonces han tomado el lugar que merecen: Jorge Von Versen, Manuel Cepeda Medrano, Félix Palavicini, Rafael Martínez (Rip-Rip), Ciro Ceballos, Silvestre Dorador, Alberto Terrones, José Natividad Macías, Jesús López Lira, Hilario Medina, Enrique Colunga, Alfonso Cravioto, Marcelino Dávalos, Esteban B. Calderón, Paulino Machorro, Donato Bravo Izquierdo, Francisco J. Múgica, Jesús Romero Flores, Celestino Pérez, David Pastrana Jaime, Froylán Manjarrez, Pastor Rouaix, Porfirio del Castillo, José María Truchuelo, Luis G. Monzón, Juan de Dios Bojórquez, Heriberto Jara, Victorio Góngora, Cándido Aguilar, Antonio Ancona Albertos, Enrique Regis o Héctor Victoria, para nombrar a algunos de ellos solamente. DEL ARENAL FENOCHIO Jaime M., *Ibidem*, p. XIX

³ Hay que recordar que el grupo de renovadores eran aquellos que pertenecieron a la XXVI Legislatura de la Cámara de Diputados maderista y quienes, después de la traición de Huerta, continuaron desempeñando sus cargos, y ahora se declaraban amigos leales de Carranza. Entre este grupo se encontraba el mismo Palavicini, Alfonso Cravioto, José Natividad Macías, Luis Manuel Rojas, Guillermo Ordorica, Enrique O'Farril, Carlos M. Esquerro y Germán Ugarte. DÍAZ ALFARO Salomón, *La Composición del Congreso Constituyente de Querétaro de 1917*, p. 66, www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/649/10.pdf

representativa, democrática, laica y federal, compuesta por la Ciudad de México y Estados libres y soberanos (en lo concerniente a su régimen interior). ¿De verdad?

La determinación de constituirse en una federación es parte de la lucha fratricida que enmarcó el período de 1823 y hasta caído el Imperio de Maximiliano. No se trata de un tema menor en nuestra historia e identidad.

A partir de la caída del Emperador Austriaco y la victoria de Juárez, continuando con la larga trama que representan el Plan de la Noria, la presidencia de Lerdo, el Plan de Tuxtepec, la primer presidencia de Porfirio Díaz, el breve receso con Manuel González y el Porfiriato, seguidos de la Revolución y la Constitución de 1917 (con todo y la matanza de Tlaxcalantongo, Puebla), hasta nuestros días, se consolidó en el ideario nacional la convicción de que el Federalismo es la forma de Estado que conviene a nuestro país.⁴

El federalismo es una cuestión que está en las entrañas mismas de nuestra historia constitucional. Desde los inicios de nuestra vida independiente hasta la restauración de la República fue un tema que dividió a la nación. Federalismo o centralismo eran las dos propuestas fundamentales para la organización del Estado mexicano. En la lucha finalmente prevaleció la primera – el federalismo, aunque como expresión meramente teórica de un ideal que nunca alcanzaba a cristalizarse en la realidad política.⁵

Por mucho tiempo, la disputa doctrinal tenía que ver con la autenticidad histórica (o no) de nuestro federalismo. Mientras que algunos creemos que se trató fundamentalmente en 1824 de una adecuación de la Constitución exitosa de los Estados Unidos de América de 1787-1789 (donde efectivamente se unieron las distintas colonias independizadas de Inglaterra), otros como González Oropeza, González Schmal y Herrera y Lasso defienden

⁴ Simplificando al máximo los esquemas constitucionales modernos, como lo hace González Uribe, resultan solamente dos estructuras básicas del Estado: el Estado simple o unitario y el Estado compuesto o complejo. El criterio para hacer esta clasificación es el ejercicio de la soberanía en el Estado. Si la soberanía en el Estado se considera como una e indivisible y se ejercita sobre una sola población en un solo territorio, estamos en presencia de un Estado simple. Si, por el contrario, el ejercicio de la soberanía (y más propiamente las competencias de los poderes) está repartido entre un Estado mayor y una serie de Estados menores que contribuyen a formarlo, tenemos entonces el Estado compuesto. El ejemplo característico es el Estado federal, cuyas características matizaremos y precisaremos en otro lugar. GONZÁLEZ SCHMAL Raúl, Programa de Derecho Constitucional, Limusa – Universidad Iberoamericana, 2ª Edición, México, 2007, p. 66.

⁵ *Ibidem*, p. 105.

la originalidad y autenticidad del federalismo mexicano señalando por ejemplo cómo

Por ello no es exacto el reproche frecuente al Acta y la Constitución de 1824 de haber copiado casi mecánicamente el sistema federal de la Constitución norteamericana. Se pasa por alto que – como lo señala Rabasa – sus autores ‘eran conocedores no superficiales de las teorías democráticas y federalistas, y, que, fuese cual fuese su opinión personal, obedecieron de buena fe el mandato imperativo de las provincias declaradas contra el centralismo, pues hay en los preceptos de ambas leyes celoso empeño de asegurar la libertad interior de los Estados como una garantía contra las usurpaciones del poder central.’⁶

La disputa entre federalismo y centralismo es particularmente visible en el período de 1824 a 1857 donde en apenas más de tres décadas, se suceden de manera abrupta las Constituciones Federalista de 1824 (con sus Reformas de 1847) y de 1857, así como las Constituciones Centralistas de 1836 y 1843 (llamadas de *Las 7 Leyes* y *Las Bases Orgánicas*, respectivamente).⁷

Casi toda la doctrina coincide en que el adjetivo “soberano”⁸ para referirse a los Estados⁹ es inadecuada.¹⁰

⁶ *Ibidem*, p. 107, citando a RABASA Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, Editorial Porrúa, México, 1968, p. 7.

⁷ Para los textos íntegros de dichas legislaciones ver TENA RAMÍREZ Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2017*, Editorial Porrúa, México, 2017.

⁸ *En el ámbito jurídico-político no puede darse tal distinción, pues dentro del Estado no pueden coexistir dos elementos humanos en los que separadamente radique la soberanía.* BURGOA ORIHUELA Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, 2007, p. 269.

⁹ *Los Estados-miembros carecen del atributo de la soberanía, consecuentemente la soberanía no puede ser la característica de las entidades federativas.* GONZÁLEZ SCHMAL Raúl, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰ Jorge Carpizo señala, por ejemplo: El artículo 40 expresa que México es un Estado federal por voluntad del pueblo y que está constituido por Estados libres y soberanos, pero unidos en una federación. La tesis que asienta nuestro precepto constitucional es la teoría de Tocqueville, es la tesis de la cosoberanía: que tanto la federación como los Estados miembros son soberanos. El concepto asentado está en contradicción – afirma Mario de la Cueva- con la declaración del artículo 39; ‘La soberanía nacional, reside esencial y originariamente en el pueblo...’ ¿Entonces cómo es que los Estados miembros son soberanos, si el único soberano es el pueblo mexicano? Únicamente nos podemos explicar el contenido del artículo 40 a través de la perspectiva histórica... por tradición no tocó dicho precepto, pero una interpretación de nuestra constitución nos hace comprender que la tesis que señorea en nuestra Carta Magna es el pensamiento de los artículos 39 y 41. CARPIZO Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Porrúa, 14ª Edición, México, 2004, p. 228.

Sin embargo, resulta a todas luces claro que tenemos un federalismo cada vez más endeble. He aquí algunos ejemplos:

i.- concentración inusitada de dependencias federales, incluyendo órganos constitucionales autónomos en la Ciudad de México,

ii.- crecimiento vertiginoso de las atribuciones legislativas del Congreso de la Unión, cada una en detrimento correlativo de los Congresos de las Entidades Federativas,

iii.- concentración de atribuciones en autoridades *Federales* o *Nacionales* como en el caso de la conversión del Instituto Federal Electoral en Instituto Nacional Electoral.

Además, a diferencia de muchos otros Estados Federales, no existe en México el federalismo judicial y cualquier litigio de carácter estatal puede ser revisado por los tribunales federales, *brincando* de lo local a lo federal con el engañoso (pero perfectamente Constitucional) argumento de la violación a derechos humanos de legalidad, en los términos de los artículos 14 y 16 de la Constitución. En la mayor parte de las Federaciones, los tribunales Federales no revisan (excepto en casos excepcionales) las resoluciones de los tribunales locales. Habría que preguntarse en el caso mexicano, si el adjetivo *Supremo* de los más altos tribunales de cada entidad federativa es realmente válido, cuando prácticamente cualquiera de sus resoluciones puede ser revisada por un tribunal federal, típicamente un Tribunal Colegiado de Circuito. *Applying the exception of federal questions also manifests respect for state-level democratic processes by preventing a single disgruntled litigant with access to a federal court from undoing their results. Legislatures are the proper settings for policy debates.*¹¹

En cambio en el caso del poder judicial de los Estados Unidos de América, es particularmente ilustrativo en donde los casos de carácter local que han llegado a ser evaluados por la Suprema Corte (entre ellos los famosos *Miranda v Arizona*, *Mapp v Ohio*, *Texas v Johnson* y muchos otros) de aquel lugar (y no por

¹¹ *La aplicación de la excepción de cuestiones federales manifiesta una señal de respeto por los procesos democráticos a nivel estatal, al evitar que un solo litigante inconforme, con acceso a los tribunales federales, pueda destruir sus resultados. Las legislaturas son el sitio adecuado para los debates de políticas públicas.* (traducción del Coordinador). SILVERMAN Bradley G., *Federal Questions and the Domestic – Relations Exception*, The Yale Law Journal, Vol. 125, March 2016, No. 5 consultado en www.yalelawjournal.org/note/federal-questions-and-the-domestic-relations-exception, November 09, 2017.

tribunales de circuito) tenían todos un *substantive federal question*¹², y deben interpretarse conforme a la doctrina Erie.¹³

Tal vez estemos habituados a ello, pero vivimos en quizá el más centralistas de los federalismos.

El viernes 15 de septiembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a los artículos 16, 17 y 73 de la Carta Magna. Aunque los temas referidos en los primeros dos son muy interesantes y darán mucho de qué hablar, el propósito de este artículo es referirse a la modificación sufrida por el numeral 73 que se refiere a las facultades del Congreso de la Unión.

En dicha reforma se ha determinado por el Constituyente Permanente (en palabras de Tena Ramírez) que toda la legislación procesal civil y familiar sea ahora regulada por la Federación y no por los Estados¹⁴. Parece un despropósito separar lo procesal de lo sustantivo, pero no es aquí el lugar adecuado para cuestionar ese ángulo de la reforma. Lo que hay que plantear aquí es que reforma por reforma, se está avanzando, sin debatirse el tema seriamente,

¹² La expresión significa simplemente *un tema sustantivamente federal*. Al respecto, Neubauer señala por ejemplo: *The state supreme courts are the ultimate review board for matters involving interpretation of state law. The only other avenue for appeal for a disgruntled litigant is the U.S. Supreme Court, but successful applications are rare and must involve important policy makers.* NEUBAUER David W. & MEINHOLD Stephen S., *Judicial Process; Law, Courts and Politics in the United States*, Thompson, 4ª edición, Belmont, 2007, p. 102.

¹³ Derivado del caso *Erie Railroad Co. V Tompkins* 304. U.S. 64 (1939). *Erie* sets forth a constitutional principle that federal judicial lawmaking cannot dictate substantive rights where such lawmaking has only an adjudicative rationale – that is, where it is justified solely on the basis that there is federal authority to adjudicate a dispute or to create procedures for such adjudication. STEINMAN Adam. N., *What is the Erie Doctrine?*, University of Notre Dame Law Review, Vol. 84:1, 2008, p. 253.

¹⁴ Enrique Peña Nieto, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: *Que la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente Decreto...*

Se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...

Artículo Único.- Se reforma... la fracción XXX, recorriéndose en su orden la actual XXX para quedar como XXXI al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar como sigue:

Artículo 73.- ... I a XXIX-Z... XXX.- Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar;

XXXI.- Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

Diario Oficial de la Federación. Viernes 15 de Septiembre, 2017.

hacia un centralismo cada vez más exacerbado¹⁵. ¿Es eso lo ideal? No suena probable, pero tal vez lo sea. Lo que sí sería sensato es que este tema fuera discutido de manera responsable, profunda y adecuada por los actores políticos y jurídicos.

En cambio, las reformas que centralizan, pasan casi siempre desapercibidas, sin debates serios, sin que los medios se preocupen por dialogarlo. Parecería que en la lógica partidista y partidocrática que impera en México, basta con que los jefazos en el Congreso de la Unión se pongan de acuerdo para que cada uno *dé línea* a sus agremiados en los Congresos locales y poder cumplir a la letra de la ley, pero sin espíritu federalista, con los extremos previstos en el artículo 135 de la Constitución para una reforma Constitucional.

Tampoco se trata de cuestionar la calidad de la legislación procesal que se apruebe, y determinar si es mejor o peor que las que tenemos en las entidades federativas. También es posible que tenga razón el Ministro Zaldívar Lelo de Larrea en el sentido de que *Esta reforma brinda la oportunidad única de transformar a fondo el sistema de justicia en materia familiar en nuestro país*.¹⁶ El tema es que sin que se discuta, estamos transitando de un federalismo endeble a uno casi inexistente, sin generar apenas debates, diálogo y reflexión en el tema. Si es el camino adecuado, adelante, pero es nuestra responsabilidad histórica cuestionarlo.

En este trabajo analizaremos brevemente el origen histórico del federalismo norteamericano para después referirnos al proceso de adopción del federalismo mexicano y su evolución; compararemos algunos de los matices más relevantes que distinguen entre el federalismo mexicano y el de los Estados Unidos de América para finalmente hacer referencia a las implicaciones (en nuestra opinión desafortunadas) de un Código Nacional de Procedimientos en Materia Civil y Familiar.¹⁷

¹⁵ Los artículos transitorios de la reforma Constitucional otorgan un plazo al Congreso de la Unión de 180 días naturales para expedir la legislación procesal referida, quedando mientras tanto en vigor la legislación procesal civil y familiar de la Federación y de las entidades federativas. *Idem*, artículos tercero y cuarto transitorios.

¹⁶ ZALDIVAR Arturo, Justicia Cotidiana: Los niños frente a la Reforma Constitucional, Periódico Milenio, Guadalajara, Jalisco. Septiembre 19, 2017. Resulta por supuesto cierto como afirma el Ministro Zaldívar que: *No es exagerado decir que, hoy en día, todo el derecho familiar debe reinterpretarse a la luz del interés superior de los niños, como ya lo hiciera Jalisco en su Código Civil de 1995, influido por el pensamiento del ilustre jurista jalisciense Manuel Bailón Cabrera*.

¹⁷ En el ánimo de generar un diálogo académico, este trabajo ha sido realizado por cinco brillantes estudiantes de la licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana, bajo la coordinación del Dr. Guillermo A. Gatt Corona.

II] El modelo mexicano: federalismo en EUA [Mariel Skeen]

The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.
James Madison

La historia de los Estados Unidos de América es también la historia del *Modelo Federal* múltiples veces imitado en la gran mayoría de América Latina, y como bien se sabe, México no fue la excepción. La radical diferencia de antecedentes entre el federalismo americano del mexicano esclarece el porqué de sus diferencias y da argumentos a quienes afirman que en México se hizo una mala adaptación del modelo federal estadounidense¹⁸.

Desde principios de su fundación, las colonias inglesas en lo que hoy denominamos Nueva Inglaterra, se vieron forzadas a cooperar entre ellas contra los factores externos que amenazaban constantemente su tranquilidad y desarrollo: confrontaciones violentas con las poblaciones indígenas, avances de colonos holandeses y necesidades comerciales. La primera confederación creada bajo este supuesto fue en 1643 y operó bajo el nombre de Colonias Unidas de Nueva Inglaterra¹⁹ y entre sus artículos constitutivos se establecía la independencia y jurisdicción privativa de cada colonia sobre su territorio, y que en caso de guerras cada colonia debería aportar armas, hombres y dinero en defensa de la Confederación.

Posteriormente las confederaciones transitorias siguieron siendo comunes en la Nueva Inglaterra y las demás colonias, celebrando regularmente asambleas con los gobernadores y comisionados con el fin de convenir en medidas protectoras de las fronteras y demás asuntos de interés. El primer antecedente directo de un plan federal fue precisamente en la Asamblea de Albany en

¹⁸ Podríamos exponer prolijamente las circunstancias reales que alejan a nuestro llamada federalismo del tipo teórico diseñado constitucionalmente. Este alejamiento nos conduce a la conclusión de que México no es, en realidad, un Estado federal, sino un Estado descentralizado política, administrativa y legislativamente. Si conservamos la forma federal de Estado es sólo por un trasunto histórico y por una mera reminiscencia ideológica. BURGOA Ignacio, *op. cit.*, p. 461

¹⁹ KENT James & MEXÍA J. Carlos (traducción), *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, Oxford, Vol. 3, México, 1999, p.2.

el año de 1754²⁰ donde la asamblea tras analizar la situación de las colonias frente a Inglaterra, resolvió de manera unánime desechar todos los planes de dividir a la unión de colonias en confederaciones separadas y además propuso la elaboración de un plan de gobierno federal que no pudo consolidarse.

Sobradas razones tenían las colonias inglesas en América para desear su pronta independencia de la corona inglesa cuyo Parlamento asumió el derecho ilimitado de legislar todo aspecto concerniente a ellas, hasta llegar a imponer impuestos sin su consentimiento, argumento fundado en que las colonias carecían de representación.

Así, tras la expedición de las leyes sobre el té (1770-1773) se constituye un Segundo Congreso que une a las colonias en una nueva Confederación y donde se crea el ejército de la unión bajo el mando del general George Washington. Después del periodo de guerra de Independencia y tras la firma del tratado de paz con Inglaterra el 3 de septiembre de 1783, conocido como *Tratado Jay*, se reconoció la independencia de las colonias y se les otorgó una amplia pero ambigua concesión de tierras: de la frontera sur de Canadá a la frontera norte de Florida, y del Atlántico a Mississippi²¹.

Sin embargo aún con este éxito, la Confederación que operó de 1781 a 1789²² fue ineficaz para manejar los problemas intercoloniales debido a su falta de reconocimiento y de autoridad. Este rotundo fracaso provocó expectativas de una disolución definitiva que afortunadamente no logró consolidarse.

La necesidad de dotarse de una Constitución se relaciona con la manifestación hecha en la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, donde las colonias de forma ambiciosa anuncian el surgimiento de una nueva nación soberana. Así, la Declaración representa lo que para algunos es una especie de "derecho fundamental colectivo": la autodeterminación de los pueblos.²³

Esto se expresa de forma casi poética en el preámbulo de la Constitución norteamericana: *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad,*

²⁰ *Ibidem*, p.3.

²¹ BRINKLEY, Alan, *Historia de Estados Unidos*, Mc Graw Hill, México, 1996, p. 103.

²² *Idem*.

²³ CARBONELL Miguel, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2015, p. 8.

estatuimos y sancionamos esta Constitución de los Estados Unidos de América.²⁴

Por la necesidad de cooperación y presionados por sus propios ideales, todos los Estados, con excepción de Rhode Island, accedieron a nombrar delegados para la Convención general de Filadelfia de 1787²⁵. Fue en esta Convención donde grandes personajes de la historia de Estados Unidos conocidos como los Padres de la Constitución o Padres Fundadores²⁶, entre quienes sobresalen George Washington, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton y James Madison; después de largas deliberaciones que culminaron con una unanimidad sin precedentes, aprobaron el plan de gobierno que hoy forma la Constitución de los Estados Unidos; además se acordó someterlos a la aprobación y ratificación de Convenciones populares que debían celebrarse en cada estado²⁷. Esta última disposición, que se equipara en importancia a las precedentes cimienta las bases del sistema político del sistema norteamericano, el consentimiento de todo el pueblo²⁸.

Como bien se sabe, el punto culminante de negociación entre los delegados de la Asamblea de Filadelfia fue el Tratado o Transacción de Connecticut²⁹, cuyo compromiso consistía en dividir al poder Legislativo, depositado en un Congreso, en dos cámaras: una representando a la nación en proporción poblacional (cuya propuesta inicial fue de las colonias de mayor superficie y población) y la otra cámara representando a los Estados en pie de igualdad (propuesta inicial defendida por las colonias de menor tamaño y menor número de habitantes).

Como señala André Mathiot en su colaboración en el libro *El Federalismo, el modelo de federalismo americano es en realidad una solución empírica de un conflicto entre dos principales rivales: el nacionalismo que empuja a un Gobierno unitario y el federalismo que empuja a una simple Confederación, que proteja contra un*

²⁴ BLANCO VALDÉS Roberto, *Constitucionalismos: Evolución y Concepto Normativo*, en *Derecho Constitucional Comparado*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p.236.

²⁵ KENT James & MEXÍA J. Carlos (traducción), *op. cit.*, p.13.

²⁶ MATHIOT André, *El federalismo en Estados Unidos*, en *El Federalismo*, Editorial Tecnos S.A., N. 41, Madrid, 1965 p. 220-221.

²⁷ KENT James & MEXÍA J. Carlos (traducción), *op. cit.*, p.13.

²⁸ James Wilson, *the outstanding jurist of the age, later appointed to the Supreme Court by Washington, said again and again that the ultimate power of government must of necessity reside in the people, from what other source could it legitimately come?* HORWITZ Robert H. (Editor), *The moral foundations of the American Republic*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1986 p. 65.

²⁹ MATHIOT André, *El federalismo en Estados Unidos*, *op. cit.*, p. 223.

*Gobierno demasiado fuerte a soberanías particulares celosas de su independencia.*³⁰

Resultado de este conflicto entre centralismo y federalismo como forma de Estado fue también la sección 8 del artículo I (comparable en alguna medida al artículo 73 de nuestra Carta Magna) de la Constitución de los Estados Unidos donde *al Congreso se atribuyeron pocas pero importantes competencias.*³¹ Se establecieron como materias de competencia federal la fiscal, de comercio exterior, de acuñación de moneda, de institución de una Suprema Corte, del ejército y de marina. La lista de atribuciones legislativas que corresponden a la Federación se ha mantenido casi sin modificaciones en el texto constitucional norteamericano por más de dos siglos, siendo los Estados (en especial a través de sus Congresos locales) absolutamente renuentes a renunciar en beneficio de la federación, a sus atribuciones y autonomía. En temas que tienen que ver con defender la autonomía de las entidades federativas, suele desaparecer la distancia entre partidos y, por ende, genera con frecuencia unión entre republicanos y demócratas, que piensan más en su Estado que en su signo partidista.

Es clara esta observación al referirnos a las promesas de campaña de los presidentes electos Richard M. Nixon y Ronald Reagan del partido Republicano quienes se comprometieron a *reducir los programas federales y regresar los poderes a los estados.* Mientras que el ex presidente William Clinton, del partido Demócrata, se unió al movimiento del Congreso de 1994 en la llamada *Revolución de la devolución* de 1996 cuyo resultado fue el otorgamiento a los Estados de facultades en temas de seguridad social³².

Sin embargo, toda regla tiene su excepción, y en este caso se trata de la llamada Cláusula de los poderes implícitos que otorga al Congreso facultades para promulgar todas las leyes necesarias y oportunas para el ejercicio de los poderes ya enlistados. Con el uso de esta fórmula se ha ocasionado a lo largo del tiempo un detrimento de los poderes de los Estados miembros en favor de ampliar las competencias del centro, aunque poco haya sido en realidad su abuso.

³⁰ *Ibidem*, p. 224.

³¹ PEGORARO Lucio, *Las fuentes del derecho*, en *Derecho Constitucional Comparado*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p. 174.

³² SCHECHTER, Stephen L., *Elementos teóricos del federalismo en El nuevo federalismo en América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, México, 2000, p. 39.

Es así como a los Estados se les conceden competencias residuales dotándolos de facultades legislativas en materia electoral, civil, penal, de reglamentación de comercio interior (siempre subordinada a las disposiciones en materia mercantil que haga el Congreso Federal) y de reglamentación de facultades del gobierno local.

Este sistema federal permitió mantener la unidad sólida entre Estados que se veía frágil con las anteriores confederaciones, además de conservar la diversidad de administración, ideología y costumbres que había caracterizado a las ex colonias británicas.

Con todo lo anterior Lucio Pegoraro en colaboración para el libro *Derecho Constitucional Comparado* se refiere al federalismo en estados unidos como sigue:

El federalismo estadounidense presenta algunas características que se han enfatizado para elevarlo a modelo: en el contexto de un sociedad homogénea, su proceso instituyente es agregativo; el reparto de competencias se estructura sobre los poderes residuales de los Estados; una Cámara los representa equitativamente; siempre los Estados participan en el proceso de revisión constitucional, de manera que el centro no puede limitar sus competencias sin su consentimiento (o por lo menos sin el consentimiento de la mayoría).³³

Es entonces que la historia de Estados Unidos se identifica con el surgimiento del modelo federal, entendiéndolo a éste como la asociación de distintas unidades políticas y administrativas que ceden su soberanía particular en favor de la unión, conservando su autonomía e identidad individual y reservándose para sí ciertas facultades como miembros fundadores de esa misma unión.

III] Adopción del federalismo en México en 1824 [Paloma Ruvalcaba]

El ideal es este: formar hombres libres dentro de municipios libres; municipios libres dentro de Estados libres y Estados libres dentro de naciones libres.

Es necesaria esa coexistencia de esos diversos elementos
Diputado constituyente Rafael Martínez de Escobar

³³ PEGORARO Lucio, *op. cit.*, p. 395.

1. Antecedentes históricos de la constitución de 1824

Como se advirtió previamente, el antecedente intelectual más relevante de nuestra Constitución Mexicana de 1824 lo encontramos en la Constitución Norteamérica suscrita en 1787 y que entrara en vigor en 1789 por medio de la cual se hicieron compatibles los intereses de las trece colonias, durante la convención de Filadelfia³⁴; no obstante, también existen factores reales que condujeron a México por el camino del federalismo.

De acuerdo a Ramos Arizpe la necesidad descentralizadora en México era imperiosa desde colonia³⁵, y en este sentido afirma en su Memoria: *Los Señores reyes y muchos ministros, aun supuesto este sistema de gobierno [...] Mandaron formar en todas las poblaciones, cabildos o municipalidades, y establecer Audiencias, universidades, colegios, juntas y sociedades, para que ilustrándose las gentes de las capitales, y provincias inmediatas, se proporcionase a ciudadanos capaces de defender sus derechos [...]*³⁶.

Del citado párrafo se desprende que aún en un sistema monárquico se veía en la descentralización un medio necesario para que las provincias fuesen capaces de resolver sus problemas internos mediante los cabildos y ciudadanos ilustrados. El citado político mexicano considera que la situación del país era tal que... *de no haber existido la fórmula del federalismo norteamericano, probablemente habría terminado por inventarla...*³⁷

Por otra parte, la Constitución de Cádiz de 1812 es sin duda otro de los antecedentes de la época colonial que forma parte de la transición de la forma de Estado en México. Resulta paradójico que dicha Constitución fuera consecuencia de la invasión Napoleónica a España.³⁸ *El levantamiento en contra de Napoleón en un principio se produjo de manera local... De la junta de Murcia partió la idea de formar un gobierno central, representativo de*

³⁴ A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. (1943). *El federalista*. México: Fondo de cultura económica.

³⁵ REYES HEROLLES, Jesús, *El Liberalismo Mexicano*, México: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 360

³⁶ *Ibidem*, p. 362.

³⁷ *Ibidem*, p. 365

³⁸ "En 1807 fue descubierto el plan de Fernando, hijo de Carlos IV, para derrocarlo... En 1808 la turba pidió la abdicación de Carlos IV, quien le entregó la Corona a su hijo Fernando. Fernando VII subió al trono por aclamación popular, sin el refrendo de las Cortes del reino." CRUZ BARNEY Oscar, *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, 2ª Edición, México, 2015, p. 606.

*todas las provincias y reinos, la cual emitiría las órdenes y pragmáticas en nombre de Fernando VII.*³⁹

La representación las colonias españolas de América fue de suma importancia en las reuniones de Cádiz, dada la incapacidad española de mantener el control sobre aquellas durante el asedio francés; así, en un diálogo del *Asedio* de Pérez Reverte se plasma lo siguiente: *La América española tiene necesidades, pero se ve impotente para satisfacerlas. Los criollos exigen su legítimo y libre beneficio, y los pobres salir de la miseria. Pero nos tienen maniatados por un sistema peninsular que ya nada resuelve*⁴⁰.

Siendo lo anterior de tal suerte que la convocatoria para participar en las Cortes se dirigía a todos los pueblos gobernados bajo la corona española y no solo a los peninsulares, en un tono de igualdad sin precedentes⁴¹. Así pues, los tres puntos torales de la constitución gaditana, giraban en torno a la soberanía nacional, la división de poderes y sobre la religión. De estos el más importante para el tema que nos ocupa es el tema de la soberanía nacional, toda vez que este se descentraliza, pasando del rey español a los representantes del pueblo-nación⁴².

La discusión del articulado de la Constitución de Cádiz inició el agosto de 1811 y terminó en marzo de 1812.⁴³ En ésta se fundan las bases del autogobierno compuesto por principios democráticos y liberales así como la dignidad del hombre constituido en sociedad, reconociendo sus derechos de seguridad, en sus personas, propiedades e igualdad, que se expresa en una ley construida en torno a la voluntad de los ciudadanos.⁴⁴

Aunque Cádiz no pensaba en términos de un federalismo americano, sí generó reflexiones incipientemente federalistas. Oscar Cruz Barney con Lee Benson reflexionan cómo las Diputaciones Provinciales eran un ejemplo de ello:

Su origen se encuentra en las juntas provinciales que surgieron en toda España en 1808 a raíz de la emboscada napoleónica en que cayeron Carlos IV y Fernando VII, para quedar cautivos en Francia. Desde aquella fecha hasta que se reunieron las Cortes en septiembre de 1810, con objeto de dar una constitución a la

³⁹ *Ibidem*, p. 607.

⁴⁰ PÉREZ-REVERTE, Arturo, *El Asedio*, Ediciones Alfaguara, México, 2010, p. 263

⁴¹ SAYEG HELÚ, Jorge, *Historia Constitucional de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978, p. 22 y 24

⁴² MARTÍ MINGARRO, Luis et al, *Cuando las Cortes de Cádiz*. Panorama Jurídico 1812, Universidad Autónoma de México, México, 2012, p. 17

⁴³ CRUZ BARNEY, *op. cit.*, p. 608.

⁴⁴ REYES HEROLES, *op. cit.*, p. 366.

*monarquía española, las juntas provinciales, por propia iniciativa, gobernaron una gran mayoría de las provincias (antes reinos o intendencias) de España.*⁴⁵

Así, la Constitución de Cádiz de 1812 representó un acercamiento con el federalismo en virtud de conceder una mayor autonomía a las provincias, dadas las circunstancias extraordinarias que se vivían en la península y la consecuente incapacidad de actuación del gobierno de la metrópoli.

Tras la consumación de la independencia de México se adoptan dos documentos formales en los que se contienen los principios de la transición: el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba; de ellos se puede apreciar la subsistencia de los fueros de las clases privilegiadas, de la burocracia del virreinato,⁴⁶ y el establecimiento de una monarquía constitucional moderada, denominada imperio mexicano⁴⁷.

Mientras tanto, en 1822 se establecen las bases constitucionales aceptadas por el Segundo Congreso Mexicano en donde se establecía una monarquía moderada constitucional con la denominación de Imperio mexicano. Además se estableció el reglamento provisional político del Imperio Mexicano, monarquía constitucional representativa y hereditaria⁴⁸.

Posteriormente en 1823, año en el que se dio el Plan de Casa Mata⁴⁹ las diputaciones se limitaron a ejercer sus atribuciones constitucionales y a remitir a las Cortes los asuntos para los cuales se sentían incapacitadas. En el caso de la diputación de Mérida, Yucatán se reflejaba ya alguna idea federalista.⁵⁰

⁴⁵ LEE BENSON Nettie, *La Diputación y el federalismo mexicano*, Mario A. Zamudio Vega (trad), 2a Ed., El Colegio de México, México, 1994, p. 21, citado *Ibidem*, pp. 609, 610.

⁴⁶ SAYEG HELÚ, *op. cit.*, p.36

⁴⁷ ARNÁIZ AMIGO, *Aurora, Historia constitucional de México*, 1a ED, Trillas, México, 1999, p. 33.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 43

⁴⁹ *Depuesto este [el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano] las provincias vuelven, de hecho, a la situación autárquica que tenían en un principio: con la adopción del Plan de Casa Mata, en menos de seis semanas, por parte de casi todas las circunscripciones territoriales México quedó dividido en provincias o Estados independientes. Al mismo tiempo que cada una de ellas prestaba su adhesión al Plan, asumía el dominio absoluto de sus asuntos provinciales* Nettie Lee Benson citado en SAYEG HELÚ, Jorge, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ ÁVILA, ALFREDO, *En nombre de la Nación: La formación del gobierno representativo en México (1808-1824)*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, México, 2002.

2. Primer acercamiento a la Constitución de 1824

Emilio O. Rabasa en su *Historia de las Constituciones Mexicanas*, señala cómo el tema quizá más relevante de la Constitución 1824, después del frustrado Imperio de Agustín de Iturbide, la elección como forma de Estado del Federalismo.⁵¹ México determinó no ser un Estado unitario, sino compuesto. Así, como *antítesis del centralismo virreinal... la Constitución de 1824 garantizaba la forma republicana representativa y popular de gobierno para cada estado de la Federación.*⁵²

La discusión del proyecto en el que participaron entre otros Rafael Aldrete, José María Castro, José Miguel Ramírez y Valentín Gómez Farías, se realizó del 1 de abril al 30 de septiembre de 1824 y fue firmado el 4 de octubre: En ella se estableció una división tripartita de poderes y adoptó un sistema federalista⁵³.

La adopción de la Constitución de 1824 tenía consecuencias en el ámbito político, económico y religioso. Dicha constitución instauró la primera República Federal en México, la cual duró hasta 1835.

Durante la vigencia de la Constitución de 1824: (...) *Mandaron formar en todas las poblaciones, cabildos o municipalidades, y establecer Audiencias, universidades, colegios, juntas, y sociedades, para que ilustrándose las gentes de las capitales, y provincias inmediatas, se proporcionase ciudadanos capaces de defender sus derechos, y los de sus compatriotas, contrapesando con sus luces y representación de aquellos cuerpos, el poderío de los que reunían todo género de mando.*⁵⁴

En la gestación del federalismo se deben hacer notar por una parte los factores reales del país que le llevaron al sistema federal, y los mecanismos intelectuales que incitó a muchos liberales a identificar liberalismo con federalismo. El federalismo es un asunto de equilibrio y control de poderes y también de distribución de competencias.

⁵¹ RABASA Emilio O., *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1997, pp. 26-30.

⁵² CRUZ BARNEY Oscar, *op. cit.*, p. 648.

⁵³ COVARRUVIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Acta Constitutiva de la federación 1824*, http://www.milenio.com/firmas/la_benemerita_opina/Acta-constitutiva-federacion_18_661313926.html, fecha de consulta: 18 de Noviembre de 2017.

⁵⁴ REYES HEROLES Jesús, *El liberalismo mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 362

3. Fin del federalismo y adopción del centralismo

En 1829, el vicepresidente general, Anastasio Bustamante, se pronunció en Jalapa contra Guerrero. El objetivo era declarar una restauración del orden constitucional, constitución y leyes; veían a la carta magna de 1824 como un impedimento ya que organizaba el ejercicio del poder en el gobierno. En vista de ello el gobierno de Bustamante no podía enviar propuestas de reformas constitucionales a las Cámaras, pero si expresar su opinión por otros medios como en el Registro Oficial y en los periódicos que apoyaban al gobierno en la Ciudad de México como El Sol y El Observador de la República Mexicana.⁵⁵

Una vez que triunfó la sublevación conservadora de Cuernavaca, apoyada por López de Santa Anna, se iniciaron las acciones para liquidar a la Federación, imponer una república centralista y cancelar las reformas realizadas bajo el mandato del jalisciense Gómez Farías.⁵⁶

Aunque la idea inicial era reformar la Constitución de 1824 para hacerla centralista, era imposible dado que ésta señalaba que sus disposiciones eran pétreas.

En el Congreso Federal de 1835, los conservadores lograron la mayoría. Las sesiones se iniciaron el 4 de Enero de 1835; hubo varios intentos, por parte de Santa Anna y del grupo conservador, de instaurar el centralismo, pese al art. 171 constitucional que prohibía cambiar el sistema federal, aunado al inicio por todo el país de una serie de revueltas, residencia particularmente grave en Zacatecas y Texas.⁵⁷

Así, en Junio de 1835 se optó por que el Consejo de Gobierno convocara a sesiones extraordinarias del Congreso General, en el que una comisión *integrada por Miguel Valentín, José Ignacio Anzorena, José María Cuevas, Antonio Pacheco Leal y Francisco Manuel Sánchez de Tagle*⁵⁸ presentaron el proyecto de lo que serían las Siete Leyes de 1836.

⁵⁵ ANDREWS Catherine, *Discusiones en torno de la reforma de la constitución federal de 1824 durante el gobierno de Anastasio Bustamante (1830-132)*, El Colegio de México, México, 2006.

⁵⁶ GONZÁLEZ Paulina, *México en busca del sistema político*. México: Conevty, 2005.

⁵⁷ CRUZ BARNEY Oscar, *op. cit.*, p. 650.

⁵⁸ *Idem.*

IV] Evolución del federalismo mexicano [Maite Cadena Uruñuela]

Le meilleur gouvernement est celui où il y a le moins d'hommes inutiles.
Voltaire

Fue en 1833 cuando Antonio López de Santa Anna, derogó la legislación de Valentín Gómez Farías⁵⁹, cambiando la forma de gobierno con un Supremo Poder Conservador y la promulgación de las Siete Leyes para así constituirse en un centralismo⁶⁰.

Al ser aprobado el proyecto con el nombre de Bases Constitucionales se ponía fin al sistema federal y daba inicio la etapa centralista. En las Bases se señalaban los temas que serían motivo de las leyes constitucionales. Como señala Barragán, la etapa centralista se va a caracterizar por una enorme movilidad y reacomodo de las fuerzas políticas, con predominio de los conservadores. Estará marcada además por la injusta guerra con Estados Unidos, que significó para el país la pérdida de más de la mitad del territorio nacional.⁶¹

Durante la vigencia de la Constitución de 1836 ocurrieron desgracias como la pérdida de Texas, el intento de separación de Yucatán en 1840 y las amenazas de intervención extranjera por la guerra con Francia o Guerra de los Pasteles en 1838.⁶² El rechazo a *Las Siete Leyes* fue evidente y por ello, se convocó a una junta de notables, dando pie para que, nuevamente desde una perspectiva centralista, Santa Anna sancionara el 12 de Junio de 1843, la segunda y última Constitución Centralista de nuestro país, conocida como *Las Bases Orgánicas*. Se trata de una ley fundamental que prácticamente no tuvo vigencia dados los múltiples conflictos internos y externos de la época.⁶³

⁵⁹ SAMPONARO N. Frank, *La alianza de Santa Anna y los federalistas 1832-1834: su formación y desintegración*, consultado en: <http://www.jstor.org/stable/pdf/25135743.pdf>

⁶⁰ SAYEG HELÚ, Jorge. *El Constitucionalismo social mexicano* Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3434/17.pdf>

⁶¹ CRUZ BARNEY Oscar, *op. cit.*, p. 650.

⁶² *Ibidem*, p. 662.

⁶³ *Ibidem*, pp. 662-664.

En 1846⁶⁴ el presidente interino José Mariano Salas restauró la Constitución de 1824 con el Acta de Reformas, lo que devolvió a México su sistema federal creando una Suprema Corte de Justicia para la vigilancia de su cumplimiento. Durante la vigencia del Acta de Reformas de 1847, el Presidente electo era José Joaquín Herrera, siendo sucedido por Mariano Arista contra quien estalló una revuelta en Guadalajara,⁶⁵ desencadenando la dictadura de Santa Anna que en su último regreso a la Presidencia gobernó de 1853 a 1855, sin una Constitución que rigiera. Santa Anna gobernó así hasta que estalló en Guerrero (1854) dirigida por Juan Álvarez, la Revolución de Ayutla⁶⁶: El Plan de Ayutla se debía al descontento con el gobierno al que se sumaron varios estados como Jalisco y Tamaulipas, que reafirmaba el Federalismo y creaba un pacto que regularía el poder de los territorios.

Tras el desconocimiento de la presidencia de Santa Anna, en 1855 Juan Álvarez toma el cargo y expide una convocatoria para un Congreso Constituyente. Sin embargo finalmente el cargo presidencial lo asume Comonfort, quien hasta antes de la renuncia de Álvarez fungía como ministro de guerra. Ignacio Comonfort fue por tanto quien recibió del Constituyente instaurado por Juan Álvarez la Constitución de 1857 que reorganizaba al país como una República Federal⁶⁷.

Cuando faltó el presidente, de acuerdo con la Constitución, ocupó el cargo Benito Juárez quien era titular de la Suprema Corte de Justicia⁶⁸. Durante su mandato, se propuso poner en orden los asuntos administrativos y dar vigencia a la Constitución de 1857⁶⁹. Su gobierno se caracterizó por políticas un tanto agresivas ya que solicitó al Congreso facultades extraordinarias, suspendió garantías y formó una representación simbólica de vigencia plena de instituciones republicanas, trasladando los supremos poderes a San

⁶⁴ SAYEG HELÚ, Jorge. *El Constitucionalismo social mexicano* Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3434/17.pdf>

⁶⁵ CRUZ BARNEY Oscar, op. cit., p. 666.

⁶⁶ MÁRQUEZ LÓPEZ, Juan. *Revolución de Ayutla*, Consultado en: <http://www.historia-mexico.info/2012/10/revolucion-de-ayutla.html>

⁶⁷ PLIEGO MORENO Iván H., *200 años de federalismo en México*, Cámara de diputados, México, 2009.

⁶⁸ VÁZQUEZ RAMÍREZ, Reynaldo Amadeo, *Juárez: de Ministro de la Suprema Corte de Justicia a Presidente de la República* <http://132.248.9.34/hevila/Alegatos/2015/no91/3.pdf>

⁶⁹ DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *Historia de México*, Pearson Educación, México, 2002.

Luis Potosí. De esta forma, logró hacer frente a la invasión francesa en 1861⁷⁰.

Se creía que Juárez lograría mantener las posturas liberales contra los ataques de los conservadores, sin embargo estos últimos invitaron a Maximiliano de Habsburgo a tomar el puesto de *Emperador de México*, y a pesar del trágico fin que tuvo esta maniobra que terminó con el fusilamiento del pretendido monarca, los conservadores en definitiva lograron un significativo debilitamiento de la República Federal iniciando con ello un proceso de centralización⁷¹.

Este proceso continuó mediante reformas que limitaron el poder de la Suprema Corte, otorgándole mayor control al presidente sobre la integración de las cámaras legislativas federales, logrando así fortalecer la figura del presidente de la República.⁷²

En 1884 Porfirio Díaz regresa al poder, esta vez centralizando la política para crear una dictadura autoritaria que aumentaría la deuda interna, generando a pesar de un gran avance (como fue la red ferroviaria de 1073.5 km)⁷³, estructuras políticas frágiles y regiones marcadamente autónomas⁷⁴.

A causa del descontento de las clases bajas, la oposición a Díaz empezó a hacerse notoria sobre todo en los estados de Coahuila y Chihuahua. Es así que en 1910, Francisco I. Madero lanzó el Plan de San Luis⁷⁵ bajo el conocido lema *Sufragio efectivo, No reelección*; y así con la presión social al límite, se firmaron los Tratados de Ciudad Juárez en los que se convenía la renuncia del presidente Díaz, la cual se convirtió en realidad en mayo de ese año⁷⁶. Sin embargo, esto no fue suficiente para contener la revolución. Tras años de guerra, se vuelve a vislumbrar estabilidad en la nación y en 1914 Venustiano Carranza expide un decreto en

⁷⁰ CORONADO, Luis E., *Legislación expedida por los Poderes Federales en San Luis Potosí en 1863 y 1867: Fuente para el entendimiento de la guerra de intervención francesa*, Revista Col. San Luis, Volumen 5, Número 9, México, 2015.

⁷¹ PLIEGO MORENO, Iván H., *op. cit.*

⁷² HALE, Charles, *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, Vuelta, México, 1991.

⁷³ DÍAZ Héctor, *México, del Triunfo de la República al Porfiriato*, UNAM, México, 2005.

⁷⁴ FALCÓN Romana, *Don Porfirio Presidente... Nunca Omnipotente*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.

⁷⁵ Ideología de Venustiano Carranza, México, Comisión Nacional Editorial del Partido Revolucionario Institucional, 1976, p.11-19.

⁷⁶ Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *La Revolución Mexicana*, Consultado en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3404/7.pdf>

el que anuncia elecciones para el Congreso Constituyente encargado de crear un Proyecto de Constitución que comenzó a elaborarse en diciembre de 1916.⁷⁷

V] Federalismo en EUA vs federalismo en México [Sofía Rojas]

A good Government implies two things: first, fidelity to the object of Government, which is the happiness of the People; secondly, a knowledge of the means by which that object can be best attained.

James Madison

Aunque el federalismo norteamericano establecido en el texto Constitucional desde 1787 parece ser el planteamiento original, presenta algunas diferencias con el que asumió nuestro país a partir de 1824. A continuación, haremos una breve comparación respecto de algunos de los cambios más significativos en su aplicación, los cuales tienen consecuencias reales y jurídicas, como en su Cámara de Representantes, su Capital Federal y cómo afecta esto en el desarrollo económico.

1. El Senado y su representación

El voto de cada senador en los Estados Unidos de América es un reconocimiento constitucional de la soberanía estatal, en la que todos tendrán el mismo grado de influencia, ampliando la posibilidad de un verdadero debate político⁷⁸, en el cual el senador defiende y aporta la visión que su estado tenga al respecto. El Senado es la pieza fundamental de la federación al concentrar la opinión íntegra de la totalidad de los Estados en los temas que comprenden al pacto que tienen entre sí, conocido como federación.⁷⁹ Los senadores en los Estados Unidos pueden ser reelectos de manera indefinida, sin que para postularse requieran el apoyo de su partido, con lo que no es inusual que al votar, tomen más en cuenta los intereses de la entidad federativa a la que representan, que al Partido Político que los postuló inicialmente

⁷⁷ GONZÁLEZ Enrique, Los Antecedentes de la Constitución de 1917

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/649/7.pdf>

⁷⁸ FEDERALIST No. 62. The Senate for the Independent Journal. Wednesday, February 27, 1788 MADISON

⁷⁹ WATTS Ronald L., *The American Constitution in Comparative Perspective: A Comparison of Federalism in the United States and Canada*, The Journal of American History, Vol. 74, No. 3, The Constitution and American Life: A Special Issue (Dec., 1987), pp. 769-792

(sea éste Republicano o Demócrata). Refiriéndose a los Estados Unidos, se señala por ejemplo cómo:

State legislatures were thus given the power to appoint senators for two reasons: to ensure "select" representation, and to protect the interests of the states. The former can be seen in many aspects of the design of the Senate, particularly the six-year term....

George Mason defended state legislative selection on the ground that states needed the power of self-defense against the federal government. The Senate was clearly seen as the protector of state interests.⁸⁰

En México, en cambio, los senadores se agrupan no por su procedencia territorial, sino por su identidad político partidista.⁸¹ 32 de ellos se eligen (rompiendo claramente con el propósito del bicameralismo planteado en la Transacción de Connecticut) a través del sistema de representación proporcional,⁸² transgrediendo el objetivo de creación de la Cámara, ya que en la lista de posibles senadores de representación proporcional es indiferente el estado que representan. Aunque ocurre ocasionalmente, es mucho menos frecuente que en los Estados Unidos, que un grupo de legisladores vote en contra de la línea de su Partido Político.

El debate se convierte en el partido político que el senador representa y se deja en segundo plano el Estado. La esencia de la Federación es que los Estados autónomos tengan voz y voto frente a las decisiones que afectarán a la nación, a comparación del reflejo que tenemos hoy en día.

En Estados Unidos el Senado era elegido absoluta y exclusivamente por las legislaturas estatales hasta 1913. Esta disposición cambió en ese año cuando se aprobó la 17ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estableciendo que la

⁸⁰ SCHLEICHER David, *The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 4962, 2014, Pp. 1050-1051. *Las legislaturas estatales recibieron entonces la atribución de designar senadores por dos motivos: para asegurar representación "selecta", y para proteger los intereses de los estados. Lo anterior se puede advertir en muchos aspectos del diseño del Senado, particularmente el término de seis años... George Mason defendió la designación por parte de las legislaturas, sobre la base de que los estados necesitaban el poder de auto defensa contra el gobierno federal. El Senado era visto claramente como el protector de los intereses estatales.* (Traducción de los autores).

⁸¹ El sistema federal mexicano: trayectoria y características. Colección INEHRM Autor: SERNA DE LA GARZA, José María. Página 106.

⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art.50

designación de los dos Senadores para cada Estado (pero ninguno para Washington, D.C., ni para los territorios federales) sería realizada por la ciudadanía.⁸³

Temiendo los efectos del gobierno de la mayoría, exigieron la misma representación en el Congreso, como se practicaba en los Artículos de la Confederación y se asumía en el Plan de Nueva Jersey de William Paterson. Los estados grandes promovieron el Plan Virginia de James Madison, el documento que sirvió de base para varias de las cláusulas de la Constitución. En este plan se planteaba que el Senado y la Cámara se basarían en representación proporcional. Durante el verano de 1787, los delegados a la Convención Constitucional en Filadelfia establecieron la representación equitativa en el Senado y la representación proporcional en la Cámara de Representantes, con esto se resolvió el aspecto más controvertido de la redacción de la Constitución.⁸⁴

2. La Capital Federal

Toda federación requiere centralizar de manera limitada y establecer sus poderes federales en un área geográfica específica. Cuando menos esa fue la idea que tuvieron los norteamericanos al crear su *District of Columbia* (Distrito de Columbia) en un lugar entonces poco agradable e incluso insalubre, de apenas diez millas por lado.

Lo anterior trajo diversas dificultades, la conformación de un gobierno adecuado para esa área metropolitana, la necesidad de lograr un equilibrio justo y equitativo entre los intereses de los residentes locales del área de la capital y los de la nación, por último, darle al gobierno federal suficiente control sobre su propio distrito y evitar que la capital sea dominada por alguno de los Estados.⁸⁵

⁸³ *The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the State legislatures. When vacancies happen in the representation of any State in the Senate, the executive authority of such State shall issue writs of election to fill such vacancies: Provided, that the legislature of any State may empower the executive thereof to make temporary appointments until the people fill the vacancies by election as the legislature may direct.*

This amendment shall not be so construed as to affect the election or term of any Senator chosen before it becomes valid as part of the Constitution. www.senate.gov

⁸⁴ FEDERALIST No. 45. The Alleged Danger from the Powers of the Union to the State Governments. Considered For the Independent Journal. Saturday, January 26, 1788

⁸⁵ ROWAT Donald C., *The Problems of Governing Federal Capitals*, Canadian Journal of Political Science / Revue Canadienne de science politique Vol. 1, No. 3 (Sep., 1968), pp.

Pareciera que al buscar imitar a los norteamericanos y crear un Distrito Federal a inicios del Siglo XIX, nuestros antepasados no acertaron en elegir el lugar adecuado. Mientras que en Estados Unidos permitieron que Nueva York fuera la capital económica del país, eligieron un sitio pequeño y deshabitado (dado que no sería un Estado sino un *Distrito Federal* sin representación legislativa) para ser la capital política, con las múltiples ventajas que eso representa. En cambio, en México, se eligió no solo la capital económica, sino además, la ciudad más poblada para ostentar dicho carácter. En el caso de los Estados Unidos: *The Framers of the Constitution knew of territories (the Northwest Territory was in existence at the Founding), and they provided for their governance. They also provided for the creation of a district containing the seat of government. They did not however, grant congressional representation to the District or territories.*⁸⁶

Washington D. C. Fue establecida como la capital de los Estados Unidos luego de siete años de negociaciones por parte de los miembros del Congreso de los Estados Unidos. Tiene la simetría, la simplicidad y la dignidad de una ciudad capital.⁸⁷ La estructura gubernamental de Washington ha evolucionado lentamente en una forma limitada de autogobierno bajo el control del Congreso. La economía de la ciudad está predominantemente dominada por el sector de servicios, como resultado de la abundancia de empleos en el servicio civil federal de Washington y su estatus como un importante destino turístico. Washington es una ciudad que ofrece una riqueza interminable de oportunidades culturales, así como museos y más de 750 bibliotecas están ubicadas en el área.

La historia del Distrito Federal o ahora la Ciudad de México, es heredera de Tenochtitlán fundada en el siglo XIV en el islote de México. La Ciudad había sido capital del virreinato y todos los estados habían participado en su formación. Se promovía a favor de ella más por su historia, que por su practicidad. Parecía natural dada la historia de la capital, a pesar de las desventajas que poseía

345-356, Canadian Political Science Association and the Société Québécoise de science politique Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3231296> Page Count: 12

⁸⁶ FORTIER John C., *The Constitution is Clear : Only States Vote in Congress*, The Yale Law Journal, Vol. 116, 2007. *Los redactores de la Constitución sabían de territorios (existiendo ya el Territorio Noroccidental desde su Fundación), y proveyeron para su regulación. También regularon la creación de un distrito que fuera el asiento del gobierno. En cambio, no le otorgaron representación legislativa, al Distrito, ni a los territorios.* (traducción de los autores).

⁸⁷ PALEKER S.A., *Federalism: A Conceptual Analysis*, The Indian Journal of Political Science Vol. 67, No. 2 (APR.- JUNE, 2006), pp. 303-310 Published by: Indian Political Science Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/41856217> Page Count: 8.

como los aspectos geológicos y geográficos, la sobrepoblación, la complejidad, la inseguridad y el comercio centralizado.⁸⁸

El Distrito Federal ha evolucionado con el tiempo hasta convertirse, a partir de la publicación el día 5 de febrero del 2016 en el Diario Oficial de la Federación, en la Ciudad de México⁸⁹, una peculiar entidad federativa que parece Estado, sin serlo, que tiene atributos de Distrito Federal, sin responder a la lógica que diseñaran Hamilton, Madison y Jay en los Estados Unidos. A la Ciudad de México se le reconocen características completamente diferentes a las del original Distrito. Los cambios se dan en muchos ámbitos entre los que destacan; la relación con el Gobierno Federal, con la Zona Metropolitana, las delegaciones y las relaciones de la ciudad con sus ciudadanos. Pero al mismo tiempo, se mantiene a la Ciudad de México⁹⁰ como capital del país y sede de los poderes de la Unión. Principalmente transforma su naturaleza jurídica para que se reconozca como una entidad federativa integrante del pacto federal, con atributos cuasi – estatales.⁹¹

A pesar de ser tomado como antecedente y modelo, la creación del Distrito de Columbia, para México la capital está muy alejada de tener la misma organización. Ésta es mucho más compleja y problemática, tiene graves problemas de planeación que afectan la infraestructura. El principal desafío que enfrenta la ciudad de México es que sus habitantes buscan un reconocimiento equitativo al de los Estados, transformando la capital en una entidad federativa con una regulación atípica prevista en el Artículo 122 Constitucional y donde el gobierno federal no tiene suficiente control que parecía deseable en un Distrito de Columbia o un Distrito Federal.⁹²

No es aquí el lugar adecuado para reflexionar sobre las ventajas y desventajas que a la luz del artículo 122 de la Constitución tiene la Ciudad de México, pero resulta sin duda un tema que deberá debatirse en el futuro. La Región más

⁸⁸ SHAEFER Agnes Gereben, BAHNEY Benjamin K, RILEY Jack, *Security in Mexico: Implications for U.S. Policy Options*, Copyright Date: 2009.

⁸⁹ DOF: 05/02/2016 ACUERDO General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal por el que se cambia la denominación de Distrito Federal por Ciudad de México en todo su cuerpo normativo.

⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art.122.

⁹¹ FRANCO, Diego, SCHTEINGART Martha, *Reseña de la Jornada de Discusión sobre la Reforma Política del Distrito Federal* Estudios Demográficos y Urbanos Vol. 30, No. 2 (89) (mayo-agosto, 2015), pp. 469-492 Published by: El Colegio de Mexico Stable URL, <http://www.jstor.org/stable/24572164> Page Count: 24.

⁹² ROWAT Donald C., *op. cit.*, p. 12.

Transparente de Carlos Fuentes parece hoy en muchos temas colapsada por su concentración poblacional, tráfico y amplias necesidades. Llena de lugares hermosos, su vida cotidiana complica en ocasiones que sus habitantes puedan gozar de la calidad de vida que merecen.

Deberían fomentarse, en nuestra opinión, más ciudades intermedias con capacidad de generar empleos adecuados, incluyendo cargos federales, creando así una sinergia que dinamiza no solo con dependencias gubernamentales, sino con vivienda, hospitales, restaurantes y comercios para todos esos habitantes. Así como en Europa, los Estados distribuyen su población de manera adecuada, generando más riqueza, el efecto contrario resulta claramente dañino para el país en su conjunto.

3. Desarrollo económico

La esencia del federalismo es que proporciona un sistema sostenible de política de descentralización que preserva la autonomía de las entidades federativas.

La Constitución de los Estados Unidos permitió a los estados el alcance de las políticas de cada estado a su propio territorio. Así surgió una especialización económica regional e internacional.⁹³ La representación equitativa del Norte y del Sur en el Senado, sirvió como la institución principal que proporciona durabilidad a la acuerdo entre las regiones y sobre la formulación de políticas nacionales. Se reconoce a cada uno de los estados norteamericanos por su desempeño en algún sector económico en específico.

En México, el desequilibrio en crecimiento económico entre los Estados que integran la federación afectan en gran medida la organización y los servicios.⁹⁴ La economía está centralizada, ya que todos los recursos están principalmente concentrados en el presupuesto federal.⁹⁵ Los organismos inclusive especializados están localizados en la CDMX, lo que hace difícil la distribución equitativa del poder monetario.

El federalismo, debería garantizar principalmente dos cosas: a los Estados locales el máximo grado posible de autonomía y

⁹³ WEINGAST Barry R., *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development* Journal of Law, Economics, & Organization Vol. 11, No. 1 (Apr., 1995), pp. 1-31 Pag. 8.

⁹⁴ SÁNCHEZ SANTIRÓ Ernest, Journal Article, *El Peso De La Fiscalidad Sobre La Economía Mexicana, 1790-1910*, Historia Mexicana Vol. 61, No. 1 (241) (Julio-Septiembre, 2011), pp. 107-162

⁹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 113.

centralizar las cuestiones vitales que son de interés común para la Nación.⁹⁶ Presentamos algunas grandes problemáticas de la aplicación del federalismo al sistema Mexicano, pero también comprendemos que esto es parte de la herencia de muchos años de historia mexicana federalista de nombre, pero profundamente centralista en términos culturales.⁹⁷ Nuestra Federación al tener gran extensión y poseer culturas distintas dentro de su territorio, se caracteriza por riquezas que nos fortalecen y el centralismo excesivo debilita. La federación actúa como un poder centralista que no delega funciones a los Estados y por el contrario parece que cada día se atribuye más facultades en materia legislativa.⁹⁸

VI] Implicaciones de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares al Federalismo [Luis De la Torre]

Los abogados del despotismo han aprovechado los desórdenes que deshonran los anales de estas repúblicas, para extraer argumentos, no sólo contra las formas republicanas de gobierno, sino contra los principios mismos de la libertad civil. Han vituperado el gobierno libre como incompatible con el orden social [...]

Alexander Hamilton, El federalista, IX

Desde la perspectiva del federalismo como una forma de Estado con dos niveles de gobierno coexistentes, donde el gobierno estatal es competente por regla general y se ocupa de las necesidades cotidianas de su vida interna, mientras el gobierno federal es competente excepcionalmente y atiende problemas de interés general⁹⁹; la reciente reforma al artículo 73 de la Constitución Mexicana, publicada al Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre de 2017, aparece como poco meditada, socializada y debatida, pero sobre todo contraria al federalismo en lo fundamental.

⁹⁶ PAOLI BOLIO Francisco, *El Senado mexicano*, Libro uno, pág. XXVIII.

⁹⁷ TENA RAMÍREZ Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 112 y Carpizo, Jorge, *Sistema federal mexicano*, en *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas, y el que une realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975, pp. 386 y siguientes.

⁹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art.73.

⁹⁹ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 77

Dicha iniciativa faculta al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia procesal civil y familiar,¹⁰⁰ esto es, que dicha facultad es arrebatada de las legislaturas estatales (sin que por cierto, haya habido oposición significativa en los Congresos locales, dado su espíritu partidista) y se agrega al cúmulo de facultades, cada vez más grande, del Congreso de la Unión. En efecto, ahora los Estados son competentes para legislar sobre cuestiones civiles y familiares de naturaleza sustantiva, pero no en materia procesal.

A fin de explicar las implicaciones al federalismo de la mencionada reforma constitucional, es preciso señalar primeramente la naturaleza de la norma procesal. De acuerdo con Giuseppe Chiovenda, el proceso debe proveer a quien tiene un derecho aquello sobre lo cual tiene derecho¹⁰¹, es decir, es un instrumento par para hacer valer el derecho sustantivo. En el mismo sentido se pronuncia Héctor Santos Azuela, quien sostiene que se trata de normas que regulan procedimientos para la aplicación del derecho sustantivo, entre otros propósitos, y menciona que suelen considerarse normas de segundo grado¹⁰². Por lo tanto, el objeto de la norma adjetiva es proveer del medio necesario para hacer cumplir las leyes sustantivas. Así pues, ahora la norma secundaria se considera de interés de la nación, mientras la ley primaria permanece de interés de los estados, lo cual resulta un tanto peculiar y poco afortunado dada la naturaleza del federalismo.

Con la intención de justificar el elevar la norma secundaria a interés de la nación, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados al dictaminar la reforma, señaló que históricamente las materias que atañen a la nación requieren consideraciones y criterios homólogos¹⁰³, asimismo, señala vagamente que la multiplicidad de ordenamientos legales en materia procesal se identifica como uno de los elementos que afectan el acceso de las personas a la justicia¹⁰⁴ y por lo tanto considera que facultando al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en la materia mejorará la impartición de justicia. Si ese fuera un argumento válido, ¿No debería ser aplicado a todas las materias? Parecería que en el fondo, lo que se está evitando a

¹⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73, fracción XXX.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 28

¹⁰² SANTOS AZUELA, Héctor, *Teoría General del Proceso*, McGRAW-Hill, México, 2000, p.2

¹⁰³ Gaceta Parlamentaria, número 4769-XX de fecha 28 de abril de 2017, p. 6-7

¹⁰⁴ Gaceta Parlamentaria, número 4769-XX de fecha 28 de abril de 2017, p. 7

toda costa es dialogar sobre el tema de fondo: ¿Queremos ser una federación (cuando menos en temas legislativos) o no?

Ciertamente, en el foro jurídico mexicano existen opiniones encontradas respecto de la unificación en materia procesal. Tal es el caso Niceto Alcalá-Zamora Castillo, jurista español residente en México, quien ya desde 1976 se pronunciaba a favor de una legislación única en materia procesal, entre cuyos argumentos a favor de la unificación destaca el no tener que soportar muchos códigos malos, sino unir esfuerzos y expedir uno bueno¹⁰⁵. Apoyando la misma postura, Carlos Arellano García menciona la ventaja de la unificación en cuanto a evitar problemas procesales entre estados y destaca que con una legislación tan dispersa y abundante la doctrina no puede concentrar esfuerzos en el mejoramiento de la norma procesal.¹⁰⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo reconoce, aunque minimizándolo, el aspecto político a favor del federalismo procesal mexicano, el cual consiste en que las entidades federativas se verían nuevamente disminuidas en su facultades¹⁰⁷; las cuales de por sí ya se encuentran bastante restringidas si se toma en cuenta el cada vez más amplio artículo 73 de nuestra Constitución federal. Este último argumento, tiene más peso de lo que aparenta, como se demostrará en las siguientes líneas.

La discusión en torno a la centralización, como ya se ha hecho mención en apartados anteriores del presente artículo, se remonta en México hasta el siglo XIX y la decisión de la adopción del federalismo como forma de Estado constituye una de las bases fundamentales del Estado mexicano. Ya desde la Constitución de 1824, y dado el sentir de reforma por sus deficiencias, los centralistas afirmaban que todos los vicios y males de la nación eran consecuencia del sistema federal¹⁰⁸; dicha situación se repite actualmente aunque ahora, sin discusiones profundas sobre la voluntad popular y realizando periódicamente reformas constitucionales *centralizantes*.

Es de entenderse la polémica en torno al derecho procesal mexicano, dadas las notorias deficiencias que existen en el sistema, entre las cuales se destacan la lentitud y la corrupción. No obstante lo anterior ¿es realmente la solución el centralizar cada vez más las

¹⁰⁵ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 9

¹⁰⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 14.

¹⁰⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La defensa del federalismo por un Juez federal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015, p. 6.

facultades legislativas? En México tanto la materia mercantil como la del trabajo son legislativamente competencia exclusiva del Congreso de la Unión, y sin embargo, adolecen de los mismos vicios en sus procedimientos, (teniendo pendiente ver cómo funcionará la transición a tribunales laborales que ya advierte la reciente reforma al Artículo 123 Constitucional).

En los Estados Unidos de América, cuando se considera que es necesaria la uniformidad legislativa se remiten las denominadas *uniform acts* a la *American Bar Association* para su aprobación; en cambio, cuando únicamente se considera que los estados necesitan nueva legislación en alguna materia la *National Conference* redacta *model acts*¹⁰⁹. De lo anterior se desprende que si hay uniformidad en la ley es porque la uniformidad en sí es conveniente, como en materia comercial, y cuando simplemente existen deficiencias se opta por las leyes modelo. Cabe añadir, que incluso cuando se opta por unificar la legislación, generalmente se le hacen algunas modificaciones para que sea compatible con la ley estatal¹¹⁰.

En el caso mexicano, lo congruente con el sistema federalista, hubiese sido expedir leyes modelo a fin de que cada estado la adaptase a su legislación. Lo anterior, en razón de que cada estado tiene necesidades diferentes y procedimientos o instituciones especiales en sus códigos adjetivos¹¹¹; como ejemplo de procedimiento especial, está el Concurso de Acreedores Hipotecarios en Campeche¹¹², más importante aún es el ejemplo de las disposiciones especiales a la justicia indígena, que por ejemplo se regulan en el Código de Procedimientos Civiles de Chiapas¹¹³, entre otros muchos ejemplos que se pudiesen encontrar en los diversos códigos adjetivos del país. Resulta entonces que si los Estados no tienen las mismas carencias y virtudes, y por lo tanto cuentan con diferentes necesidades, de ninguna manera se puede inferir que el legislador federal cuenta con más aptitud que el local para legislar tanto en materia procesal como en otras cuestiones que han sido arrebatadas de la competencia de los Estados.

El creciente arrebato de facultades a la legislatura estatal, permitido por estáticos congresos estatales que de manera irreflexiva aprueban las reformas que centralizan, atenta contra el principio de soberanía del pueblo, en el cual radica la esencia del federalismo, y en virtud de este se considera a cada individuo como

¹⁰⁹ FOSTER, Lynn, Subject Compilations of State Laws, Library of Congress Cataloging in Publication Data, Estados Unidos, 1981, p. 30.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, p. 28-29

¹¹² Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche, artículos 1061-1076.

¹¹³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, artículos 972-978.

elemento constitutivo de la soberanía¹¹⁴. Lo anterior significa que el individuo es mejor en cuanto a sus asuntos particulares y solo obedece a la sociedad por parecerle útil, y teniendo en consideración que la sociedad solo tiene derecho a dirigir sus acciones cuando se siente lesionada por un hecho suyo o necesita de su ayuda.¹¹⁵ Lo mismo aplica a diferentes niveles de la sociedad, siendo necesario empoderar ya sea a comunidades, ciudades o estados para ser participativos y resolver sus propios problemas sin esperar que llegue alguien más con la solución. Así pues, resulta contraproducente que los estados se hayan desentendido de su facultad de expedir legislación en materia procesal civil y familiar, entre muchas otras facultades que han dejado que se pierdan en el pasado, toda vez que implícitamente se declaran incapaces de resolver problemas propios y se promueve el paternalismo del gobierno federal.

VII] Conclusión [Guillermo Gatt]

*History is not a burden on the memory but an
illumination of the soul*
Lord Acton

La elección de una forma de Estado es justamente eso, una decisión entre diversas alternativas. Es tiempo de que los interlocutores políticos, sociales y jurídicos dialoguen seriamente sobre un tema que es fundamental y al que en las últimas décadas se ha evitado, ¿qué forma de Estado deseamos?

Decimos que México es federal, pero no existe federalismo judicial, en muchos ámbitos no hay claro federalismo fiscal (en gran medida por responsabilidad de las propias entidades federativas) y ahora, la línea es clara: todos (o casi todos) los aspectos procesales serán en lo sucesivo regulados por la Federación. Tal vez sea lo correcto (aunque muchos lo dudemos).

Hay que plantear preguntas complejas, y para ello, debemos dialogar con aquellos que piensan distinto a nosotros. El ambiente universitario es propicio para ello.

Si la respuesta es que deseamos seguir siendo una federación, hay que proponer muchas más interrogantes.

No debe resultar absurdo plantear toda clase de preguntas en un ambiente académico, aún aquellas que puedan parecer

¹¹⁴ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁵ *Idem.*

ridículas. ¿Debe establecerse un federalismo judicial en México como el de algunas otras federaciones?, ¿Cómo hacerlo en un ambiente donde en muchos poderes judiciales locales campea la corrupción y no todos los funcionarios tienen el nivel técnico ni ético adecuado?, ¿Qué materias corresponde legislar al Congreso de la Unión y cuáles deberían ser regulados por los Estados?, ¿Tiene sentido que el extranjero que va a adquirir un departamento de interés social a 10 kilómetros de la costa de San Blas, Nayarit deba obtener su permiso de constitución de fideicomiso en la Ciudad de México?, ¿Es adecuado que la Secretaría de Marina tenga su sede central en Coyoacán?, ¿Podría soñarse en emular el ejemplo del INEGI, y trasladar muchas más instancias federales a ciudades intermedias y generar así un círculo virtuoso económico en éstas distribuyendo mucho mejor la riqueza?, ¿Podríamos ser gobernados adecuadamente si se movieran la enorme mayoría de las Secretarías de Estado a otras ciudades?, ¿Qué sucedería si siguiendo el ejemplo de Brasil, se trasladara a algún otro lugar la capital de la República, dejando la actual Ciudad de México como un Estado y claramente permaneciendo como la ciudad más relevante económicamente del país?, ¿La nueva capital política podría seguir la lógica Constitucional de la actual Ciudad de México o sería deseable regresar al concepto de Distrito Federal de 1917, generando las condiciones (de extensión y población) que hagan esto posible?, ¿Dónde podría establecerse esta hipotética capital para que colinde en su pequeña extensión con cuando menos tres entidades federativas y propicie en todas su fortalecimiento económico?, ¿Se podría soñar con algo así (de ser deseable) en un país como México donde no parece haber posibilidades de pensar en nada que exceda el horizonte sexenal?

La primera reacción es frecuentemente decir *no*. No a cualquier cambio. Es la más sencilla, la que menos compromete y exige. Invitamos al lector a que no lo haga. Le proponemos que reflexione, piense en las ventajas y las desventajas, debata, arguya. Aunque al final la respuesta pueda ser negativa, nos habremos enriquecido pensando en alternativas, imaginando posibilidades, desarrollando ideas.

*Si tu diffères de moi, mon frère,
loin de me léser, tu m'enrichis*
Antoine de Saint-Exupéry

Bibliografía

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1976
- ANDREWS Catherine, *Discusiones en torno de la reforma de la constitución federal de 1824 durante el gobierno de Anastacio Bustamante (1830-132)*, El colegio de México, México, 2006
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 14
- CORONADO, Luis E., *Legislación expedida por los Poderes Federales en San Luis Potosí en 1863 y 1867: Fuente para el entendimiento de la guerra de intervención francesa*, Revista Col. San Luis, Volumen 5, Número 9, México, 2015
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015
- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *Historia de México*, Pearson Educación, México, 2002
- DÍAZ Héctor, *México, del Triunfo de la República al Porfiriato*, UNAM, México, 2005.
- FALCÓN Romana, *Don Porfirio Presidente...Nunca Omnipotente*, Universidad Iberoamericana, México, 1998
- FEDERALIST No. 62. The Senate for the Independent Journal. Wednesday, February 27, 1788 MADISON
- FOSTER, Lynn, *Subject Compilations of State Laws*, Library of Congress Cataloging in Publication Data, Estados Unidos, 1981
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La defensa del federalismo por un Juez federal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015
- GONZÁLEZ Paulina, *México en busca del sistema político*. México: Conevty, 2005
- HALE, Charles, *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, Vuelta, México, 1991
- MÁRQUEZ LÓPEZ, Juan. *Revolución de Ayutla*, Consultado en: <http://www.historia-mexico.info/2012/10/revolucion-de-ayutla.html>
- PALEKER S.A., *Federalism: A Conceptual Analysis*, The Indian Journal of Political Science Vol. 67, No. 2 (APR.- JUNE, 2006), pp. 303-310 Published by: Indian Political Science Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/41856217>
- PLIEGO MORENO Iván H., *200 años de federalismo en México*, Cámara de diputados, México, 2009
- ROWAT Donald C., *The Problems of Governing Federal Capitals*, Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique Vol. 1, No. 3 (Sep., 1968)
- SÁNCHEZ SANTIRÓ Ernest, Journal Article, *El Peso De La Fiscalidad Sobre La Economía Mexicana, 1790-1910*, Historia Mexicana Vol. 61, No. 1 (241) (Julio-Septiembre, 2011)

SANTOS AZUELA, Héctor, *Teoría General del Proceso*, McGRAW-Hill, México, 2000

SCHLEICHER David, *The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 4962, 2014

SHAEFER Agnes Gereben, BAHNEY Benjamin K, RILEY Jack, *Security in Mexico: Implications for U.S. Policy Options*, Copyright Date: 2009

WATTS Ronald L., *The American Constitution in Comparative Perspective: A Comparison of Federalism in the United States and Canada*, *The Journal of American History*, Vol. 74, No. 3, *The Constitution and American Life: A Special Issue* (Dec., 1987)

WEINGAST Barry R., *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development* *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 11, No. 1 (Apr., 1995)

Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2018

Visión Crítica de la Protección del Poseedor frente al Propietario

ADOLFO LUCAS ESTEVE¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La ocupación de viviendas*. III. *Posesión y propiedad*. IV. *Posesión y derecho*. V. *Consecuencias jurídicas de la posesión*. VI. *¿Por qué protegemos la posesión?* VII. *Soluciones legales*.

Resumen. La diferencia entre posesión y propiedad ha provocado una ineludible confrontación entre ambos términos frente a situaciones fácticas que se suscitan entre poseedor y propietario desde épocas del Derecho Romano, pues el ordenamiento jurídico otorga una mayor protección al primero de ellos, siendo que muchas de esas situaciones resultan ilegítimas, como es el caso de la ocupación de viviendas. Por tanto, debe cuestionarse si dicha protección debe seguir persistiendo en el ordenamiento jurídico, ya que el derecho de propiedad deviene subyugado por el poseedor sin derecho de la cosa en muchas ocasiones, es decir, revisar el tratamiento clásico de la posesión, especialmente tomando en cuenta la del propietario frente al poseedor y no en sentido contrario.

Palabras clave: Posesión y propiedad, poseedor sin derecho, tenencia, ocupación, protección del propietario.

Abstract. *The differences between possession and property rights has created an unavoidable confrontation between both concepts. In particular regarding factual situations which have taken place since the Roman Law between the owner and the possessor. This since legislation usually grants greater protection to the former, even when many of such situations turn out to be illegitimate, i.e. household occupation. Thus, it should be questioned whether such protection should be maintained in legislation, when property rights many times come unjustly subjugated by the possessor, that is, to review the classic study of possession, especially regarding the relationship between owner and possessor, but not on the contrary.*

¹Profesor agregado de derecho civil Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona (España); Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona (España).

Keywords: *Possession and property, unjust possessor, ownership, occupation, owner protection.*

I] Introducción

Desde el Derecho Romano se ha diferenciado entre propiedad y posesión. Esta diferenciación ha supuesto una inevitable confrontación entre el poseedor y el propietario de una cosa y esa confrontación se ha resuelto protegiendo al poseedor frente a los *ataques ilegítimos* del propietario.

El dueño de la cosa tiene que acudir a los tribunales para que se reconozca su derecho y se le entregue la posesión; sin embargo, los tribunales de justicia tardan mucho más tiempo del aconsejable en resolver esta cuestión, circunstancia que alarga innecesariamente una situación que muchas veces es ilegítima. Además, el ordenamiento jurídico protege al poseedor frente al propietario que actúa unilateralmente.

Esta situación ha multiplicado el fenómeno de la ocupación de viviendas, dejando a los verdaderos propietarios en una clara indefensión. La propiedad, que hemos definido como el derecho más grande que existe sobre una cosa, es vencida por cualquier poseedor sin derecho que ocupa la cosa. Ante esta circunstancia, que es jurídicamente anómala, nos debemos preguntar si el ordenamiento jurídico actual debe seguir protegiendo al poseedor frente al verdadero propietario.

II] La ocupación de viviendas

En Barcelona ciudad hay alrededor de 1000 casas ocupadas. Este número es difícil que disminuya: por un lado, porque uno de los slogans de los *ocupas* es *frente a cada desalojo otra ocupación*, lo que invita a pensar que un desalojo solamente provocará que la ocupación se traslade para afectar a otra persona diferente. Por otro lado, porque ocupar una casa prácticamente no tiene ninguna consecuencia jurídica civil ni penal para el ocupador.

Para centrar el tema, voy a explicar un caso real de los muchos que se producen a diario. Una mujer pensionista y minusválida, vive con su marido en su piso y hereda la casa de sus padres. Mientras decide qué hacer con la herencia, la casa es ocupada y, como es una persona de orden, acude a la justicia. En primer lugar, procede a denunciar a los *ocupas* por vía penal. Sin embargo, por la vía penal, solamente se pueden imputar dos delitos: el allanamiento de morada y la usurpación. Para condenar por allanamiento de morada es necesario que la casa constituya su

morada, es decir, que viva en ella, situación que no se produce en este caso; y para condenar por el delito de usurpación es necesario que se impida el uso de las facultades dominicales de la propietaria que, como hemos dicho, no estaba utilizando la vivienda. Por tanto, el procedimiento penal acaba con el sobreseimiento del caso.

Se inicia la vía civil, en la que la propietaria pide recuperar la posesión de su casa frente a unas personas que la ocupan sin derecho. El procedimiento civil, normalmente más largo que el penal, acaba con una sentencia condenando a los *ocupas* a dejar la casa. Se presenta recurso ante la Audiencia Provincial de Barcelona y, al cabo de un año, se dicta sentencia confirmando que los *ocupas* deben abandonar la casa.

Durante este proceso, desde la ocupación, transcurrieron cinco años de litigios y de pagos a abogados y procuradores. Por su parte, los *ocupas*, no conformes con haber estado cinco años en la casa de forma gratuita, antes de marcharse se dedicaron a romper las paredes y tirar los escombros por los desagües, arrancar cables eléctricos y destrozar la casa. Como es sabido, la mayoría de estas personas son insolventes y, por tanto, los propietarios no pueden esperar una reparación económica.

Debido a la situación en que quedó la casa y al miedo a que pudieran entrar otros *ocupas* (cosa que volvieron a intentar), la propietaria decidió malvender dicha casa para evitar males mayores.

Podemos añadir que, desde la perspectiva del Derecho Penal, si el propietario cortase la luz y el agua a los ocupadores, se le podría acusar de un delito de coacciones, y si intentase entrar en su vivienda, se le podría condenar por un delito de allanamiento de morada, porque, en esta situación, los *ocupas* sí viven en la casa y, por tanto, estaría entrando en una morada ajena.

Muchas veces se ha afirmado que los *ocupas* luchan por la socialización de la vivienda, pero en los casos que he estudiado, lo que he visto es que rompían la cerradura existente para poner una más grande y siempre tienen mucho cuidado en cerrar con llave cada vez que salen.

III] Posesión y propiedad

¿Qué hace el Derecho frente a esta situación? Centrándonos en el Derecho Civil, para responder a esta cuestión tenemos que remontarnos, como en muchas ocasiones, al Derecho Romano. En el Derecho Romano se distinguieron dos figuras jurídicas: la propiedad y la posesión. La propiedad es el derecho que se tiene sobre un bien y la posesión es el poder de hecho sobre

un bien. Por tanto, desde el Derecho Romano hasta la actualidad, se distingue entre el hecho (la posesión) y el derecho (la propiedad).

Por un lado, el derecho de propiedad es el poder más grande que jurídicamente se puede tener sobre una cosa. Y se puede adquirir por herencia, por donación o mediante un contrato más la entrega de la cosa. Es decir, cuando voy a comprar un objeto, en el derecho español, el simple contrato no transmite la propiedad, sino que es necesario que se entregue el bien, en la llamada teoría del título y el modo.

Por otro lado, tenemos el hecho, la posesión. La posesión se ha definido como la tenencia de una cosa o derecho, es decir un contacto físico, autónomo y visible sobre el bien.² No comparto esta definición, ya que si equiparamos posesión y contacto físico con la cosa hay situaciones que no quedan bien resueltas. Por ejemplo, ¿soy poseedor de la ropa que llevo? Podemos responder afirmativamente porque existe un contacto físico. En cambio, ¿soy poseedor de la botella de agua que he dejado encima de la mesa o soy poseedor del coche que he dejado en el aparcamiento de la universidad o del apartamento que tengo en la playa y al que no voy desde hace unos años? Si seguimos el criterio del contacto físico visible, tendremos que responder que no. No soy poseedor de aquello que no toco.

En mi opinión, el contacto físico con el bien no es imprescindible para definir la posesión. Si la posesión se perdiera en el momento en que el poseedor se separara un centímetro de la cosa, estaríamos ante un concepto jurídicamente inútil, carente de la estabilidad necesaria y que reduciría la posesión a los objetos que estoy tocando en cada momento. Por tanto, la posesión no requiere un contacto físico, sino el poder y el control sobre la cosa. Este poder se manifiesta en la posibilidad de recuperar el contacto físico con el bien de manera directa, inmediata y autónoma, sin la intervención de otras personas. De este modo, podemos afirmar que soy poseedor de mi apartamento en la playa, aunque no lo habite desde hace 3 años, simplemente porque puedo ir cuando quiera sin permiso de nadie, también soy poseedor del coche que tengo en la calle o de la ropa que tengo en el armario y que hace tiempo que no me pongo. En este sentido, tenemos que recordar con Albaladejo que *tenencia de un poder o ejercicio o uso del*

²LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, volumen primero, posesión y propiedad, Dykinson, Madrid, 2008

*mismo son cuestiones diferentes*³, es decir, puedo tener poder sobre un bien aunque no esté haciendo uso actualmente de él.

Así pues, la posesión de un bien no se identifica con la tenencia física sino con el poder de hecho sobre ese bien. Ahora bien, ¿cuándo existe un poder de hecho sobre un bien? Eso dependerá de dos factores: en primer lugar, del tipo de bien y, en segundo lugar, de la manera en que normalmente se ejerce el poder sobre ese bien. Se requiere que la posesión sea reconocida y respetada por la sociedad. Por tanto, la forma de poseer un objeto puede variar atendiendo a los bienes concretos y a los usos que la sociedad confiere a cada objeto. Por ejemplo, puedo dejar una toalla en la playa —y se considera que tengo la posesión—, pero no puedo dejarla en la calle; o puedo dejar el coche en la calle, pero no puedo dejar mi computadora portátil. De este modo, es necesario que el poder sobre un bien se manifieste ante los demás en la forma en que la sociedad reconoce habitualmente que una persona tiene poder sobre ese bien.

Este poder corporal sobre los bienes se denomina *corpus*. Pero el simple *corpus* no es suficiente para hablar de posesión. Por ejemplo, ahora están sentados en esta magnífica Aula Magna. ¿Les podemos considerar poseedores de las sillas en las que se sientan? No. Porque no es suficiente el mero contacto con una cosa o, como hemos dicho, la existencia de un poder sobre ella, sino que, además, es necesario que exista una voluntad de poseer, la voluntad de tener un dominio fáctico sobre el bien. Esta voluntad se denomina *animus*. Por tanto, desde Savigny, podemos decir que para que exista posesión se requieren dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Además de la confluencia del *corpus* y del *animus*, en la posesión tienen que converger diversas características:

(i) Tiene que ser estable. No se protege un contacto físico esporádico sobre un bien, sino que se requiere una permanencia en el tiempo. Los contactos instantáneos no son posesión, puesto que no permiten hablar de un control sobre un bien.

(ii) Tiene que permitir un uso reiterado y repetido sobre el bien (o al menos la posibilidad de hacerlo).

(iii) Tiene que ser exclusiva y excluyente: la exclusividad supone la posibilidad de excluir otras personas. Así, por ejemplo: no puedo poseer un autobús ni la universidad en la cual estoy estudiando, porque mi uso está compartido con los demás (aunque tenga *corpus* e incluso *animus*), ya que no puedo impedir el uso del resto.

³ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, volumen primero, Edisofer, S.L., Barcelona, 2010

(iv) Tiene que ser autónoma: sin someterse a la voluntad de otra persona. El poder que se ostenta sobre el bien tiene que ser el reflejo de la voluntad propia y libre. No hay autonomía si el tenedor es un simple instrumento de otra persona; por ejemplo, el piloto de un avión o el capitán de un barco no pueden decidir su destino, sino que tienen que seguir las instrucciones recibidas.

IV] Posesión y derecho

Habitualmente, la posesión y la propiedad coinciden en la misma persona, pero puede ocurrir lo contrario, que una persona sea propietaria y otra persona diferente tenga un poder de hecho sobre la cosa.

La posesión es un poder que no necesariamente está vinculado a un derecho real o personal que faculte para poseer el bien. En consecuencia, se puede poseer en virtud de algún título que faculte para poseer la cosa (por ejemplo, la propiedad), pero también se puede poseer sin derecho, por ejemplo, cuando el título adquisitivo es ineficaz o en caso de hurto. De este modo, se distingue entre *ius possidendi* e *ius possessionis*: el *ius possidendi* es la posesión derivada de un derecho real o personal; en cambio, el *ius possessionis*, es la posesión que no deriva de ningún derecho real ni personal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2010 define el *ius possessionis*...

...como (un) poder independiente de cualquier clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder, frente al ius possidendi, entendido como facultad que integra el contenido del derecho de dominio u otros derechos reales, así como también otros derechos personales que implican normalmente la facultad de poseer.

A pesar de esta distinción, en ambos casos hay posesión y producen los mismos efectos jurídicos.

Cuando analizamos la posesión hacemos referencia a un hecho y, por eso, es importante estudiarla con independencia de los derechos. El hecho y el derecho son cuestiones diferentes y, a pesar de que la posesión puede coexistir con la propiedad (o con algún otro derecho posesorio), se pueden dar casos de propiedad sin posesión y de posesión sin propiedad (por ejemplo, si alguien se apropia de un bien sin permiso: el propietario no tendrá la posesión y el *accipiens* será un poseedor no propietario).

Así pues, debemos preguntarnos, ¿qué hace el derecho en caso de confrontación entre el propietario y el poseedor? La

respuesta puede sorprender, porque el ordenamiento jurídico español confiere importantes facultades al poseedor.

V J Consecuencias jurídicas de la posesión

La posesión es un hecho que genera consecuencias jurídicas. En determinadas ocasiones, el ordenamiento jurídico español otorga consecuencias jurídicas a los hechos; por ejemplo: la accesión o la creación de una obra permiten la adquisición del derecho de propiedad. Desde esta perspectiva, la posesión comporta unos efectos jurídicos: las presunciones posesorias, la usucapión, la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe, la adquisición a *non domino* y la protección de la posesión.

Las presunciones posesorias. Si un observador externo contempla la posesión de un bien, puede extraer determinadas conclusiones: puede entender que el poseedor es titular de un derecho sobre ese bien; o puede considerar que actúa de buena fe porque no tiene ningún indicio para pensar lo contrario; o al ver al poseedor con una cosa y recordar que lo ha visto hace un tiempo con la misma cosa, puede suponer que la ha estado poseyendo durante todo este tiempo.

Estas y otras conclusiones se desprenden de la posesión de un bien y permiten hablar de las presunciones posesorias.

Las presunciones posesorias son: la presunción de que los poseedores son titulares del derecho en concepto del cual poseen el bien, la buena fe, la continuación de la posesión y la continuación del concepto posesorio. En todo caso, son presunciones *iuris tantum* y, por tanto, admiten prueba en contrario.

La usucapión. La usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión de un bien durante el tiempo fijado por la ley. Por tanto, la posesión continuada de un bien en un determinado concepto posesorio comporta la adquisición del derecho en concepto del cual se posee.

La liquidación posesoria. Un poseedor sin derecho puede perder su posesión ante alguien con mejor derecho a poseer, lo que comportará la liquidación de la situación posesoria y la necesidad de determinar quién tiene que pagar los gastos originados durante ese período, quién se ha de quedar con los frutos o quién es el responsable de la eventual pérdida de la cosa. En este sentido, el principal efecto de la liquidación posesoria es que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos producidos, a pesar de no tener derecho a poseer el bien.

La adquisición de bienes muebles. La publicidad derivada de la posesión de los bienes muebles crea una apariencia jurídica que puede hacer creer al adquirente que el poseedor/transmitente es el verdadero titular del derecho y, en consecuencia, el adquirente se convertirá en titular del derecho transmitido, a pesar de que el vendedor no sea propietario. Se trata de un caso de adquisición *a non domino* (adquisición de una persona que no es propietaria) que requiere que el adquirente sea de buena fe y que adquiera a título oneroso.

La protección de la posesión. La principal consecuencia de la posesión de un bien es el derecho a seguir poseyéndolo. Este derecho a poseer se fundamenta en la posesión actual del bien, con independencia del tipo de posesión y con independencia de que se tenga derecho, o no. Si alguna persona cree que tiene mejor derecho a poseer debe reclamar judicialmente el bien, pero no puede adquirirlo por la fuerza, ya que el hecho posesorio está protegido incluso frente al verdadero propietario.

VI] ¿Por qué protegemos la posesión?

Históricamente se han dado dos argumentos para justificar la protección de la posesión: Para Ihering, la posesión se protege porque es la imagen externa de la propiedad, de forma que protegiendo a los poseedores también se protege a los propietarios. Para Savigny, su protección se basa en la necesidad de mantener el orden y la paz sociales, para evitar actuaciones de hecho para recuperar la posesión.

Ahora bien, a pesar de que estos argumentos podían ser suficientes en el Derecho Romano, en el siglo XXI, no lo son.

Por un lado, la idea de que protegiendo la posesión estamos protegiendo la propiedad, en la actualidad, no es válida. En un mundo informatizado, en el que se puede conocer al propietario de la mayoría de los bienes inmuebles con una gran rapidez, la protección de la posesión como imagen de la propiedad es residual, ya que el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles permite conocer de forma prácticamente automática quién es el propietario de unos bienes inmuebles determinados.

Por otro lado, con relación a la necesidad de mantener la paz social, cabe recordar que el Derecho siempre ha rechazado la autotutela de los propios intereses por el afectado y parece recomendable que se exija la necesidad de acudir a los tribunales para resolver las disputas jurídicas. Ahora bien, la necesidad de acudir a los tribunales para la defensa de los propios intereses parte de la exigencia de obtener respuesta en un tiempo razonable, pero

si tiene que esperar entre dos y cinco años para recuperar una vivienda, esta justificación puede ser cuestionable.

Además, considero que el mantenimiento de la paz social es una materia propia del Derecho Penal y no del Derecho Civil. El Derecho Penal tiene la misión de proteger a la sociedad de los ataques más graves contra las personas y los bienes, y si una persona agrede a alguien o roba un bien ajeno, la paz social se protege con la imputación penal del autor. Desde esta perspectiva, el propietario que recupera pacíficamente la posesión que detenta otra persona sin derecho no puede ser considerado un ataque a la paz social. ¿Qué produce más alarma social? El hecho de que un propietario que tiene derecho a la posesión recupere una cosa sin vulnerar ninguna norma penal u obligar al propietario que sufre la ocupación de un bien inmueble a esperar unos cuantos años para recuperar la cosa, con la posibilidad de que esa ocupación se vuelva a repetir en el futuro y con la imposibilidad de cobrar los daños y perjuicios padecidos por la insolvencia de los autores.

La propiedad se define como el poder más grande sobre una cosa. Sin embargo, este derecho absoluto se vacía de contenido en manos de un poseedor sin derecho que ha arrebatado la cosa. Considero que los efectos de la posesión sin derecho deben ser revisados a la baja para adecuarlos a la realidad actual: un mundo informatizado que permite conocer de forma inmediata la titularidad de los derechos reales sobre un gran número de cosas y una justicia excesivamente lenta que no responde con la rapidez necesaria a los ataques contra la propiedad.

En concreto, centrándome en la protección posesoria, considero que la protección del poseedor sin derecho con independencia de cualquier otra circunstancia me parece desproporcionada y, personalmente, la encuentro injustificada. Proteger al poseedor sin derecho frente al propietario produce muchos inconvenientes, muchos más que la situación inversa, esto es, proteger al propietario frente al poseedor sin derecho. La propiedad no puede ser un derecho tan débil que pueda ser vulnerado por cualquier persona que adquiera la posesión, ya que esta situación altera el orden jurídico y confiere *de facto* más poder al poseedor sin derecho que al verdadero propietario.

VII] Soluciones legales

Actualmente, en España, se están planteando proyectos de Ley sobre esta materia. De *lege ferenda* se tendrían que revisar algunos de los efectos clásicos de la posesión, especialmente la

protección de la propiedad ante un poseedor sin derecho. En este sentido, es interesante recordar la redacción del Código civil suizo en su artículo 926:

1. Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble. 2. Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite. 3. Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances.

Sin embargo, a la espera de esa futura e hipotética modificación legislativa, considero que el ordenamiento jurídico vigente permite encontrar soluciones a esta situación:

Desde el ámbito del Derecho Penal, considero que la ocupación de una vivienda impide ejercer los derechos de uso, disfrute y disposición de dicha vivienda, por tanto, no se ataca alguna de las facultades dominicales del propietario, sino que se atacan todas ellas y, en este sentido, hablar de un delito de usurpación me parece bastante razonable.

Desde el ámbito del derecho procesal, se necesita la articulación de un procedimiento mucho más ágil y eficaz. No tiene sentido que se pueda desahuciar más rápidamente a un arrendatario que ha suscrito un contrato que a un *ocupa* que ha entrado violentamente en una casa. Mientras llega esa reforma, sería posible incidir en la aplicación de medidas cautelares como forma de alcanzar una pronta recuperación de los derechos arrebatados.

Finalmente, desde el ámbito del Derecho Civil, solamente tendríamos que aplicar un artículo que figura en el Código civil español y en otros Códigos de derecho foral, pero que, extrañamente, no se observa, porque, según señalan algunos autores, no se trata de una verdadera regla de derecho. Este artículo establece que: *En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello.*⁴ Por tanto, simplemente aplicando este artículo, llegamos a la conclusión de que los *ocupas* no son poseedores, son tenedores sin derecho. Y no tienen derecho a ser protegidos en su tenencia, por lo que el propietario podría recuperar directamente la cosa, ya que esa ocupación no está protegida por el ordenamiento jurídico.

⁴Artículo 441 del Código Civil Español.

Siempre se ha dicho que la realidad va por delante del Derecho. Pero en este caso, la realidad no va por delante del derecho, sino que el derecho está mirando a otro lado y ya es hora de que ofrezca soluciones eficaces a un problema que cada día es más grave.

Bibliografía

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil III. Derecho de bienes*, volumen primero, Edisofer, S.L., Barcelona, 2010
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, Reus, S.A., Madrid, 1992
- DEL POZO Carrascosa, Pedro, Vaquer Aloy, Antoni, Bosch Capdevila, Esteve, *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2008
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del código civil de Cataluña*, en ADC, tomo LX, 2007, fasc. I, pp. 15-32, 2007
- FERRER RIBA, F., *Dret civil III*, Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2007
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, *La posesión mediata e immediata*, Dykinson, Madrid, 2002
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1967
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, volumen primero, posesión y propiedad, Dykinson, Madrid, 2008
- LAUROBA LACASA, Elena, "Comentario a los artículos 521-1 a 522-8", en Giner Gallardo, Antonio y Clavell Hernández, Vincent, *Decanato autonómico de los registradores de Cataluña, Derechos reales, Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp.151-250
- LUCAS ESTEVE, Adolfo, *Posesión, detentación y tenencia*, Revista crítica de derecho inmobiliario, España, 2016, pp. 2549-2599.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo (Dir.), *Drets reals, Possessió, propietat i situacions de comunitat*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2017
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.
- SERAFINI, Felipe. *Instituciones de Derecho Romano*, Espasa Calpe, Madrid, 1927
- STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, vol. II., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1919
- TORRELLES I TORREA, Esther, *La possessió civilíssima y la possessió de l'hereu*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2018

Responsabilidad Civil de los Fedatarios Públicos. Puntos para Reflexionar

JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La responsabilidad civil y el fedatario público*. III. *La responsabilidad civil del fedatario a la luz de sus elementos de procedencia*.

Resumen. El presente artículo aborda un tema de suma importancia poco tratado por la doctrina, la responsabilidad civil, principalmente enfocada en su relación con la práctica de la fe pública. En una primera parte, repasa brevemente los aspectos generales de la responsabilidad civil, desde su evolución histórica hasta sus conceptos básicos. En una segunda parte se aborda el estudio de la responsabilidad civil desde la perspectiva de sus elementos de procedencia, es decir, el hecho generador, el daño causado y la relación de causalidad entre ambos.

Palabras clave: Responsabilidad civil, fedatarios públicos, derecho de daños.

Abstract. *This article deals with a topic that despite its importance, has been little studied by scholars, civil liability, mainly focused on its relationship with the practice of public faith. In the first part, the author briefly reviews the general aspects of civil liability, from its historical evolution to its basic concepts. A second part deals with the study of civil liability from the perspective of its elements, i.e. the generating event, the damage caused and the causal relationship between the two.*

Keywords: *Civil liability, certifying public officers, damage law.*

I] Introducción

Revisando las jurisprudencias recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se puede decir que el tema de

¹ Profesor de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

responsabilidad civil es un tema en boga. Muchas son las sentencias y los criterios que a diario emiten los tribunales federales en este apartado del derecho civil.

Evidentemente, la responsabilidad civil es un tema de construcción mayoritariamente jurisprudencial, pues los breves artículos del Código Civil que hablan sobre el tema son muy generales y no siempre sencillos, por lo que se requiere una construcción adicional que ayude a su aplicación, lo cual es el papel que estimamos está desempeñando la jurisprudencia, con sus vaivenes naturales.

Sin embargo, existe un gran ausente en este debate: la doctrina. Existen pocos estudios sobre temas de responsabilidad civil en nuestro país, aunque afortunadamente de forma ocasional se encuentra alguno nuevo.

Este artículo pretende precisamente colaborar en esa discusión. De ninguna forma presentamos aquí teorías consolidadas, ni temas exhaustivamente abordados, no es esa la función de un artículo académico. Aspiramos a algo más modesto: plantear algunas cuestiones generales sobre la responsabilidad y su relación con la práctica de la fe pública, dejando consciente y voluntariamente algunos temas incompletos, a fin de generar una discusión que ayude a la generación de opiniones doctrinales sobre la materia. Si logramos que algún jurista considere que debemos nosotros profundizar sobre un aspecto, o que alguien considere que nuestras opiniones requieren un mayor detenimiento, estaremos totalmente satisfechos.

II] La responsabilidad civil y el fedatario público

Por regla general, cuando una persona sufre una afectación en sus derechos o en sus bienes, ella misma es quien debe resentir el daño. Así se ha dicho desde tiempos romanos, con aquella famosa sentencia *res perit domino*, o también *casum sentit domino*, recogiendo nuestro Código Civil vigente dicho principio en su artículo 1429, el cual ordena que *cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, y otros agentes similares a que se refieren los dos Artículos anteriores y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización*.

Sin embargo, también desde tiempos romanos se consideró que si ese daño no era producto del azar o de la fatalidad, sino que provenía de una conducta de otra persona, bajo ciertas condiciones, podría trasladarse ese menoscabo hacia la persona *responsable*, es decir, otra persona debía reparar ese daño.

Es así como surge la hoy llamada responsabilidad civil, la cual podemos considerar como la herramienta jurídica para obtener una indemnización por los daños y perjuicios que una persona sufre injustamente, es decir, la reglamentación de las causas, procedimientos y requisitos para trasladar el daño de quien lo sufre injustamente a quien debe ser considerado como responsable.

En la época romana, la primitiva *Lex Aquilia* enunciaba taxativamente – típicamente, podemos decir utilizando la actual terminología del derecho penal – los supuestos en los cuales procedía la reparación del daño por un tercero.

Sin embargo después de una larga evolución histórica, el Código de Napoleón de 1804 abandona definitivamente la casuística romana y se inclina por un principio general de reparación de los daños cuando éstos son causados por una conducta culposa, al señalar en su artículo 1382 – actual 1240 – : *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*². Este principio, después de pasar por diversas legislaciones, es recogido por nuestro Código Civil de Jalisco en el artículo 1387, que indica *El que obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

A simple vista puede verse que toda persona que obre culposamente, deberá reparar cualquier daño causado por dicha conducta, conformándose así lo que se conoce comúnmente como el régimen general de la responsabilidad civil.

En este régimen general, se inserta la responsabilidad derivada de los daños causados en la mayoría de las actividades profesionales, puesto que son muy pocas las que tienen un régimen jurídico especial, es decir, las que se rigen por normas peculiares de procedencia de responsabilidad, de las cuales podemos señalar la medicina en instituciones públicas o, en el particular caso de actividades jurídicas, los jueces o los agentes de las fiscalías, los cuales se rigen por las normas de la responsabilidad del Estado.

Dentro de las actividades jurídicas sujetas al régimen general de responsabilidad establecido en el Código Civil, encontramos a los fedatarios públicos, pues como veremos más adelante, no existe en sus reglamentaciones normativa específica que permita configurar un régimen específico y propio.

² Cualquier hecho del hombre, que causare daño a otro, lo obliga por su culpa a repararlo.

Para adentrarnos en su responsabilidad, es importante analizar brevemente la figura de la fe pública.

En el lenguaje común, la fe en su cuarta acepción del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia de la Lengua, nos dice que es *la creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública*, y en la sexta, habla de *seguridad, aseveración de que algo es cierto*. Esto es, por la fe consideramos que *algo* que nos dice *alguien* es verdadero, por la autoridad que le conferimos a quien lo dice.

Esta idea trasladada al campo jurídico, nos lleva al concepto de fe pública, la cual es definida en dicho diccionario como *autoridad legítima atribuida a los notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario*.

Dicho en términos sencillos, por la fe pública se le concede valor pleno a lo que una persona – el fedatario – dice que pasó, como que una persona firmó determinado contrato, que una cosa guarda determinada situación, etcétera.

Nos dice con razón Jorge Ríos³ que la fe pública es única y la ejerce el Estado por sí mismo o la delega a servidores públicos o particulares; sin embargo para efectos didácticos y prácticos se hace necesario dividirla en razón de los sujetos que la brindan, de acuerdo a sus atribuciones legales. De esta forma, se puede hablar de la fe pública judicial – ejercida generalmente por los secretarios de juzgados y tribunales –, registral, ministerial, de registro civil, legislativa, etcétera.

Esta capacidad de dar fe es atribuida, como decíamos líneas arriba, en algunos casos a los particulares que cumplan con ciertos requisitos. Estamos entonces ante lo que comúnmente se conoce como fedatarios públicos: personas que no se encuentran insertas en la Administración Pública, ni en ninguno de los Poderes estatales o federales y sin percibir sueldo, salario o ingreso alguno de ninguna autoridad, sino de particulares, a quienes en virtud de una autorización – *Fíat* en el caso de los notarios, *Habilitación* de los corredores – expedida por la autoridad, les da la capacidad de dar fe pública de los actos señalados en sus propias legislaciones.

De esta forma, el notario público es regulado en nuestro Estado, por la *Ley del Notariado del Estado de Jalisco*, el cual

³ RÍOSHELLING, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 8ª Edición, Mc Graw Hill, México, 2012, p. 68

según el artículo 3, primer párrafo de dicho ordenamiento, es el *profesional del derecho que desempeña una función pública, investido por delegación del Estado a través del Titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de formalizar y dar fe para hacer constar hechos, actos y negocios jurídicos a los que se quiera o deba dar autenticidad y seguridad jurídica.*

Por su parte, el corredor público es definido de una manera muy limitada por el artículo 2, fracción IV del Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública como el *particular con habilitación legalmente expedida por la Secretaría (de Economía) y publicada en el Diario Oficial de la Federación en los términos de la Ley y este Reglamento, investido de fe pública y autorizado para ejercer las funciones que previene la propia ley.*

La razón de la existencia de dos diferentes actividades – la correduría y la notaría – reglamentadas en niveles de gobierno diferentes – la normativa propia de notario es estatal, mientras que la del corredor es federal – obedece a una razón constitucional. El artículo 73, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como una facultad del Congreso de la Unión legislar en toda la República, entre otras cosas, sobre comercio – el corredor público es, esencialmente, un fedatario público en materia mercantil – mientras que la materia civil está reservada a los Estados.

Ahora bien, cada uno de estos profesionales tienen un régimen disciplinario propio, contemplado en su propia reglamentación, sin embargo en materia de responsabilidad civil, ninguno tiene un régimen propio, apartado del general contenido en el Código Civil. Es claro en esta línea el primer párrafo del artículo 156 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco: *Los notarios son civilmente responsables de los daños y perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones por omisiones o violaciones de las leyes, siempre que aquellas sean consecuencia inmediata y directa de su intervención.*

Ahora bien, entrando al tema de la responsabilidad civil, debemos comenzar con cuestionarnos la naturaleza de la responsabilidad civil del fedatario, respecto a que si deberá ser considerada como contractual o extracontractual.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo⁴ – seguido por Ríos Helling⁵ – considera que es por un lado contractual y por otro extracontractual. La primera porque existe un contrato – verbal o, inclusive, tácito – de prestación de servicios profesionales con el

⁴ *Derecho notarial*, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2012, pág. 323

⁵ RÍOS HELLING, *op. cit.*, p. 296

cliente, por lo que los posibles daños derivados de la relación entre el fedatario y éste, serán de naturaleza contractual. Por el contrario, serán de naturaleza extracontractual los posibles daños causados a todos aquellos terceros que de alguna forma pudieran verse afectados por la eventual actuación del fedatario y no fueron quienes contrataron los servicios del fedatario o intervinieron en el acto.

Ejemplo de los primeros pudieran ser los daños causados a una sociedad por la declaración de nulidad de la formalización de un acta de asamblea por alguna razón imputable al fedatario, mientras que de los segundos los causados a un presunto heredero instituido en un testamento que fue declarado nulo por vicios de forma atribuibles al notario.

Compartimos los anteriores preceptos, aunque debemos hacer unos matices, atento a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

El doctrinista español Jaime Santos Briz⁶, quien comparte la solución señalada líneas arriba, formula una interesante precisión que creemos debe analizarse con mucho detalle:

... la relación jurídica del notario con su cliente es de naturaleza contractual, con las atenuaciones derivadas del ejercicio por el notario de una función pública que le obliga a la prestación de su ministerio con carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida... Falta, pues, del lado del funcionario fedatario la autonomía contractual que presupone la libertad de contratar cuando quiera, ya que está obligado ex lege a ello...

Partiendo de la opinión del célebre Magistrado español, creemos que el fedatario no tiene una absoluta libertad contractual respecto de la prestación de sus servicios profesionales. Además de que la obligatoriedad – en términos generales – de la prestación de sus servicios, consideramos que se encuentra con muchas otras limitaciones de la libertad contractual, sobre todo respecto de la forma en que se prestarán los servicios.

Consideramos que las disposiciones contenidas en la Ley del Notariado del Estado de Jalisco y en la Ley Federal de Correduría Pública son de orden público, por lo que no pueden los particulares modificar su observancia, atento al contenido del artículos 8 y 10 del Código Civil del Estado – y sus correlativos 6 y 8 del Código Civil Federal –. Es decir, no puede un fedatario

⁶ *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 2ª Edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 663

público modificar la normativa que lo rige solamente por un acuerdo de voluntades con su cliente, sino que la actuación del fedatario deberá ser en todo momento apegada a su reglamentación propia, limitándose así el ámbito de acción de la libertad contractual.

En esta línea, un criterio relativamente reciente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, ciertamente *obiter dicta*, que en el caso de la responsabilidad médico-sanitaria, ésta rebasa a la responsabilidad contractual. Por su importancia e interés para el tema, nos permitiremos transcribirla a continuación:

RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. REBASA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. La responsabilidad médico-sanitaria puede tener un origen contractual expreso o tácito, el cual consiste en la prestación de servicios del médico, o bien, puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como son los servicios de salud públicos. En el primer supuesto, las actividades comprendidas en la responsabilidad médica contractual, son aquellas que se suscribieron en específico entre el médico y el paciente. En contraposición, en la prestación de los servicios de seguridad social no existe un contrato entre particulares, sino que se origina una responsabilidad de índole administrativo, al ser el Estado responsable de los daños causados por el actuar irregular de sus agentes, médicos e instituciones del sector público. No obstante, la responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión, los cuales pueden derivar tanto de disposiciones reglamentarias, como de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.⁷

En el tema que nos ocupa, consideramos que los deberes de los fedatarios públicos va más allá de las obligaciones que pudieran contenerse en un contrato de prestación de servicios profesionales, puesto que están notarios y corredores obligados a

⁷ Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Tesis 1ª CXXI/2012(10ª), página 495, número de registro 2001472. Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olgún y Arturo Bárcena Zubieta. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

una serie de normas legales que rigen tanto su actuación como el acto en sí mismo.

De esta forma, los aspectos que pudieran válidamente establecerse en el acuerdo de voluntades entre el fedatario y el cliente, estimamos serían mínimos y totalmente accesorios de las obligaciones principales establecidas en las disposiciones que reglamentan tanto su actividad como los actos a formalizar en específico, sin embargo si existe ese acuerdo y de alguna manera determina los términos necesarios para la prestación del servicio, sí debe considerarse y pudiera generarse responsabilidad civil por su inobservancia.

Sintetizando, la responsabilidad del fedatario rebasa la responsabilidad contractual, ya que el actuar de éstos no debe ser determinado por el acuerdo de voluntades, sino por la Ley, no debe ceñirse totalmente al acuerdo de voluntades, ya que su actuación está regida por principios que exceden el contrato. Sin embargo, si existe un contrato de prestación de servicios en donde se plasmaron ciertas condiciones para la prestación del servicio – y obviamente estas condiciones no contradicen los ordenamientos legales – evidentemente deberá considerarse ese contrato para poder establecer su responsabilidad.

III] La responsabilidad civil del fedatario a la luz de sus elementos de procedencia

Ahora bien, siguiendo la teoría general de la responsabilidad civil, debemos analizar la responsabilidad del fedatario a la luz de los diferentes elementos que integran la responsabilidad.

1. *Hecho generador.* Según el artículo 1387 del Código Civil del Estado de Jalisco, la responsabilidad surge *obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres*. Esto nos indica el que ha sido considerado tradicionalmente como el primer elemento de la responsabilidad, que se refiere a que la conducta del responsable – en este caso, el fedatario – sea culpable o ilícita.

La culpa se refiere a la omisión de la diligencia debida. Siguiendo la doctrina dominante, tenemos que la culpa puede ser concebida como la inobservancia del cuidado debido, en la conducta susceptible de causar daño a otro, en este caso, el ejercicio profesional del fedatario.

Dados los requisitos necesarios para acceder tanto a la función de notario como de corredor, ambos deben considerarse como expertos en su materia, en consecuencia dichas personas deben observar un estándar de conducta sumamente elevado, por

sus cualidades profesionales, consideramos que no se les debe exigir la conducta de un hombre medio, del *bonis pater familia*, sino que se trata de un profesional del derecho (artículo 3 de la Ley del Notariado), que ha aprobado exámenes de *alto grado de dificultad* (art. 11-I de la Ley Federal de Correduría Pública).⁸

Como anotábamos al principio del presente trabajo, la reglamentación actual de la responsabilidad civil no es casuística o típica, sino general. Sin embargo, para efectos de analizar algunos alcances de dicha responsabilidad en el tema que nos ocupa de los fedatarios públicos, consideraremos algunos casos de procedencia señalados por los autores que han analizado el tema en nuestro país – Bernardo Pérez Fernández del Castillo y Jorge Ríos Helling – además de otros adicionados por nosotros. Para ello, los clasificaremos en tres momentos temporales diferentes, dependiendo el momento en que se dé el actual ilícito del fedatario.

a) Aquellas ajenas a la celebración del acto

Abstenerse, sin justa causa, de prestar el servicio: Como adelantamos líneas arriba, la actuación del fedatario en ningún caso es de oficio, sino que siempre será a petición o rogación de parte, pero es, por norma general, obligatoria, ya que sólo en los casos enumerados en las leyes puede abstenerse de intervenir⁹.

En este sentido, el artículo 38 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco señala que solamente podrá excusarse de prestar sus servicios en 4 supuestos: i. Si estuviere ocupado en algún otro acto notarial; ii. Por enfermedad o que se pueda poner en grave peligro su vida, su salud o sus intereses; iii. Cuando no se le aseguren los gastos y honorarios del instrumento, salvo cuando se trate de otorgar un testamento en caso de urgencia. En este supuesto, sólo podrá rehusar la expedición del testimonio, mientras no le sea hecho el pago correspondiente; y iv. En días inhábiles o en horas que no sean de oficina, salvo cuando se trate del otorgamiento de un testamento en caso de urgencia o de la intervención a que se refieren las leyes electorales.

Por su parte, la Ley Federal de Correduría Pública señala en su artículo 13 que: *El corredor público sólo podrá excusarse de actuar en caso de existir prohibición legal, así como en días festivos*

⁸ Aclara Jorge Ríos, con razón a nuestro entender, que la obligación de comportamiento como buen padre de familia es aplicable al notario – y estimamos que también al corredor – en cuanto a su obligación de custodiar el protocolo y las demás herramientas notariales durante el tiempo en que éste las debe conservar antes de entregarlas al Archivo General de Notarías, *op. cit.*, p. 296

⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 386; RÍOS HELLING, *op. cit.*, p. 299

y feriados u horas inhábiles, o cuando los interesados no le anticipen los gastos necesarios.

De esta forma, si un fedatario se niega injustificadamente a prestar sus servicios, será un actuar ilícito que lo obligará a indemnizar todos los daños y perjuicios que genere.

b) Aquellas que se reflejan en el acto donde consta la fe pública.

i. *Actuación morosa*. Se refiere al caso de que el instrumento se extienda fuera del tiempo convenido o necesario para su redacción, o entrega el testimonio en un plazo excesivo¹⁰.

Aquí debemos hacer una precisión para guardar la coherencia con algo que señalamos líneas arriba. Consideramos éste un caso posible en que la responsabilidad del fedatario se genere de naturaleza contractual, ya que el plazo en que deba ser redactado un instrumento, estimamos sí puede ser sujeto de acuerdo en el contrato de prestación de servicios que se llegase a celebrar entre el fedatario y el cliente, siempre y cuando sea suficiente para cumplir con todos los requisitos previos que sean necesarios para el otorgamiento del acto.

En este respecto, la Ley Federal de Correduría Pública en la fracción II del artículo 15, impone como una obligación del corredor *No retrasar indebidamente la conclusión de los asuntos que se le planteen*.

Obviamente, dada la enorme casuística que puede presentarse en este tema y la multiplicidad de factores que pueden influir en el tiempo necesario para redactar y formalizar un acto, no puede establecerse en la legislación un plazo único, sino que éste dependerá de las circunstancias de cada asunto en particular, según sus condiciones de complejidad, autorizaciones o permisos previos, requisitos y cualquier otra circunstancia.

ii. *Instrumento deficiente*. Nos dice don Bernardo Pérez Fernández del Castillo que:

... el notario como profesional del derecho, debe buscar las soluciones jurídicas y económicas más propias para resolver los problemas planteados. Si por negligencia, impericia o falta de práctica notarial, escoge soluciones impropias, ya sea porque haya redactado un contrato en lugar de otro o bien cuantificando indebidamente los impuestos, si causa daños y perjuicios, tiene que responder mediante la indemnización¹¹.

¹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 386; RIOS HELLING, *op. cit.*, p. 300 y 301

¹¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 387

A este respecto, la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, señala en su artículo 4 que *El notario público, como profesional del derecho, tiene la obligación de asesorar personalmente e ilustrar con imparcialidad a quienes soliciten sus servicios, por lo que debe recibir, interpretar y dar forma a su voluntad, proponiendo los medios legales adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar, y advertirles de las consecuencias legales de su voluntad.*

Por su parte, la Ley Federal de Correduría Pública, en su artículo 15 señala como obligaciones del corredor *I.- Ejercer personalmente su función, con probidad, rectitud y eficiencia, y más adelante, en la fracción III del mismo artículo ordena que debe proponer los negocios con exactitud, claridad y precisión.*

Según se desprende de los artículos transcritos, el fedatario es quien propone el acto jurídico a realizar considerando las necesidades de los clientes, siendo responsable de su redacción y de la calidad de la misma. Deben quedar aquí exceptuada la protocolización de documentos, pues en este caso el fedatario solamente formaliza el documento que el cliente presenta, pero de ninguna manera es autor del mismo.

iii. *Declaración judicial de nulidad:* Es causa de responsabilidad del notario, si por contravenir el Código Civil, la Ley del Notariado u otras leyes, se declara judicialmente nulo o inexistente el instrumento por él redactado¹².

Evidentemente, si un tribunal declara por sentencia firme la nulidad del instrumento del fedatario por una causa imputable a él, tendrá entonces indudablemente que responder de los daños y perjuicios que haya causado.

Líneas más adelante volveremos un poco sobre la responsabilidad del fedatario en caso de nulidad.

c) Las que son posteriores a la redacción.

i. *Secrecía.* Los fedatarios públicos tienen la obligación de guardar secreto sobre los actos que se pasen ante ellos.

Así, el artículo 43, primer párrafo, de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco establece que:

El notario autorizante, el o sus asociados, asistentes, practicantes para el ejercicio notarial, empleados, dependientes y demás personas que puedan tener acceso a los libros del protocolo, así como el Director del Archivo de Instrumentos Públicos y los demás servidores públicos de esa dependencia, están estrictamente obligados a guardar el secreto profesional sobre actos que

¹² *Íd.*

autorice el primero y aun sobre la existencia de ellos, salvo cuando lo requiera la Secretaría General de Gobierno o por orden judicial o ministerial, fundada y motivada, sean requeridos...

Por su parte, el artículo 15 de la Ley Federal de Correduría Pública establece como una obligación del corredor *guardar secreto profesional en lo relativo al ejercicio de sus funciones y, cuando actúe con el carácter de mediador, no revelar, mientras no se concluya el acto, convenio o contrato, los nombres de los contratantes ni los datos o informes sobre el acto, a menos que lo exija la ley o la naturaleza de la operación, o medie consentimiento de las partes;*

ii. *Inscripciones.* Nos dice don Bernardo Pérez Fernández del Castillo que *Incorre el notario en responsabilidad cuando ha recibido los gastos y honorarios para la inscripción de una escritura en el Registro Público de la Propiedad o de Comercio y no la realiza o lo hace en tiempo inoportuno*¹³.

De esta forma, si la legislación establece que el fedatario es a quien corresponde realizar las inscripciones en cualquier Registro Público, será responsable de los daños y perjuicios que deriven de no realizarlas en el plazo señalado para tal efecto. En caso que no sea obligación del fedatario, éste deberá instruir a los clientes sobre la necesidad o conveniencia del registro, dándole los elementos necesarios para su inscripción.

iii. *Conservación.* Una de las características más importantes de los documentos expedidos por un fedatario público es su conservación. El fedatario deberá conservar sus libros, al menos por el plazo que marca la Ley, y posteriormente deberá enviarlos a un Archivo público para su custodia, ya sea el Archivo de Instrumentos Públicos del Estado, en el caso de los notarios; ya el Archivo General de Correduría Pública en el caso de los corredores.

La razón de esta conservación es, además de mantener el acto original firmado por las partes, facilitar la reproducción del acto, para el caso de que alguna de las partes llegare a necesitar o desear una copia certificada o un testimonio del mismo.

De esta forma, el fedatario es responsable por la guarda y custodia de los documentos mientras no los haya remitido a alguno de los Archivos, aunque como adelantamos líneas arriba, consideramos que esta obligación por no ser estrictamente jurídica, la deberá cumplir como cualquier *padre de familia*, con la diligencia media de un hombre cuidadoso.

¹³ *Ibid.*, p. 391

Con lo anotado en la presente sección, consideramos haber hecho un recuento de las obligaciones básicas del fedatario y su relación con la responsabilidad civil en que pueden incurrir, correspondiendo ahora abordar su relación con los restantes elementos de la responsabilidad.

2) *El daño*. Según el artículo 1415 del Código Civil el daño es *la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*, mientras que el perjuicio, dice el artículo 1416 es *la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*. Definitivamente, estos preceptos nos hablan de las consecuencias negativas que puede sufrir un patrimonio, por lo que para tener un concepto completo sobre lo que son los daños hay que añadir el concepto de *daño moral*, que en nuestro Código Civil de Jalisco – artículos 34 y 1391 – es vinculado a los derechos de la personalidad.

De esta forma, tenemos ya abarcados al menos los preceptos que en la doctrina moderna comprenden el daño en su integridad: la afectación patrimonial, la afectación moral y la pérdida de ganancias lícitas, todos ellos ocasionados por el hecho generador, en este caso, el actuar ilícito del fedatario.

Esto es, el fedatario público será responsable de todas aquellas afectaciones que sufra una persona en sus bienes o derechos pecuniarios – daño patrimonial – o bien en su vida, integridad física y psíquica, afectos, sentimientos, creencias, honor, reputación, nombre, pseudónimo, presencia física, secretos, vida privada y familiar – daño moral – que su actuar negligente ocasione.

Pensemos por ejemplo, en una nulidad de testamento público abierto, por negligencia del notario – no cumplir todos los formalismos y requisitos exigidos por la legislación – en donde el testador reconoció como hijo a una persona y le dejó una cuantiosa herencia. Consideramos que las afectaciones tanto patrimoniales – la herencia de la que se ve privado – como personales – la pérdida del reconocimiento de la paternidad, su tratamiento social, nombre, etcétera – que sufre por la negligencia del fedatario.

3) *Relación de causalidad*. El tercer y último elemento de la responsabilidad civil es la relación de causalidad entre el hecho generador – la conducta ilícita del fedatario – y el daño causado.

El artículo 1417 del Código Civil del Estado nos ordena que *Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse*.

Esto es, debe existir una relación inmediata y directa de causa-efecto entre la conducta negligente del fedatario y el daño.

Dicho en otras palabras, el daño debió haber sido causado, precisamente, por la conducta culposa o negligente del fedatario.

Este concepto consideramos que debe ser revisado cuidadosamente, pues existen varios matices a tomar en cuenta.

En efecto, es importante resaltar que no todo instrumento declarado nulo por la autoridad automáticamente genera una responsabilidad civil a cargo del fedatario. Igualmente, al contrario, no toda responsabilidad civil del fedatario deriva necesariamente de una declaración de nulidad de un instrumento.

Según el propio Código Civil, en su artículo 1759, la nulidad *hace ineficaces los actos jurídicos, y puede ser absoluta o relativa*. La nulidad absoluta es ocasionada, según el artículo 1760, *por falta de consentimiento, de objeto que pueda ser materia de él, o de las solemnidades prescritas por la ley*, mientras que la relativa, según el artículo 1765 es producida *por la falta de forma establecida por la ley, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, la reticencia, y la incapacidad de ejercicio de cualesquiera de los autores del acto*.

Pongamos el caso de una demanda de nulidad en contra de la protocolización de un acta de consejo de administración de una sociedad mercantil, que tenía dos defectos: por una parte, las firmas que obraban en dicha acta no fueron estampadas por los miembros del consejo, sino que fueron falsificadas y, además, el fedatario fue omiso en cubrir los requisitos del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Existe evidentemente una conducta negligente del fedatario: la omisión de los requisitos señalados en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Sin embargo, la nulidad del acta y por tanto, de su protocolización, se debió a otra causa: la falsificación de las firmas. En este hipotético supuesto, estimamos que civilmente, el notario no tendrá ninguna responsabilidad por la nulidad, ya que ésta no generada por su conducta ilícita, sino por una irregularidad ajena a su actuación: la causa del daño – la nulidad – no fue la actuación negligente del fedatario.

En otro caso, en que el fedatario actúa con negligencia pues tarda demasiado tiempo en preparar los instrumentos y los registra extemporáneamente. Aquí consideramos que no existe ninguna causa de nulidad de la actuación, pero sí hay una conducta negligente que ocasiona daños a una persona, por lo que sí estaría obligado a indemnizarlos.

Bibliografía

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2012.

RÍOS HELLING, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, 8ª Edición, Mc Graw Hill, México, 2012.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 2ª Edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977.

Fecha de recepción: 14 de junio de 2018

Fecha de aprobación: 18 de junio de 2018

Viabilidad de Reclamar Daños Punitivos en México

GUSTAVO MORANTE AGUIRRE¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Daños punitivos con base en principios generales del derecho.* III. *Daños punitivos con base en el derecho a obtener una indemnización integral.* IV. *Daños punitivos con base en las finalidades del derecho de daños.* V. *Conclusión.*

Resumen. El autor hace un análisis al concepto de daños punitivos, figura novedosa incorporada al derecho mexicano a partir de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el conocido caso *Mayan Palace* de 2013 y de la posibilidad de reclamarlos de manera independiente de los daños materiales o de los daños morales, únicas figuras reguladas por nuestros Códigos Civiles.

Palabras clave: Daños punitivos, derecho de daños, justa indemnización.

Abstract. *The author makes an analysis of the concept of punitive damages, a new figure incorporated into Mexican law based on the judgments of the Supreme Court of Mexico (SCJN) in the well-known Mayan Palace case decided on 2013 and the possibility of claiming such damages independently of material or moral damages, the only figures regulated by our Civil Codes.*

Keywords: *Punitive damages, damages, equitable relief.*

I | Introducción

Hasta hace poco el derecho mexicano en materia de daños se había caracterizado por ser, hasta cierto punto, estricto y rigorista. En su génesis, el Código Civil Federal vigente únicamente reconocía expresamente la posibilidad de recuperar los daños y perjuicios materiales causados de forma directa y necesaria por una conducta ilícita. Posteriormente, a finales de 1982 se incorporó de forma expresa el concepto de daño moral. Sin embargo, la figura

¹ Profesor de Teoría General de las Obligaciones y Contratos Civiles en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

del daño punitivo, ampliamente estudiada y reconocida en otros sistemas como en el derecho estadounidense, no está – incluso hoy – expresamente regulada en los códigos civiles. De ahí que su incorporación en nuestro derecho se ha realizado a partir de las tesis adoptadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los amparos directos 30/2013 y 31/2013, mejor conocidos como el Caso Mayan Palace, en donde se declaró la posibilidad de reclamar daños punitivos en México inscribiéndolos en el propio artículo 1916 del Código Civil Federal.

Los Ministros de la Primera Sala de la SCJN se basaron, principalmente, en dos argumentos: (i) en una interpretación *literal* y *teleológica* del artículo 1916 del Código Civil Federal, y (ii) en el concepto de *justa indemnización* contemplado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). La Corte afirmó que el carácter punitivo se desprendía de la necesidad de valorar el grado de responsabilidad del responsable del daño que establece el artículo 1916 del CCF para cuantificar el daño moral, y que a efecto de que se pueda hablar de una justa indemnización o de una indemnización integral del daño, era necesario que el deseo de justicia de la víctima se viera satisfecho mediante un *quantum* que no se agotara en una mera compensación, sino en una sanción que tenga la vocación adicional de disuadir la generación de daños futuros.

En esa lógica, es dable afirmar que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo es posible reclamar daños punitivos como parte de la cuantificación de un daño moral, pero no habría base para demandar el pago de daños punitivos de manera independiente al daño moral o de forma autónoma al artículo 1916 del Código Civil Federal. No obstante lo anterior, es de tomarse en cuenta que la razón de ser de los daños punitivos no necesariamente encuentra su origen en el daño moral, sino en el carácter repudiable de la conducta del responsable.

En efecto, Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, en su obra *Tratado de la Responsabilidad Civil*², citan a Fernando Reglero Campos para definir daños punitivos como *el plus de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños*.

Asimismo, dichos autores citan la obra del Derecho de Daños de Díez-Picazo para afirmar que en los tribunales norteamericanos admiten la procedencia de los daños punitivos en tres grupos o clases de casos:

² TRIGO REPRESAS, Félix A., y Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. La Ley, 1ª Edición. Buenos Aires, 2005. Tomo I, Página: 557.

- (i) Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (p. ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos o a no cesar en la fabricación);
- (ii) Cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento;
- (iii) Cuando independientemente de sus consecuencias el sujeto actúa con el fin específico de causar el daño³.

En la sentencia del Caso Mayan Palace, la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece aceptar las premisas que justifican la procedencia de los daños punitivos en los supuestos agrupados por Díez-Picazo transcritos anteriormente, aunque lo enmarque, al final, en el contexto del daño moral.

El objetivo principal de este artículo no es realizar un estudio exhaustivo, ni histórico de la figura de los daños punitivos y, menos aún, del caso Mayan Palace, sino proponer tres argumentos concretos con base en los cuales consideramos que, en supuestos análogos a los antes referidos, es viable plantear un reclamo de daños punitivos conforme a derecho mexicano de manera independiente al daño moral. Con esa base, nosotros sostenemos la posibilidad de reclamar daños punitivos sin fundarlos en el artículo 1916 del Código Civil Federal y sin importar si en el caso concreto existió daño moral, pues afirmamos la independencia de ambas categorías de daños.

A manera de síntesis, anticipamos que los tres argumentos con base en los cuales sostenemos, conforme a derecho mexicano, la autonomía respecto del daño moral y la procedencia de los daños punitivos, son los siguientes:

a) Principios generales del derecho (equidad y buena fe), en relación con los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 18, 19 y 1796 del Código Civil Federal.

b) Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

c) Daños punitivos como satisfacción y realización de la función disuasiva de la responsabilidad civil.

³ Ídem, pg. 559

II] Daños punitivos con base en principios generales del derecho

El artículo 14 Constitucional establece que *[e]n los juicios del orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. Así las cosas, tomando en consideración que en derecho mexicano no existe una disposición expresa que regule el concepto de daños punitivos y, menos aún, una que los prohíba, su procedencia y configuración encuentran sustento en diversos principios generales del derecho, como lo son el principio de equidad y el principio de la buena fe.*

Ahora bien, en relación con el principio de equidad, en el Diccionario Jurídico Mexicano publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se afirma *la vigencia esencial del concepto aristotélico de equidad como una forma de la justicia que se aplica al caso concreto* y citando a Lumia se define como *el juicio atemperado y conveniente que la ley confía al juez*⁴.

Por su parte, el Maestro Eduardo García Máynez en su clásica obra *Introducción al Estudio del Derecho* se refiere a la equidad y reconoce su aplicabilidad bajo el artículo 14 Constitucional como principio general del derecho de la siguiente manera:

Sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros.

*El fundamento de validez de aquella norma hay que buscarlo en el valor de lo justo y en las exigencias que de él derivan. Equidad no significa otra cosa que solución justa de los casos singulares.*⁵

De igual manera podemos encontrar sustento a los criterios de equidad en algunas disposiciones del marco jurídico positivo mexicano, como en el artículo 20 del Código Civil Federal, que habla expresamente de criterios de equidad y proporcionalidad favoreciendo a quienes buscan evitarse perjuicios en contra de

⁴ Diccionario Jurídico Mexicano de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Equidad, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1171/4.pdf>, fecha de última consulta 29 de mayo de 2018

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 55ª Edición, México, 2003, pp. 377-378

aquellos que pretendan obtener lucros, afirmando también a la igualdad como criterio definitorio para la resolución de conflictos.

De lo anterior podemos extraer las siguientes premisas: i) que el marco constitucional mexicano exige, en materia civil, la aplicación de los principios generales del derecho cuando no exista una norma positiva expresa para resolver una cuestión en particular; ii) que en derecho mexicano no existe una norma que prohíba o expresamente regule la condena al pago de daños punitivos; y iii) que dentro de los principios generales del derecho se encuentra el principio de equidad.

En consecuencia, una primera conclusión que se obtiene de tales premisas es que el principio de equidad puede y debe utilizarse como fundamento para decidir si procede o no una condena al pago de daños punitivos en un caso concreto.

Por ello, cuando en una relación contractual o extracontractual, se rompe de alguna manera la equidad entre las partes derivado de un hecho ilícito realizado por alguna de las partes, la condena en daños punitivos es procedente como una forma de recuperar la equidad entre las partes.

Por ejemplo, se rompe la equidad entre las partes cuando la utilidad que una de ellas obtiene con motivo de una determinada relación jurídica se ve incrementada por cumplir de manera deficiente con sus obligaciones y, por tanto, generar un *ahorro ilícito* en detrimento de la calidad que recibe su contraparte. Este criterio encuentra sustento en la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el referido caso *Mayan Palace*, pues en ella se resolvió expresamente lo siguiente:

El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta.⁶

Tal criterio adoptado por la Primera Sala encuentra sustento claramente en el principio de equidad y es consistente con la tipología de supuestos resumidos por Díez-Picazo para el caso del sistema norteamericano.

⁶ Amparo Directo 30/2013, Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, expediente origen: D.C. 78/2013, relacionado con el D.C. 79/2013), p. 88

El principio de equidad se complementa con el principio de buena fe pues las situaciones de *ahorro ilícito* representadas en el texto transcrito de la sentencia del Mayan Palace son claramente una violación al principio de buena fe contractual reconocido expresamente en el artículo 1796 del Código Civil Federal y, por lo tanto, se puede acreditar con esa base la ilicitud en el rompimiento del principio de equidad.

De esa manera, los daños punitivos tendrían la vocación de recuperar la equidad y sancionar civilmente al responsable por su conducta ilícita, en adición a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieren causado a la víctima.

III] Daños punitivos con base en el derecho a obtener una indemnización integral

En adición al argumento relacionado con la equidad, la condena al pago de los daños punitivos, como lo sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encuentra sustento también en los artículos 1º Constitucional y 63.1 del Pacto de San José.

En la multicitada sentencia del Caso Mayan Palace, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que *respecto al derecho a una justa indemnización, esta Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 1068/2011, resolvió que dicho derecho tiene vigencia en las relaciones entre particulares*⁷.

Así las cosas, el derecho fundamental a una indemnización justa, o indemnización integral, previsto en el artículo 63.1 del Pacto de San José es oponible y exigible también entre particulares, es decir, existe eficacia horizontal de este derecho humano en particular.

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mismo Caso Mayan Palace, también afirmó que los daños punitivos se inscriben dentro del derecho a una justa indemnización. Tal declaración la realizan los Ministros en los siguientes términos literales:

*A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como daños punitivos y se inscribe dentro del derecho a una justa indemnización*⁸.

⁷ *Idem*

⁸ *Ibidem*, p. 87

En conclusión, toda víctima que sufre daños y perjuicios con motivo de la conducta ilícita de otra parte tiene derecho a recibir del responsable una justa indemnización o indemnización integral, dentro de la cual no sólo se implica – en casos análogos a los descritos por Díez-Picazo – la reparación efectiva de los daños y perjuicios sufridos, sino también el derecho a recibir daños punitivos como forma de recuperar la equidad entre las partes y a manera de ver satisfecho el sentimiento de justicia, pues en aquellos supuestos en donde para el responsable sea más económico reparar el daño que invertir en prevenirlo, no basta la reparación para ver realizadas la equidad y la justicia.

IV] Daños punitivos con base en las finalidades del derecho de daños

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el referido caso del Mayan Palace, reconoció que la indemnización en el derecho de daños tiene diversas funciones, entre las que se contemplan la función reparadora y otra preventiva o disuasiva. Esto quiere decir que los jueces al cuantificar la indemnización que debe pagar el responsable, deben tener presente ambas funciones. En concreto, la Corte estableció que los daños punitivos se inscriben *dentro del derecho a una justa indemnización, pues mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley*⁹.

Los Maestros Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, en su obra antes citada (Tratado de la Responsabilidad Civil), identifican la función preventiva o disuasiva como: *la función de prevención del daño o prevención de comportamientos antisociales*¹⁰. Dichos autores sostienen en esencia lo mismo que la Primera Sala sostuvo en la sentencia antes referida, en el sentido de que: *No se discute ya que la responsabilidad civil también puede y debe cumplir una función preventiva, sobre la base de remedios de tipo inhibitorio, evitación, o en su caso la cesación, de las actividades nocivas*¹¹.

Esto significa entonces que el derecho a una indemnización justa, completa e integral, no se agota – en algunos casos – con la reparación del daño, sino que también debe castigarse al responsable en el monto de la condena a efecto de disuadir las

⁹ *Ibidem*, p. 88

¹⁰ Trigo Represas, *op. cit.*, 62

¹¹ *Íd.*

conductas negligentes o dolosas. Esa función busca sancionar civilmente conductas reprochables desde el punto de vista civil, por lo que los daños punitivos reclamados se traducen en una medida eficaz para prevenir que un responsable reincida en conductas similares, protegiendo la buena fe y el restablecimiento de la relación de equidad entre las partes.

Este concepto disuasivo justifica la condena de daños punitivos, pues tiene como efecto evitar que en el futuro sea más económico para una persona ser negligente en el cumplimiento de sus obligaciones que cumplir con diligencia los deberes contractuales y extracontractuales que asume con motivo de una determinada relación jurídica.

Al respecto citamos las tesis que fueron adoptadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del caso Mayan Palace:

*DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS.*¹² *Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como daños punitivos y se inscribe dentro del derecho a una justa indemnización.*

Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

¹² DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Registro2006958, Primera Sala, Tesis Aislada, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, 1a. CCLXXII/2014 (10a.), p. 142.

Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de julio de 2014 a las 8:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

DAÑOS PUNITIVOS. ENCUESTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.¹³ *El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la indemnización, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quantum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982. Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.*

Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

¹³ DAÑOS PUNITIVOS. ENCUESTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Registro 2006959, Primera Sala, Tesis Aislada, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, 1a. CCLXXI/2014 (10a.), p. 143.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de julio de 2014 a las 8:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

A este concepto de beneficio económico al que se refiere la Primera Sala en la primera de las tesis transcritas se le conoce como la culpa lucrativa, es decir, aquella circunstancia en que el incumplir redundaría en un mayor beneficio económico para el responsable, incluso considerando el pago de los daños efectivos causados. Los daños punitivos pretenden disuadir las conductas negligentes, evitando la culpa lucrativa, de modo que los responsables presten sus obligaciones con la diligencia debida para evitar causar daños, lo que también abona al respeto de los principios de equidad y de buena fe.

V] Conclusión

Al considerar el tema de los daños punitivos, nos parece razonable abrazar la nueva concepción del derecho de daños que ya reconoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia del Caso Mayan Palace, pues aunque se trate de una visión incipiente en el derecho mexicano, entraña el abandono por parte de la Corte de la postura meramente formalista que sólo autorizaba a recuperar daños efectivos.

Nos parece que los argumentos expuestos en este artículo son suficientes para justificar una condena a daños punitivos pero, además, esta nueva concepción en el derecho de daños apuntalada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede tener como efecto que en nuestro país se desarrolle una cultura de responsabilidad civil adecuada que impulse a las personas a conducirse con diligencia tanto en el cumplimiento de sus obligaciones, como en el desarrollo de sus actividades económicas, evitando de manera activa causar daño a otros. Tal anhelo de justicia no hace más que respetar una de las máximas de Ulpiano *neminem laedere* (no dañar a nadie), por lo que es evidente que la condena a daños punitivos resulta totalmente afín a nuestro derecho, máxime cuando nuestro más alto Tribunal ya definió esa tendencia moderna del derecho de daños.

Referencias

Amparo Directo 30/2013, Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, expediente origen: D.C. 78/2013, relacionado con el D.C. 79/2013), p. 88 Diccionario Jurídico Mexicano de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Equidad, disponible en

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1171/4.pdf>, fecha de última consulta 29 de mayo de 2018

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 55ª Edición, México, 2003, pp. 377-378

TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Ed. La Ley, 1ª Edición, Buenos Aires, 2005, Tomo I, p. 557

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 1 de junio de 2018

Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las distintas familias o tradiciones legales*. III. *La necesaria uniformidad del derecho en el mundo*. IV. *Distintos instrumentos para lograr la uniformidad del derecho*. V. *Organizaciones internacionales dedicadas a la uniformidad del derecho*.

Resumen. El autor analiza el proceso de uniformidad del derecho que surge como consecuencia de la globalización y del crecimiento del comercio a nivel mundial. Partiendo de la afirmación de que los distintos derechos nacionales constituyen un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional, se concluye que uno de los medios para remover ese obstáculo es *uniformando* el derecho comercial. Se revisan las distintas formas para llegar a esa uniformidad, ya sea a través de la *unificación*, lo que se logra celebrando tratados internacionales que dotan de un derecho idéntico a varios países (*hard law*), sistema en franca decadencia, o de mecanismos alternativos como la *armonización* que trata de lograr cierta armonía mediante normas no vinculantes, de carácter abiertas y flexibles, que puede ser asumidas voluntariamente por las partes o bien incorporadas al derecho interno de los distintos países, previa adaptación a sus condiciones y desarrollo jurídico (*soft law*). Se repasan también los distintos instrumentos para la uniformidad y las instituciones internacionales que trabajan para lograrlo.

Palabras clave: Uniformidad del derecho, armonización del derecho, *hard law*, *soft law*.

Abstract. *The author analyzes the process of uniformity of law that arises as a consequence of globalization and the growth of worldwide trade. Based on the assertion that different national laws constitute an obstacle to the development of international trade; one conclusion is that one of the ways of fixing this obstacle is through the unification of trade law. This is achieved with the conclusion of international treaties by the application of the same*

¹ Profesor investigador de la Universidad Panamericana campus Guadalajara. Editor de la Revista *Perspectiva jurídica UP*

law or treaty in different countries (hard law), a system in clear downfall, or with alternative mechanisms such as harmonization, which seeks to achieve a certain harmony with the adoption of non-binding, open and flexible rules, which can be voluntarily adopted by the parties or incorporated into the domestic law of their countries, after adaptation to their conditions and legal development (soft law). It also reviews the different instruments for uniformity and the international institutions working towards this.

Keywords: *Unification of law, harmonization of law, hard law, soft law.*

I] Introducción

Una de las consecuencias de la globalización en la época de la postmodernidad es la tendencia hacia la uniformidad del derecho, principalmente en aquellas ramas en las que no existe una carga ideológica de relevancia, como ocurre con el derecho contractual. En las circunstancias actuales, en las que el comercio internacional, extremadamente activo, no reconoce fronteras y opera en todos los confines del planeta, se hace mucho más evidente la necesidad de un derecho uniforme, que facilite las transacciones comerciales internacionales.

El comercio transnacional, impulsado por el desarrollo sin precedentes de la tecnología sobre todo en materia de comunicaciones y de logística para entregar los productos y servicios, busca colocarlos en todo el orbe. En ese contexto, todos coinciden en que la multiplicidad de sistemas jurídicos nacionales constituye un obstáculo para el libre comercio y complica extraordinariamente el tráfico jurídico internacional.² Los operadores del comercio transnacional han encontrado en la uniformidad del derecho un mecanismo para vencer los referidos obstáculos legales y contribuir con ello al avance del comercio internacional. Lo anterior se debe, en parte, a que las leyes uniformes reducen los riesgos legales del comercio internacional y otorgan seguridad y cierto alivio a los comerciantes que

² La Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial coinciden en señalar como un problema la coexistencia de los diferentes sistemas jurídicos considerándolos como diversos e incompatibles. *Vid. World Bank, Doing Business in 2004: Understanding Regulations, Washington D.C. 2004 y Doing Business in 2005. Removing Obstacles to Growth, Washington D.C. 2005.*

emprenden negocios internacionales y a los jueces o árbitros que deben resolver las disputas que puedan surgir.³

Antes de continuar, es preciso establecer la terminología que utilizaremos, pues en esta materia no existe homogeneidad en cuanto a los términos involucrados. Hemos hablado de la necesaria *uniformidad* del derecho, término que para nosotros es el género y fin último que se persigue. Sin embargo, existen dos formas o maneras de alcanzarla: por un lado tenemos la *unificación*, que implica la promulgación de un derecho igual y obligatorio para varios países que reemplaza sus respectivas legislaciones nacionales con normas previamente consensadas,⁴ lo que generalmente se logra a través de convenciones o tratados internacionales (*hard law*), y en el otro extremo, la *armonización*, que como su nombre lo indica busca alcanzar cierta armonía mediante normas no vinculantes, de carácter abiertas y flexibles, que pueden ser asumidas voluntariamente por las partes, o bien incorporadas al derecho interno de los distintos países, previa adaptación a sus condiciones y desarrollo jurídico (*soft law*). Como se aprecia, su efecto inmediato es el de reducir las diferencias o divergencias entre las legislaciones nacionales.

En los siguientes apartados haremos un repaso de las distintas familias legales que agrupan a los derechos nacionales, de los procesos que han surgido para la uniformidad del derecho del comercio internacional, de los instrumentos creados para tal efecto y de las distintas instituciones internacionales dedicadas a esa tarea.

II] Las distintas familias o tradiciones legales

Hemos dicho que los distintos sistemas de legalidad existentes en el mundo constituyen el principal obstáculo al comercio internacional. Dichos sistemas a su vez forman parte de *familias o tradiciones jurídicas* más amplias, que involucran grupos de países con una evolución parecida no solo en cuanto

³ Vid. ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, (translated from the German by Tony Weir), Carendon Press, 3th edition, Oxford, 2011, p.25

⁴ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, *El Proceso Actual de Armonización y Uniformidad Legislativa*, en *DERECHO PRIVADO, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, ADAME GODDARD, Jorge (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004

al origen histórico y desarrollo de su derecho, sino a la forma en que lo crean y lo interpretan, por lo que acaban por tener conceptos e instituciones jurídicas con tal grado de semejanza que además de formar parte de su identidad como nación, los identifica como parte de una familia o tradición legal. Existen, entonces, las más diversas formas y estilos de pensamiento jurídico, situación que antaño constituía parte del orgullo e identidad nacional y ahora, en el mundo globalizado, ha sido visto como un problema, sobre todo en materia de comercio mundial.

Pueden encontrarse diversas clasificaciones de las familias o tradiciones jurídicas que los autores de Derecho comparado se han encargado de elaborar. Éstos se preguntan si verdaderamente es posible clasificar el vasto número de sistemas legales en grupos o familias y cómo decidir a cuál de ellos pertenece determinado sistema de derecho, y han llegado a diversas clasificaciones que la extensión del presente trabajo nos impide analizar.⁵ No obstante, para los efectos del presente estudio hemos elegido la clasificación elaborada por Rose y Alan, pues presenta aquellos grupos que interactúan en la actualidad y que tienen relevancia por el número de jurisdicciones que comprenden o por el porcentaje de la población mundial que las integran.⁶

⁵ Como ejemplos tenemos las siguientes: ESMEIN, clasifica las siguientes familias: I. De corte Romano, II. Germánico, III. Anglosajón, IV. Eslavo y V. Islámico. Por su parte ARMINJON/NOLDE/WOLFF las dividen en siete familias: I. Francesa, II. Germánica, III. Escandinava, IV. Inglesa, V. Rusa, VI. Islámica y VII. Hindú. RENE DAVID sostiene que solo hay dos criterios satisfactorios de clasificación: la *ideología*, producto de la religión, la filosofía, la política, la economía o la estructura social y la *técnica jurídica*. En base de ello, propone una clasificación en cinco familias: I. Sistemas Occidentales, II. Sistemas socialistas, III. Sistema islámico, IV. Sistema hindú y V. Sistema chino. Después modificará su posición a solo tres familias: I. Romano-germánica, II. *Common law*, y III. Socialista, agregando la existencia de "otros sistemas" como el judío, hindú, el del lejano este y el africano. ZWEIGERT y KÖTZ proponen cuatro familias: I. Románica, II. Germánica, III. Nórdica y IV. *Common Law*, aunque también reconocen la existencia de otras, como la china, japonesa, islámica e hindú. Vid. ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, op. cit. pp. 64 y ss.

⁶ ROSE, A.O., Alan D, *The Challenges for Uniform Law in The Twenty-First Century*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol. I, 1996

Familias o Tradiciones jurídicas			
Familia o tradición jurídica	Número de jurisdicciones	Porcentaje de la población mundial	Principales países
<i>Common law</i> o sistema tradicional inglés-americano	146	33.4%	Inglaterra, Estados Unidos de América, Australia, Canadá
Sistema Franco- Latino	76	18.3%	Francia, España, Bélgica, México, Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Perú
Sistema de jurisdicciones emergentes	18	27.7%	China, Federación Rusa, Vietnam
Sistema mixto Romano- <i>Common Law</i>	15	4.5%	Japón, Sud África, Sud Corea, Provincia de Quebec en Canadá
Sistema Germánico Escandinavo	13	6.7%	Alemania, Suiza, Finlandia, Holanda, Noruega, Suecia y Polonia
Sistema Franco-Latino Germánico	13	5.2%	Italia, Austria, Dinamarca, Panamá, Turquía y Luisiana en los EE UU
Sistema Islámico	14	2.7%	Arabia Saudita, Kuwait, Omán, Qatar

En el campo del comercio internacional existe la impresión de una verdadera guerra entre las dos principales tradiciones, por un lado el *common law* encabezado comercialmente por los Estados Unidos de América e impulsado decididamente por el Banco Mundial y por el otro, el sistema del *civil law* uno de cuyos principales exponentes –el más representativo– es el modelo francés.⁷

Para entender mejor las diferencias entre los dos modelos jurídicos antes mencionados conviene repasar la forma en que se comparan los diferentes sistemas de derecho. El modo habitual de comparación fue establecido por Rene David en su famosa obra *Les grands systèmes de droit contemporains*, (Paris, 1957)⁸ quien agrupó los sistemas jurídicos en familias o árboles genealógicos familiares, al modo como lo hace la lingüística comparada con los idiomas. Dentro de esa clasificación destacan las dos principales familias legales:⁹ la *Romanista-Germánica* o de *civil law*¹⁰ conformada por la mayoría de los Estados que conforman la Europa continental y la

⁷ La confrontación ha sido impulsada principalmente por los informes del Banco Mundial denominados *Doing Business* que se publican anualmente. Informes promovidos por el *Private Sector Development* de la *International Finance Corporation* (IFC) una de las cinco instituciones que conforman el Banco Mundial. En esos informes se ha establecido la ineficacia de los sistemas jurídicos de origen romanista –y el del derecho francés en particular– respecto de los modelos jurídicos del *common law*, suscitando una fuerte reacción en Francia, expresada en una publicación de la *Société de législation comparée* denominada *Les droits de tradition civiliste en question* publicada por la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Vid. MONATERI, Pier Giuseppe, *Globalización y Derecho Europeo de los Contratos*, en www.academia.edu/26327805/Globalización (revisado el 23 de octubre de 2017). Puede encontrarse una versión en español en el libro *Los Sistemas de Derecho de Tradición Civilista en Predicamento, La Respuesta a los Informes Doing Business de El Banco Mundial*, coordinado por Jorge SÁNCHEZ CORDERO, como presidente del Grupo Mexicano de la *Asociación Henri Capitant*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁸ Existe una edición en español. DAVID, RENE, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.

⁹ El desarrollo del derecho comparado en las últimas décadas ha cambiado la idea de los sistemas legales autónomos y su agrupación en familias legales. Por lo que la influencia de ambos conceptos ha declinado, por considerarlos estáticos, frente al nuevo derecho dinámico y suprallegal que está surgiendo en el mundo. Vid. GLENN H. Patrick, *Comparative legal families and comparative legal traditions*. En REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard, (Eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 422

¹⁰ Vid. nota de pie de página número 5.

anglo-americana o de *common law*, cuyos principales exponentes son los Estados Unidos de América e Inglaterra.¹¹

¿Cómo identificar la pertenencia de un sistema a cada una de las familias jurídicas?¹² Son tres los principales puntos de contacto que deben ser considerados: (i) las fuentes del derecho, (ii) las reglas de interpretación y (iii) la organización de los tribunales. De ese modo, pertenecerá a la familia de *civil law* aquel sistema cuya fuente principal del derecho sea un *código*, redactado por el Estado a través de su poder legislativo. Que sus reglas de interpretación hagan siempre referencia a dicho texto, interpretado de modo amplio, con la posibilidad de recurrir a la analogía. Y finalmente, que sus tribunales estén organizados de manera jerárquica, con tribunales (o cortes) de apelación y en su caso de casación, las que deciden muchos casos y están compuestas por numerosos jueces. Por otro lado, pertenecerá a la familia del *common law* aquel sistema cuya fuente principal del derecho sean los *precedentes jurisprudenciales* –derecho creado por los jueces o derecho de casos– sus reglas de interpretación sean cerradas, no se permita el uso de la analogía, sus tribunales estén centralizados y compuestos por pocos jueces que deciden un número limitado de casos.¹³

¿Cuál de los dos sistemas es mejor? Es imposible establecerlo, porque ambos son producto de dos modos distintos de pensar y crear el derecho, cuya evolución corrió por caminos separados y han sido eficaces en su contexto nacional y regional. Para calificar de bueno o malo un derecho hay que voltear no tanto a su estructura intrínseca o al contenido de sus leyes, sino más bien a la formación técnica y ética de sus juristas, a los criterios de selección de sus jueces y al estado de derecho que priva en el territorio de su aplicación.

¹¹ En relación a las distintas familias legales puede también consultarse REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (Eds) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008.

¹² Zweigert y Kötz señalan que para determinar la pertenencia de un sistema jurídico a una familia deben analizarse: 1. Sus antecedentes históricos y desarrollo, 2. Su modo de pensar predominante y característico en temas de derecho. 3. Sus instituciones jurídicas distintivas. 4. Las fuentes de derecho que reconocen y cómo las aplican, y 5. Su ideología. *Vid.* ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, *Op.cit.* p. 68

¹³ Hay que tomar en cuenta que en un mismo país pueden convivir los dos sistemas, por ejemplo el derecho en Canadá es de corte *anglosajón*, con excepción de la provincia de Quebec, en donde impera el *civil law*. Lo mismo ocurre en los Estados Unidos de América, pues el Estado de Louisiana presenta un sistema mixto de *common law* y rasgos romanistas, producto de la influencia francesa en la región.

No obstante, por lo menos en el mundo académico se ha constatado una atenuación de las diferencias entre los sistemas o familias apuntados (*common law* y *civil law*). En primer lugar ahora se considera que ambas familias pertenecen a una misma matriz cultural, la del derecho occidental.¹⁴ Por otro lado, autores como Rene David en su obra mencionada, proporciona argumentos para probar que las diferencias entre las familias jurídicas apuntadas son cada día menos notorias, sobre todo porque el derecho anglosajón por un lado y el de corte latino por el otro, tienden a obtener los mismos resultados aunque utilizando métodos y fundamentos diferentes,¹⁵ por lo que las diferencias son más de forma que de fondo. Es también notorio el hecho de que el derecho norteamericano ha dejado de ser un derecho exclusivamente consuetudinario o de casos, como originariamente lo fue al heredar el derecho inglés. El derecho norteamericano es cada vez más un sistema de normas positivas legisladas (*acts*) o por lo menos de normas escritas o codificadas aunque muchas veces no vinculantes, como el *Uniform Commercial Code*, o los *Restatements* que veremos más adelante.

Independientemente de lo anterior, ahora, en el mundo globalizado,¹⁶ las diferencias de esos sistemas jurídicos –aunque matizadas– se han hecho patentes y por lo menos en el campo del comercio internacional, se considera que constituyen un estorbo o al menos una barrera para su desarrollo. Se ha estimado que el derecho anglosajón (*common law*) protege de mejor manera a los inversionistas internacionales y que por ello es superior a los de la tradición romanística. La razón de esa supuesta *inferioridad* de los sistemas del *civil law* consiste en su mayor *estatismo*, en comparación con la regulación mucho más descentralizada del mercado en los sistemas anglosajones o del *common law*.¹⁷ Esto será importante cuando más adelante analicemos los nuevos ordenamientos no vinculantes (*soft law*) que están apareciendo

¹⁴ Así lo afirma Harold J. Berman, en su obra clásica *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996

¹⁵ Vid. CASTAN TOBEÑAS, José, *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, Reus, segunda edición, Madrid, 1957, p.81

¹⁶ Para entender el concepto *Globalización* conviene señalar la definición del Fondo Monetario Internacional: *Una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que la difusión acelerada y generalizada de tecnología.* Vid. LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *Marco Regulatorio de la Inversión Extranjera*, UNAM, México, 2013, p.464

¹⁷ MONATERI, Pier Giuseppe, *op. cit.*

para regular al derecho contractual internacional, en los que se ha impuesto el derecho anglosajón, a pesar de que también se contemplan las instituciones propias del derecho de corte romano o de *civil law*.

En suma, la forma que se ha encontrado para vencer los obstáculos al comercio internacional propiciados por las diferencias de los distintos sistemas jurídicos nacionales es promoviendo cierta *uniformidad* del derecho. En el siguiente apartado analizaremos esos procesos de uniformidad del derecho y la metodología que se sigue para ello por las distintas instituciones internacionales ocupadas en esa tarea.

III] La necesaria uniformidad del derecho en el mundo

Durante mucho tiempo los conflictos entre los diversos derechos nacionales se resolvían a través de las reglas del Derecho internacional privado. Ese derecho parte del supuesto de que ante un conflicto espacial de leyes de dos o más Estados deben aplicarse los principios universales desarrollados a través de los siglos –*locus regit actum, lex loci executionis, etc.*– para establecer cuál de los derechos nacionales en conflicto resulta aplicable. Este tipo de solución no es favorable al comercio internacional pues en última instancia debe aplicarse el derecho nacional de un determinado país, que frecuentemente es extraño a alguna de las partes contratantes, por lo que el sistema de soluciones conflictuales planteado por el Derecho internacional privado ha ido perdiendo aplicación en el comercio mundial.

Desde hace algunas décadas se ha pensado que la mejor forma para resolver el problema de los obstáculos al comercio internacional causado por los distintos sistemas o familias legales que operan en el mundo es *uniformando* el derecho comercial internacional. A un comercio mundial dinámico y cambiante, debe corresponder un derecho de la misma índole. Un derecho verdaderamente internacional con normas comunes propias de este tipo de comercio o, en caso de que eso sea imposible, al menos un derecho *armonizado*, que no sea insoportablemente diferente y pueda utilizarse por los operadores del comercio en los distintos países. La ventaja de un derecho uniforme es que facilita el comercio internacional y evita los inconvenientes de la aplicación de las reglas del Derecho internacional privado y consecuentemente del derecho nacional que éste señale.

A nivel mundial, distintas organizaciones trabajan para lograr esa uniformidad del derecho, sobre todo del derecho contractual. Entre ellas la *Conferencia de la Haya de Derecho*

Internacional Privado (HCCH) con sede en La Haya, la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI/UNCITRAL) con sede en Viena, el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT) con sede en Roma y la *Cámara de Comercio Internacional* (CCI) con sede en París, y en el ámbito americano la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), a las que más adelante volveremos.

Por un tiempo se pensó que la *unificación* era el único camino viable. Como hemos visto, mediante la unificación se trata de establecer normas comunes que reemplacen la legislación nacional, de texto idéntico, de tal forma que eviten los conflictos de leyes. Esto se logra principalmente a través de la celebración de tratados o convenciones internacionales y, en ocasiones, el establecimiento de órganos legislativos comunes para varios países.

El proceso de unificación a través de tratados o convenciones internacionales tuvo su auge en Europa antes de las guerras mundiales, cuando el positivismo legal y la identificación del derecho con las leyes creadas por el Estado constituían el credo dominante en el panorama internacional.¹⁸ Sin embargo, en la época actual la celebración de tratados internacionales se ha complicado extraordinariamente y muchos de los que finalmente se celebran corren el riesgo de permanecer como letra muerta. Durante el auge de la celebración de convenciones internacionales, la comunidad jurídica que participaba en el panorama jurídico internacional era realmente pequeña. Se trataba principalmente de los países europeos, altamente civilizados y con intereses, cultura y desarrollo jurídico muy similares. En esas circunstancias era relativamente sencillo llegar a acuerdos internacionales y firmar los tratados resultantes. No ocurría lo mismo con los países latinoamericanos, pues se encontraban sumidos en procesos de consolidación de sus independencias y nacían a la vida soberana. Eran víctimas de continuas *ocupaciones* por parte de las naciones poderosas, lo que ocasionaba que se exacerbara su nacionalismo y territorialismo. Por ello, consideraban que la participación en organismos internacionales o la celebración de tratados con los países europeos vulneraban su soberanía. Como reacción, pugnaban por la aplicación exclusiva del derecho nacional dentro de sus límites territoriales, la prohibición absoluta de la aplicación

¹⁸ BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005, p.1

del derecho extranjero¹⁹ y su escasa participación en las convenciones internacionales.²⁰

En la época actual ocurre radicalmente lo contrario. Numerosos países participan activamente en el foro internacional y en la Organización de las Naciones Unidas.²¹ No obstante, los distintos grados de desarrollo jurídico y sus intereses que en muchos casos difieren en el ámbito internacional han hecho que la celebración de tratados o convenciones internacionales se torne una tarea de una altísima complejidad. En primer lugar, debe convencerse al mayor número de naciones de que el derecho unificado propuesto –que modificará su derecho interno– les es conveniente. Por razón natural, la negociación de los instrumentos internacionales se complica de manera proporcional al número de participantes, lo que conlleva largos periodos de tiempo. Cuando por fin se logra un acuerdo, los procesos internos de ratificación también se entretienen y muchas veces se aprueban con modificaciones o reservas que llegan incluso a desvirtuar el propósito original del tratado. Ocurre también que los tratados, una vez aprobados, son incorporados al derecho nacional mediante reformas legislativas, para después modificarse sin el control original de la comunidad jurídica internacional. Finalmente, cuando es necesaria una modificación al tratado, debe pasarse de nuevo por todo ese tortuoso proceso.

Por ello, la colección mundial de tratados internacionales está plagada de aquellos que nunca llegaron a tener vigencia, ya porque no se logró el número de ratificaciones necesarias o bien porque fueron sabotados por los países poderosos que controlaban el panorama mundial. Distintas circunstancias condujeron a esa situación: la falta de interés potencial de las naciones poderosas que no alcanzaban a apreciar una verdadera necesidad del tratado, hostilidad de grupos de interés en la rama del derecho que se pretendía regular, una agenda nacional plagada de nuevas leyes pendientes de aprobar, esperas recíprocas de los

¹⁹ Ese fue el caso de México hasta la Reforma de 1988 impulsada principalmente por la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

²⁰ Sánchez Cordero afirma que la concepción nacionalista tuvo repercusiones internacionales importantes. Por un lado, la tendencia nacionalista de los países de América latina tenía como principal propósito la consolidación de su independencia política a través de la elaboración de textos legales nacionales y, por el otro, la aplicación del derecho dentro de los límites del Estado era una *conditio sine qua non* en la salvaguardia de su soberanía nacional. SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, *El Proceso Actual de Armonización y Uniformidad Legislativa*. Op.cit. p. 641

²¹ Los miembros fundadores de la ONU en 1945 fueron 51 países. En la actualidad (2018) pertenecen más de 190 naciones.

Estados que aguardaban a que otros ratificaran primero el tratado, de manera que al final ninguno lo hacía, etc.²²

En tiempos de la postmodernidad un número cada vez mayor de voces se han levantado a favor de otras medidas para lograr la uniformidad del derecho, como la *armonización*. Este proceso consiste en proponer un conjunto de normas no obligatorias para regular determinada parte del derecho, normas que son tomadas como modelo por los distintos países e incorporadas a su legislación interna, no sin antes modificarlas, adecuarlas o *tropicalizarlas* de acuerdo a los distintos grados de evolución y a los principios fundamentales que operen en su derecho –como las leyes modelo- o bien, un cuerpo de normas no vinculantes a las que los interesados puedan someterse voluntariamente para regir sus relaciones jurídicas –como los Principios que más adelante veremos.

Como se ve, de lo que se trata es de dotar al derecho de cierta armonía. Un derecho armónico es semejante, pero no idéntico y permite a los operadores, sobre todo en el ámbito internacional, contar con reglas digeribles y funcionales. La armonización del derecho respeta en gran medida la idiosincrasia de cada país, pero a la vez otorga uniformidad en el tráfico jurídico. Ya no se enfrentan derechos totalmente distintos, sino con pequeñas diferencias que pueden sortearse de manera mucho más sencilla y amigable.

En resumen, la *armonización* pugna por la creación de *soft-law*, es decir, de normas abiertas, flexibles o moldeables, que puedan adecuarse a distintas circunstancias, que permanezcan a pesar del avance de la tecnología y no requieran frecuentes modificaciones o adecuaciones. Esto se logra a través de leyes modelo, guías legislativas o contractuales, cláusulas modelo, *Restatements*, Principios, etc. En contrapartida y como señalamos, la unificación busca un derecho idéntico a través de los tratados internacionales o de órganos legislativos comunes a varios países. En otras palabras, busca normas únicas, fijas e inamovibles, que perduren en el tiempo, normas de tipo *hard-law*.

Por otro lado, se discute si es deseable la uniformidad de todas las ramas del derecho a nivel mundial. Quienes están a favor de la globalización opinan que el proceso de uniformidad mundial del derecho no debe verse como algo negativo, sino que es preciso reconocer esa nueva realidad y considerarla una oportunidad para que los distintos países compartan una civilización más madura y

²² Vid. BONELL, Michael Joachim, *An International...*, op. cit., pp. 14, 15

culturalmente enriquecida en la diversidad²³. En contra, hay opiniones en el sentido de que la uniformidad reduce considerablemente la competencia entre los distintos sistemas de legalidad y que dicha competencia ha sido determinante para evitar fosilizaciones jurídicas e ineficacias nocivas.²⁴ Otros ven en el proceso de uniformidad e internacionalización del derecho una amenaza que atenta contra su identidad nacional, sobre todo aquellos países cuyos códigos nacionales son una parte fundamental de su identidad como nación, o aquellos que han optado por conservar su nacionalismo, muchas veces populista.

Sin duda la uniformidad mundial de todo el derecho es una meta de muy difícil realización y de no muy clara conveniencia. Por un lado la diversidad y competencia entre los distintos sistemas jurídicos provoca un efecto de mejora recíproca y evita las *fosilizaciones* generadoras de ineficacias. Por otro, sería tarea casi imposible uniformar ramas del derecho en donde existen posiciones ideológicas diametralmente opuestas o por lo menos divergentes (p.e. el constitucional, algunas ramas del derecho familiar, etc.) Pero no debiera haber inconveniente en armonizar materias en las que existe cierto grado de convergencia, porque no comprenden posiciones filosóficas irreconciliables y en donde cierta uniformidad permitiría una convivencia más justa entre las naciones y el avance de la economía mundial, como el derecho internacional privado, el derecho civil y mercantil en temas como las obligaciones, los contratos y las franquicias; algunas materias del derecho familiar, el derecho penal en algunas de sus ramas, el procesal, el derecho intelectual o de propiedad industrial, el financiero, etc.²⁵ Por otro lado, existen ramas del derecho que no funcionarían sin una estricta unificación, dada su complejidad técnica, la participación de múltiples agentes internacionales, pero sobre todo cuando por razones prácticas es conveniente un alto grado de uniformidad, como el derecho marítimo o el aeronáutico entre otros. Como se ve, la uniformidad del derecho no es un fin en si mismo sino una respuesta a necesidades practicas, no solo de carácter económico, sino también cultural.

²³ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, p.132

²⁴ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, *El Proceso Actual de Armonización y Uniformidad Legislativa*. Op.cit. p. 647

²⁵ *In the past, enthusiasts have planned to unify the law of the hole world; people now realize that only the specific needs of international legal business can justify the vast amount of energy which is required to carry trough any Project for the unification of law. Vid. ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, Introduction to Comparative Law, Op.cit. p. 27*

IV] Distintos instrumentos para lograr la uniformidad del derecho

Como hemos dicho, existe un consenso acerca de la conveniencia de uniformar el derecho en el mundo, sobre todo el derecho comercial internacional. Mencionamos también que el proceso de uniformidad se realiza a dos niveles: la unificación y la armonización. A continuación repasaremos los distintos instrumentos que se han venido utilizando para uniformar el derecho comercial internacional.

1. Unificación (hard law)

Este proceso que busca un derecho idéntico para todas las partes involucradas ocurre de dos modos, mediante la celebración de tratados o convenciones internacionales o a través de un único órgano legislativo para varios países o entidades independientes. Veremos cada una de ellas.

Convenciones Internacionales. Las convenciones o tratados internacionales constituyen el principal mecanismo para *unificar* el derecho, es decir, para establecer un derecho único e idéntico para los países que forman parte de una convención. Se trata, como se ve, del instrumento más representativo del *hard law*. Este sistema se utiliza cuando se busca lograr el más alto grado de uniformidad en el derecho de los países participantes y evita, por ejemplo en el ámbito contractual, que una parte tenga que investigar el derecho de otro país. Como se aprecia, las convenciones internacionales no permiten flexibilidad respecto al derecho adoptado, salvo en algunos casos en que la propia convención autoriza a los países participantes realizar ciertas reservas o declaraciones al adoptarlas.

²⁶

Ejemplo de este tipo de instrumentos en el ámbito contractual son el *Protocolo Sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes* (Protocolo de Washington, 1940), la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (CISG, Viena, 1980), la *Convención Interamericana Sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero* (Convención de Panamá, CIDIP-II, 1975), la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los*

²⁶ Un resumen de estas técnicas para la uniformidad del derecho lo encontramos en el trabajo que realiza la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) que puede revisarse en su *Guía de Uncitral* en: www.uncitral.org/pdf/.../12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf

Contratos Internacionales (Convención de México, CIDIP-V, 1994), *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* (Nueva York 2001), entre muchas otras.

Órganos legislativos comunes.- Otra forma de unificar al derecho se realiza a través de la conformación de órganos legislativos comunes a varios países o entidades independientes.

El ejemplo más actual de este sistema es la conformación de uniones de países, como la *Unión Europea*, que de acuerdo a sus estatutos tiene personalidad jurídica²⁷ y tiene también, en ciertas materias, la facultad de dictar leyes obligatorias a todos los países que la conforman (Derecho comunitario), con independencia de que estos últimos también tienen la potestad de dictar sus propias leyes. Tiene también poderes para celebrar y concluir convenciones internacionales con uno o más Estados u Organizaciones Internacionales,²⁸ y al efecto, la Corte de Justicia Europea ha sostenido que los tratados celebrados por la Unión Europea forman parte del derecho comunitario. Tomando en cuenta lo anterior, es claro que en la Unión Europea se gesta en la actualidad el más ambicioso proyecto para la unificación del derecho, sobre todo en el ámbito contractual.

A pesar de ser el área geográfica que marca la vanguardia en ese proceso no es la única. Existen otras experiencias recientes de formación de estas uniones con órganos legislativos comunes, como la Comunidad de Estados Independientes cuyo eje es la Federación Rusa, la República Popular China, conformada por múltiples regiones y derechos, que ha logrado promulgar una nueva Ley de Contratos en 1999 aplicable en todo su territorio. En el continente americano la zona del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), el Mercado Común Centroamericano (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica), el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Finalmente en el continente africano, la Organización Región de Estados Franco Parlantes para la Uniformidad Legislativa Mercantil (OHADA) también ha iniciado un proceso de uniformidad a través de la conformación de un órgano legislativo único para todos los países que la conforman.

2. Armonización (soft law)

²⁷ Art. 281 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C325 del 24 de diciembre de 2002

²⁸ Art. 301 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

La armonización pugna por la creación de normas abiertas, flexibles o moldeables, que se adapten a distintas circunstancias, que permanezcan a pesar del avance de la tecnología y no requieran frecuentes modificaciones o adecuaciones. A nivel internacional, las iniciativas para la armonización del derecho comercial internacional mediante instrumentos *soft law* empezó a proliferar en los años ochentas del siglo XX, cuando la *unificación* a través de sus mecanismos tradicionales comenzó a perder mucho de su impulso original.²⁹ Ahora existe la impresión generalizada de que los países, pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, utilizando sus experiencias comunes pueden trabajar y crecer juntos construyendo un marco común de normas compatibles para armonizar el derecho en distintas materias, significativamente en el ámbito de la contratación internacional.

Esto se logra a través de distintos instrumentos elaborados por las instituciones internacionales que ya hemos mencionado, entre ellas: leyes modelo, guías legislativas o contractuales, cláusulas modelo, *restatements*, principios, etc. todos ellos pertenecientes al tipo de normas *soft law*. Veremos cada uno de ellos.

Leyes modelo.- La ley modelo constituye un texto legislativo recomendado por alguna de las instituciones internacionales que más adelante mencionaremos, para su promulgación como derecho interno de los distintos países. Constituye un vehículo apropiado para lograr la *armonización* y modernización del derecho cuando la unificación no se juzgue necesaria o cuando se prevea que algunos países requerirán de pequeñas modificaciones al texto de la ley modelo, para adaptarla mejor a su propia idiosincrasia o al desarrollo de su derecho nacional. Esta flexibilidad es, precisamente, lo que otorga a las leyes modelo una alta posibilidad de ser aceptadas y promulgadas por los distintos Estados, ya que evita las negociaciones propias de las convenciones internacionales. No obstante la flexibilidad apuntada, es conveniente que los países realicen los menores cambios posibles al incorporarlas a su derecho, con lo que efectivamente se logra la armonización deseada.

Ejemplos de leyes modelos son: la *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional* (1985 con enmiendas adoptadas en 2006)³⁰, *Ley Modelo de la UNCITRAL*

²⁹ Vid. BONELL, Michael Joachim, *An International*, op. cit., p. 5

³⁰ Esta ley modelo fue pionera en el proceso de armonización del derecho comercial internacional y ha sido adoptada en todo o en parte por numerosos países en el mundo entero.

sobre Comercio Electrónico (1996), *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Firma Electrónica* (2001) –ambas junto con su guía para su incorporación al derecho interno-, *Ley Modelo de Leasing de UNIDROIT* (2008), *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias* (2016), etc.

A nivel regional existen procesos de uniformidad del derecho a través de leyes modelo. Los Estados Unidos de América, conformados por 50 estados independientes y un distrito federal, cada uno con sus propias leyes, incluso en materias comerciales y de consumo, han logrado cierta uniformidad a través del *Uniform Commercial Code*, promulgado en 1960, que provee normas (rules) uniformes para los más importantes tipos de transacciones comerciales. Este cuerpo normativo no tiene vigencia ni obligatoriedad oficial, sino que es tomado por cada uno de los estados que conforman la federación y aplicado como ley estatal de manera diferente en cada uno, no obstante que siempre se ha logrado una considerable convergencia entre las soluciones adoptadas por las distintas entidades

En muchos casos, las leyes modelos se acompañan de *guías para su incorporación al derecho interno* que comprenden explicaciones acerca de los antecedentes de la ley modelo, su objetivo, su utilización, así como información relevante para asistir a los legisladores en el proceso de promulgación y a los futuros operadores de ese derecho.

Guías o recomendaciones legislativas.- Cuando no es posible lograr acuerdos sobre instrumentos legales completos para ser incorporados al derecho interno de los países, como convenciones internacionales o leyes modelo, ya sea porque se utilicen distintos métodos o técnicas legislativas, o no se tenga el consenso interno para llegar a un acuerdo internacional, e incluso cuando existan diferencias acerca de la necesidad de adoptar normas comunes, puede resultar conveniente para la armonización de determinada rama del derecho desarrollar un conjunto de principios legales, contenidos en guías o recomendaciones legislativas.

Las guías o recomendaciones legislativas proponen un conjunto de posibles soluciones legales a determinado problema o situación, a diferencia de las leyes modelo o las convenciones internacionales que ofrecen una solución única. Las guías o recomendaciones legales contienen variantes para ser discutidas por los países interesados. Su texto propone a los interesados distintas opciones y los guía y asesora sobre la conveniencia de adoptar cualquiera de ellas tomando en cuenta las particularidades de cada uno de los países. Del mismo modo, estos instrumentos

sirven como un estándar que los distintos Estados pueden utilizar para comparar sus propias legislaciones con el objeto de mejorarlas o modernizarlas.

Ejemplos de estas guías y recomendaciones son: *Guía Jurídica de la UNCITRAL sobre Operaciones de Comercio Compensatorio (1992)*, *Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas (2007)* *Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas: Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual (2010)*, *Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (Revisado en 2010)*, etc.

Disposiciones modelo.- Las disposiciones modelo se proponen cuando varias convenciones regulan una misma cuestión y lo que se busca es su armonización o su actualización conforme a las referidas disposiciones. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001) contiene un anexo con disposiciones legales sustantivas optativas que complementan las normas sobre conflictos de leyes de la Convención y que abordan las cuestiones de prelación. De igual modo, en 2003, la UNCITRAL adoptó las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, que complementan la guía legislativa sobre el mismo tema.

Cláusulas estándar o uniformes.- Los operadores del derecho comercial internacional pueden hacer referencia a estas cláusulas estándar obteniendo con ello ventajas evidentes, como la identificación de todas aquellas cuestiones que las partes deben tomar en cuenta al redactar el contrato o asegurarse que determinada cláusula estará correctamente redactada y con ello se evitará su nulidad e ineficacia. Las cláusulas estándar o uniformes propuestas por las instituciones que hemos mencionado garantizan una regulación internacional puesta al día para la solución jurídica de determinados aspectos jurídicos.

Un ejemplo de estas cláusulas uniformes son las contenidas en el *Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (1976, revisado en 2010)* y el *Reglamento de Conciliación de la UNCITRAL (1980)* relativas a la redacción de la *cláusula arbitral*, es decir, la que implica el sometimiento de las partes al arbitraje, que en muchos casos resultan ineficaces por su deficiente redacción.

De igual modo, las *Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (UPICC Model Clauses)* promulgadas en 2013 por el UNIDROIT, estandarizan y facilitan su uso entre los operadores del derecho y del comercio internacional. Estas

cláusulas modelo ayudan a que quienes tengan interés en utilizar los Principios lo hagan de una forma más precisa, incorporándolos desde la formación del contrato o posteriormente cuando surja alguna controversia.

Guías jurídicas.- Las guías jurídicas constituyen una útil herramienta cuando se redactan contratos internacionales complejos, aquellos que tratan sobre industrias específicas, como la minería o la construcción, pues ofrecen explicaciones respecto a su redacción y a los aspectos técnicos que deben ser tomados en cuenta. Al negociar y redactar este tipo de contratos frecuentemente las partes experimentan dificultades por la falta de conocimientos técnicos específicos en la materia sobre la cual están trabajando. Generalmente se trata de contratos que tienen un alto grado de especialidad y en los que además su clausulado debe sujetarse a las circunstancias de cada caso en concreto, por lo que de ordinario no se cuenta con un contrato modelo aplicable pues al no existir suficientes casos prácticos no se justifica su elaboración.

En la guía jurídica se analizan los problemas que plantea la redacción de un determinado tipo de contrato, se estudian diversas soluciones, se describen sus repercusiones, ventajas e inconvenientes y, finalmente, se recomienda la utilización de ciertas cláusulas para resolverlos. Las guías modelo pueden proponer distintas cláusulas contractuales modelo para ilustrar las soluciones propuestas.

Ejemplos de estas guías jurídicas son: la *Guía Jurídica de la UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (1987), la *Guía Jurídica de la UNCITRAL sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional* (1992) y las *Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso Arbitral* (1996).

Declaraciones interpretativas.- Como hemos dicho el derecho comercial internacional está en continua evolución. Por ello, cuando los operadores del comercio internacional comienzan a introducir cambios importantes en sus prácticas comerciales, o cuando dichos cambios se dan por la evolución de la tecnología y por lo tanto se presentan divergencias en la interpretación de los distintos textos jurídicos uniformes –como convenciones, leyes modelos, principios, etc.- las declaraciones interpretativas realizadas por los organismos internacionales ayudarán a los tribunales judiciales o arbitrales a lograr una interpretación uniforme.

Esta técnica de armonización se utilizó en relación al comercio electrónico, con el objeto de interpretar varios instrumentos de derecho mercantil internacional mediante la

remisión a la *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico* (1996). Actualmente ese problema de interpretación ha sido resuelto mediante la utilización de un instrumento diferente: el artículo 20 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005).

Restatements of the Law.- Es un instrumento legal propio y típico del derecho norteamericano, no obstante, de gran influencia internacional como método para uniformar el derecho, pues su estilo y estructura han sido fundamentales para el desarrollo de los *Principios* –instrumentos con una visión transnacional- que veremos adelante. Los *Restatements of the Law* o simplemente *Restatements* son una recopilación jurídica y propuesta de reestructuración (*re-state*) del derecho de los distintos estados de la unión americana en diversas materias³¹ elaborados por el *American Law Institute* (ALI),³² una institución privada e independiente formada principalmente por académicos (*scholars*) del más alto nivel y por tanto líderes en cada una de las materias,³³ la cual ha tenido una influencia formidable en la conformación del derecho norteamericano.

¿Cómo nacen los *Restatements*? Surgen como una respuesta eminentemente doctrinal al caos normativo en los Estados Unidos.³⁴ Al adoptar los estados de la unión americana el

³¹ Entre otros: *Restatement of the law second, contracts, Restatement of the law of property, Restatement of the law of trust, Restatement of the law of partnership, Restatement of the law of torts, Restatement of the law of third, Agency, Restatement of the law governing lawyers, Restatement of international law, Restatement of the foreign relations law of the United States, Restatement of conflict of law, Restatement (first) of the law of affirmative action.*

³² *The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and improve the law. Vid. www.ali.org*

³³ El *American Law Institute* (ALI) fue creado en 1923 por un grupo de jurisconsultos eminentes del profesorado universitario, del foro y de la magistratura. Su función principal es declarar principios del derecho americano como una respuesta a la preocupación de la abogacía norteamericana por la pérdida del orden en su *Common Law* interpretado de manera distinta por los diferentes estados de la unión y aplicado de forma diversa por los tribunales independientes. Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: Especial Referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos*, Publicado en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 394 y Herbert F. GOODRICH, *The Story of the American Law Institute*, 1951 Wash. U. L. Q. 283 (1951).

³⁴ LA PIANA, William P., *A Task of No Common Magnitude, The Founding of America Law Institute*, 11 *Nova Law Rev.* 1085 (1986-1987), p. 1104

common law inglés,³⁵ cada uno lo fue interpretando y aplicando de manera distinta a través de las resoluciones de sus propios tribunales, lo que generó importantes divergencias. Con la finalidad de uniformar el derecho y resolver ese problema, el *American Law Institute* promovió una serie de *Restatements* de muchas materias, entre ellas la que más interesa para este estudio, el *Restatement of Contracts* en sus tres versiones 1932, 1952 y 1979 este último publicado en 1981 (*Restatement of the Law Second, Contracts*). Los *Restatements* no son vinculantes y los tribunales no se encuentran obligados a adoptarlos. Solo tienen la autoridad que les brinda la reputación de la institución que los elabora y sobre todo la de sus redactores, que como dijimos, son principalmente académicos universitarios expertos en cada materia.

Puede decirse que los *Restatements* son un trabajo eminentemente doctrinal que ha obtenido gran prestigio con el transcurso del tiempo. A pesar de no ser vinculantes, su influencia en el ámbito jurídico y práctico es enorme, pues son tomados en cuenta o al menos citados por los tribunales al dictar sus resoluciones, incluso en los casos en que se decide no seguir su texto. En algunas legislaciones estatales el tribunal de mayor jerarquía ha establecido que si no existe una resolución anterior de *common law* sobre la materia en esa jurisdicción, el tribunal se apegará al derecho según haya sido declarado en el *Restatement* pertinente.³⁶ Además se utilizan ampliamente para la enseñanza del derecho, pues constituyen una exposición sistemática del derecho de los Estados Unidos.³⁷

Los *Restatements* tienen una estructura uniforme para todas las materias y además un formato editorial novedoso. En cuanto a

³⁵ Originalmente la recepción del derecho inglés en América se debió a la colonización durante el siglo XVII a través de las colonias independientes: Virginia 1607, Maryland 1632, Plymouth 1620, Massachusetts 1630, Nueva York 1664, Pensilvania 1681 y así hasta completar las 13 colonias en 1772. Desde un inicio hubo marcadas diferencias entre el derecho inglés y el de Norteamérica, debido, entre otras causas, a que este último recibió influencias ajenas, a que después de su independencia se convirtió en una república federal con un derecho federal y otro local y por causa de su desarrollo comercial que requería de un derecho más evolucionado.

³⁶ Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.*, p. 400

³⁷ El *Black's Law Dictionary* al respecto dice: *Restatement of Law: A series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors (who are leading legal scholars in each field covered) think this change should take; for example, Restatement of the Law of Contracts; Restatement of the Law of Torts. The various Restatements have been a formidable force in shaping the disciplines of the law covered; they are frequently cited by courts and either followed or distinguished; they represent the fruit of the labor of the best legal minds in the diverse fields of law covered.*

su contenido podemos identificar tres características: son *analíticos*, en el sentido que enuncian el estado del derecho norteamericano y su evolución. Son *críticos* porque dan cuenta de las razones de cada regla individual desde un punto de vista doctrinal o académico y finalmente son *interpretativos* pues no se limitan a exponer las decisiones de los tribunales o el contenido de las leyes de los distintos estados, sino que analizan y señalan el posible desarrollo de las instituciones y de las controversias que pudieran surgir en el futuro.³⁸

Por lo que ve a su formato, los *Restatements* se componen de artículos, comentarios y –frecuentemente- ejemplos, todo ello en el mismo cuerpo editorial,³⁹ lo que los hace un instrumento didáctico y a la vez de gran utilidad práctica, pues cada una de las instituciones recibe un tratamiento muy completo desde el punto de vista teórico y práctico, lo que redunda en un ahorro en el trabajo de investigación de los operadores del derecho. Los artículos están redactados de la manera más sucinta posible. Los comentarios amplían y aclaran su sentido jurídico y la forma en que deben aplicarse, y los ejemplos complementan su comprensión para su utilización en la práctica jurídica y en la docencia.

Principios.– Uno de los instrumentos que más éxito ha tenido para uniformar el derecho en el mundo es el de los *Principios*. Estos constituyen un cuerpo de normas y principios no vinculantes, de carácter eminentemente internacional, que proponen regular un

³⁸ Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.*, p. 396

³⁹ Por ejemplo, el artículo 39 se refiere a las *Contra ofertas* y dice textualmente:

§39. COUNTER-OFFERS.- (1) A counter-offer is an offer made by an offeree to his offeror relating to the same matter as the original offer and proposing a substituted bargain differing from that proposed by the original offer.- (2) An offeree's power of acceptance is terminated by his making of a counter-offer, unless the offeror has manifested a contrary intention or unless the counter-offer manifests a contrary intention of the offeree.

Comments: a. Counter-offer as rejection. It is often said that a counter-offer is a rejection, and it does have the same effect in terminating the offeree's power of acceptance. But in other respects a counter-offer differs from a rejection. A counter-offer must be capable of being accepted; it carries negotiations on rather than breaking them off. The termination of the power of acceptance by a counter-offer merely carries out the usual understanding of bargainers that one proposal is dropped when another is taken under consideration; if alternative proposals are to be under consideration at the same time, warning is expected.

Illustration: 1. A offers B to sell him a parcel of land for \$5,000, stating that the offer will remain open for thirty days. B replies, "I will pay \$4,800 for the parcel," and on A's declining that, B writes, within the thirty day period, "I accept your offer to sell for \$5,000." There is no contract unless A's offer was itself a contract [supported by consideration], or unless A's reply to the counter-offer manifested an intention to renew his original offer.

área específica del derecho –como los contratos internacionales o la responsabilidad civil- y cuya función principal es la de satisfacer las necesidades de los operadores del derecho transnacional en un mundo globalizado.

Se discute en ámbitos académicos y en tribunales internacionales acerca de su naturaleza. No cabe duda que son instrumentos no vinculantes, del tipo *soft law*, cuya finalidad es la de uniformar el derecho en el mundo y así vencer los obstáculos que enfrentan los operadores internacionales, causados por los distintos sistemas o familias jurídicas que ya hemos mencionado. En ese sentido, los *Principios* no pueden calificarse como *leyes modelo* pues su función va mucho más allá de una propuesta a las distintas naciones para que se promulguen como derecho interno. Tampoco se trata de una *codificación* al estilo de los códigos de los sistemas del *civil law*, o de un *tratado* internacional, cuya característica principal –en ambos casos- es su obligatoriedad (*hard law*). Se parecen mucho más a los *Restatements* norteamericanos, pero con agudas diferencias, como veremos adelante.

Por otro lado, a pesar de su denominación, no se trata de principios en el sentido profundo que se utiliza para señalar a los *principios generales del derecho*, es decir, aquellas proposiciones que enuncian juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan un proceso de concreción *a posteriori*.⁴⁰ En el contexto de estos instrumentos *soft law*, la palabra principios debe ser entendida como *normas generales* –y en ese sentido, opuestas a normas concretas o casuísticas- propuestas para regular alguna materia del derecho pero sin pretensión de obligatoriedad, es decir, sin ser vinculantes.

En las últimas décadas los principios se han convertido en el modelo más eficaz para uniformar el derecho internacional, ejemplo de ello son los *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT (Con cuatro ediciones 1994, 2004, 2010 y 2016) uno de los instrumentos internacionales más exitosos de los últimos tiempos. Los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, elaborados por la *Comission on European Contract Law*, subvencionada por la Unión Europea (también llamada *Comisión Lando*, por el profesor danés Ole Lando que la encabezaba), publicados en el año 2000, los cuales pretenden regular el derecho contractual en la Unión

⁴⁰ Como ocurre con los distintos principios de la tradición latina, como el de *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus o in dubio pro reo*. Estos son principios generales del derecho de contenido técnico y abstracto que requieren de una explicación para su comprensión.

Europea, o los *Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil*, (*Principles on European Tort Law*) que fueron publicados en 2005 y son el resultado de más de diez años de trabajo del llamado *European Group on Tort Law* fundado en 1992 por Jaap Spier, a la sazón Catedrático de Derecho privado en la Universidad de Tilburg.⁴¹

La naturaleza de los *Principios* se inclina más hacia los *Restatements* del derecho norteamericano y puede afirmarse que estos son una de sus principales fuentes de inspiración. Ambos son instrumentos académicos o profesoriales –sus redactores son principalmente académicos (*scholars*), expertos en cada materia- que pretenden servir como medios para uniformar el derecho y comparten también una muy parecida estructura editorial (artículos, comentarios y ejemplos). Sin embargo existen agudas diferencias. Los *Restatements* son una recopilación o reestructuración (*re-state*) del *common law* norteamericano tomando como base el derecho de los distintos estados de la unión americana, que como dijimos fue interpretándose de manera distinta conforme el *common law* inglés fue adoptado por las distintas colonias, por lo tanto se trata de un esfuerzo nacional que sirve a los tribunales y abogados estadounidenses. En cambio, los *Principios* constituyen un trabajo de carácter multinacional –sus redactores son principalmente profesores y expertos en derecho representantes de los distintos sistemas o familias jurídicos- y por tanto destinado a los operadores internacionales, que presenta las soluciones universales más adecuadas para cada situación en un campo del derecho concreto, pero tomando en cuenta todos los sistemas jurídicos en el mundo (*common law*, *civil law*, etc.).

Por otro lado, los *Restatements* están destinados principalmente a los tribunales norteamericanos. En cambio, los *Principios* están dirigidos principalmente a los operadores del derecho internacional, quienes pueden adoptarlos para regular sus relaciones jurídicas o comerciales.

Los *Principios* han demostrado ser de gran utilidad no solo como ley aplicable a los contratos –en el caso de los Principios UNIDROIT o de los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*- o como ley para regular situaciones jurídicas –como los *Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil*, sino que también sirven como medios para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, como medios

⁴¹ Vid. CASALS, Miquel Martín, *Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil"*, InDret, Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), Barcelona, mayo de 2005.

para interpretar y complementar el derecho nacional, como modelo para legisladores nacionales e internacionales en la elaboración de sus leyes, como guía para la elaboración de contratos y como material didáctico, todo ello, debido a su altísima calidad técnica y a su actualidad o modernidad.

V] Organizaciones internacionales

Como apuntábamos, distintas organizaciones internacionales trabajan para uniformar el derecho en los temas señalados, entre ellas:

i.- La *Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya* (www.hcch.net) que inició sus reuniones en 1893 y cuenta con un secretariado permanente que opera en la Haya, Holanda. En su asamblea de noviembre de 2012 adoptó el *Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts (the Draft Hague Principles)*, uno de sus principales instrumentos en materia de contratación internacional.

ii.- El *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* o UNIDROIT por su acrónimo francés (www.unidroit.org) fundado en 1926 como un órgano auxiliar de la antigua Liga de las Naciones y refundado en 1940 como una organización intergubernamental independiente. Su sede se encuentra en Roma. En 1995 publicó los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales ⁴² (Principios UNIDROIT) que constituyen una fuente de inspiración para la reforma de las leyes contractuales en el mundo, como la ley de contratos de China promulgada en 1999, o el Código Civil de Rusia que entró en vigor en tres etapas: 1995, 1996 y 2002. Ambos ordenamientos tuvieron una gran influencia de los Principios UNIDROIT y de otro instrumento internacional muy exitoso: la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁴³.

iii.- La *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) (www.uncitral.org) que fue creada en el marco de la asamblea de las Naciones Unidas de 1966. Tiene su sede en Viena, foro en que se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre

⁴² La publicación de los Principios UNIDROIT en 1994 contaba con 120 artículos. Hay dos ediciones posteriores, la de 2004 con 185 artículos y la de 2010 que incrementó a 211 artículos.

⁴³ BONELL, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol III, 2003

Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), en vigor en más de sesenta países, incluyendo México. Esta convención constituye, en palabras de Jorge Sánchez Cordero, el primer gran esfuerzo de sistematización universal de los principios generales de los contratos⁴⁴. La UNCITRAL fue también un motor fundamental para la consecución de los Principios UNIDROIT ya mencionados.

iv.- La *Cámara de Comercio Internacional (ICC)* con sede en París (www.iccwbo.org) que creó los Términos de Comercio Internacional, mejor conocidos como INCOTERMS, mundialmente divulgados y utilizados. Los INCOTERMS aportan definiciones comunes en el comercio internacional con respecto al momento y lugar preciso en que la parte vendedora transmitirá los riesgos y la responsabilidad de las mercancías, entre otras muchas.

v.- La *Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP)* (www.oas.org) dependiente de la Organización de Estados Americanos (OEA), que ha tenido una importantísima función en la armonización y codificación del Derecho Internacional Privado en el hemisferio americano. Lo anterior se realiza por medio de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado convocadas cada cuatro o seis años, conocidas por sus siglas en Español como CIDIP, estas Conferencias han producido más de 25 instrumentos internacionales, incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelos, entre las cuales se encuentran la Convención Interamericana Sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (CIDIP-II), la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V), La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (CIDIP-VI), entre otras muchas.

Referencias

BERMAN, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996

BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005, pp. 14, 15

BONELL, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol III, 2003

CASALS, Miquel Martín, *Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil"*, InDret, Revista para el análisis del derecho (www.indret.com), Barcelona, mayo de 2005.

⁴⁴ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, *op. cit.*

- CASTAN TOBEÑAS, José, *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, Reus,
- DAVID, Rene, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.
- GLENN H. Patrick, *Comparative legal families and comparative legal traditions*, en Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard, (Eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 422
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: Especial Referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos*, Publicado en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 394
- GOODRICH, Herbert F., *The Story of the American Law Institute*, 1951 Wash. U. L. Q. 283 (1951)
- LA PIANA, William P., *A Task of No Common Magnitude, The Founding of America Law Institute*, 11 *Nova Law Rev.* 1085 (1986-1987), p. 1104
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *Marco Regulatorio de la Inversión Extranjera*, UNAM, México, 2013
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Globalización y Derecho Europeo de los Contratos*, en www.academia.edu/26327805/Globalización (revisado el 23 de octubre de 2017).
- REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008
- ROSE, A.O., Alan D, *The Challenges for Uniform Law in The Twenty-First Century*, *Uniform Law Review*, Unidroit, Vol. I, 1996
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio, *El Proceso Actual de Armonización y Uniformidad Legislativa*, en *DERECHO PRIVADO, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, ADAME GODDARD, Jorge (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge Antonio (coordinador), *Los Sistemas de Derecho de Tradición Civilista en Predicamento, La Respuesta a los Informes Doing Business de El Banco Mundial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, p.132
- World Bank, Doing Business in 2004: Understanding Regulations, Washington D.C. 2004 y Doing Business in 2005. Removing Obstacles to Growth, Washington D.C. 2005.*
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3ra Ed., Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 2011

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2018

La Seguridad Social Universal en México, ¿Un Compromiso Incumplido?

ESTANISLAO SOLÓRZANO BARÓN¹

SUMARIO: I. *Seguridad social: el más humano de los derechos humanos.* II. *Seguridad social universal.* III. *Propuesta de implementación de un modelo de seguridad social universal en México.* IV. *Conclusiones.*

Resumen. Dentro del catálogo de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente en México, la seguridad social se posiciona como el más emblemático de la actual política pública sexenal, depositaria del colosal afán de brindar una vida digna y decorosa a todos y sin distinción, plenos de salud, vivienda, empleo decente, y pensiones en caso necesario. El presente artículo analiza los alcances jurídicos y la viabilidad económica en la implementación de un modelo de seguridad social universal, comprometido con los mexicanos por el Presidente de la República Enrique Peña Nieto.

Palabras claves: Seguridad social, pensión, desempleo.

Abstract. *Within the catalogue of human rights constitutionally recognized in Mexico, social security has positioned as the most emblematic one of the current sexennial public policy, responsible of the largest desire to provide a decent and dignified life to everyone, full health, housing, decent employment and pensions when necessary. This article analyzes the legal scope and the economic viability in the implementation of a universal social security model, committed to the mexicans by the Present of the Republic, Enrique Peña Nieto.*

Keywords: *Social security, pension, unemployment.*

I] Seguridad social: el más humano de los derechos humanos

Resulta innegable que desde los albores de la humanidad, los seres humanos en su conformación de entes racionales, han

¹ Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

librado una ardua y permanente batalla para la consecución de satisfactores que colmen sus necesidades más elementales. A partir del dominio primario de la naturaleza, después han centrado sus esfuerzos en la construcción de procesos productivos e industriales, generadores de los más variados bienes y servicios, orientados a colmar las carencias, deleites y excentricidades que han erigido. Lo cual conduce a sostener que el verdadero motor de la historia, es la lucha constante y permanente del hombre por su seguridad y por encontrar la satisfacción en todos los órdenes de la vida.

*El ser humano debe estar seguro no solo frente a la adversidad, sino en todos sus actos.*² Es tan cierto que el devenir vital representa toda una gama de incertidumbres, que justifican la realización de esfuerzos individuales y colectivos para aminorar, no para eliminar, la ocurrencia perniciosa del azar, *de suerte que nuestra vida es afán de ser precisamente porque es, al mismo tiempo, en su raíz, radical inseguridad.*³

1. ¿Qué es seguridad social?

Es de advertirse que estamos en presencia de un concepto multívoco, generado no solo por la pretensión de amplitud en los ámbitos pretendidamente tutelados por este modelo, o por la cobertura de sujetos a beneficiarse. Sino principalmente por el dinamismo de las esferas de protección que conlleva la satisfacción de necesidades básicas y vitales, cambiantes en todo momento, bajo la máxima de que en el instante mismo en que el ser humano logra la satisfacción de una necesidad, ha creado o la ha sustituido por otra.

Por ello, *podemos afirmar que como no existe una definición específica, categórica y contundente del concepto de seguridad social*⁴, tendremos que elegir alguna que coincida en sus fines o características esenciales, con las pretendidas a demostrar en el presente artículo. Por lo que adoptaremos la definición de Alberto Briceño, *la seguridad social es el conjunto de instituciones, principios, normas o disposiciones que protege a todas las personas contra cualquier contingencia que pudieren sufrir y las previene, a fin de permitir su bienestar mediante la superación de aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.*⁵

² BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho de la seguridad social*, Oxford, México, 2010, p. 4.

³ ORTEGA Y GASSET, José, *En torno a Galileo*, Espasa-Calpe, España, 1965, p. 39.

⁴ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo derecho de la Seguridad Social*, Porrúa, 14ª ed, México, 2013, p. 45.

⁵ BRICEÑO RUIZ, Alberto. *op. cit.* p. 14.

De lo anterior, valorados en su justa dimensión cada uno de los elementos que componen el concepto señalado, podemos concluir que estamos ante un instrumento utópico o quimérico y que las series de proyecciones realizadas, solo pueden constituir una meta.

¿Acaso es posible concebir un sistema de protección o tutela integrador de todos los elementos sociales, que los proteja en cuanta necesidad pudiere afectarles, capaz de elevar el nivel de vida en ámbitos tan dispersos, como el económico, el médico, el cultural y hasta el moral? Categóricamente no; pues no se ha conformado en toda la historia de la humanidad, ni en la actualidad y podríamos aventurar, que ni siquiera en sociedades futuras, un grupo o colectividad completamente agraciado o seguro, pese a lo cual resulta altamente positivo, que existan programas o disposiciones con una tendencia de protección integral.

Lo anterior pudiere propiciar una idea equívoca sobre la seguridad social y la presunta banalidad de sus proyecciones tendientes a proteger a cada uno de los componentes sociales, sustentada en una juridicidad efímera o raquítica, a lo cual debemos oponer la afirmación que la instala no solo como un beneficio protegido por la norma jurídica, sino encumbrado como un derecho humano creado y regulado internacional y nacionalmente, por lo cual no deja de reconocerse *que la lucha por los derechos humanos aparece históricamente con caracteres de utopía social*.⁶

2. La seguridad social como derecho humano

En varios instrumentos internacionales, la inserción de la seguridad social como un derecho humano, se ha posicionado como uno de los más emblemáticos dentro de la llamada segunda generación, conjuntamente con los de trabajo, salud o educación. No obstante lo cual todavía se justifica blandir una aproximación conceptual en torno al tópico derechos humanos, pues aun en la actualidad *puede resultar tan equívoca como casi todas las palabras del vocabulario político: pueblo, libertad, democracia*.⁷

De manera general podemos señalar, que un derecho humano no surge por la imputación que realice el orden jurídico a favor de un individuo, sino que conlleva un ineludible

⁶ OLLERO TASSARA, Andrés, *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía*, de SALDAÑA, Javier (Coord.) *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 179-195.

⁷ RUSSO, Eduardo Ángel, *Derechos humanos y garantías*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1992, Pág. 23.

reconocimiento de situaciones o aspectos connaturales a la existencia de la persona, orientándolo a un devenir vital pleno de dignidad y realización. Así, derechos humanos son los derechos fundamentales de la persona humana, tomando ésta en sus tres dimensiones: como ser físico, como ser psíquico y como ser social⁸.

La concepción anterior propicia que terminológicamente se confundan a los derechos humanos con las acepciones derecho fundamental, derecho natural, derecho público subjetivo, libertad pública, garantía individual. Por lo cual es menester circunscribir la idea de los derechos humanos al conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁹

En este contexto internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su artículo 22, 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 los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*¹⁰

Otro documento de singular importancia que posiciona a la seguridad social como un derecho humano, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, cuya adhesión fue alcanzada por el Gobierno Mexicano en el año de 1981, en cuyo Artículo 9 se colige: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*¹¹ De los documentos citados, se desprende la aportación de la comunidad internacional al orden jurídico mundial, de la seguridad social y el seguro social, éste principal instrumento de la misma, creado en el epílogo del siglo XIX por Otto Von Bismarck en Alemania.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5ª ed, Tecnos, Madrid, 1995, p. 48.

¹⁰ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

¹¹ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages> Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

En el ámbito latinoamericano, fue durante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en el año de 1969, conocido como Pacto de San José, en el cual se estableció en su artículo 26, la progresividad y la necesidad de alcanzar la plena efectividad de los Derechos Económicos y Sociales que derivan de la Carta de Estados Americanos suscrita en Bogotá, en el año de 1948. Este instrumento ratificado por México durante la misma anualidad, refiere: *Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: La justicia y la seguridad sociales son base de una paz duradera (Art. 3, inciso j); Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, (Art. 45, inciso h); y Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad. (Art. 46)*¹²

De todos los instrumentos transcritos, con meridiana claridad se colige que la seguridad social ha sido elevada a la jerarquía de un derecho humano, esencial para el desarrollo del ser humano, ingénito a sus aspiraciones e institucionalizado por el orden jurídico internacional.

La vida y la libertad, constituyen continentes en la existencia del ser humano, pero es la seguridad social, elevada a la categoría de derecho humano, la que le permite desarrollarse, ajeno al dolor y a la enfermedad (salud), convivir bajo techo seguro y propio con los integrantes de su familia (vivienda), recibir apoyo económico cuando la falta de empleo se vuelve un estigma de derrota (ayuda de desempleo) y cobrar cantidades periódicas cuando la edad avanzada o la salud no permiten la ejecución de actividades laborales generadoras de ingreso (pensión). Con lo cual es válido afirmar, por la cobertura de prestaciones brindadas, por los amplios periodos de protección –de la cuna y hasta después de la muerte– y por la exigibilidad derivada del sistema jurídico nacional, que en la seguridad social yace el más humano de los derechos humanos.

¹² http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

II] Seguridad social universal

El 5 de febrero y el 1° de mayo, ambos de 1917, constituyen sendas efemérides en el derecho mexicano, no solo por la publicación y vigencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el contenido social de nuestra Carta Magna, al contener prerrogativas a favor de quienes empuñando la carabina y derramando su sangre, legaron al mundo un nuevo orden jurídico-social, el de las Garantías Sociales: educación básica para combatir el analfabetismo gestado durante siglos (Art. 3°), propiedad de la tierra para los desheredados y despojados (Art. 27), y la institucionalización de derechos laborales para la clase trabajadora (Art. 123).

Fue en la fracción XXIX, del Artículo 123 Constitucional, donde se establecieron las bases mínimas del establecimiento de la seguridad social, la cual fue concebida *para reparar las consecuencias de los riesgos de trabajo y naturales que, al privar al hombre de su capacidad de trabajo y de ganancia, lo orillaban a la miseria*¹³ y, como una subvención más del derecho del trabajo, por lo cual tuvieron que transcurrir décadas para iniciar el camino de la deslaboralización del derecho de la seguridad social y su marco prestacional, incluyendo sujetos atípicos al factor empleo o trabajo digno o decente y beneficios que no tienen su origen en el mundo del trabajo formal.

En la actualidad, *la seguridad social mexicana requiere de una reforma profunda y urgente, definida a la luz de las nuevas condiciones demográficas, epidemiológicas, médicas, actuariales, sociales, económicas y políticas de nuestro país*¹⁴. Al verse afectada por el desaceleramiento en la generación de empleos, o por la falta de crecimiento sostenible en la asignación de políticas salariales, surge la necesidad de extender la cobertura a otros sectores productivos y confeccionar o perfeccionar los esquemas de protección a los derechohabientes y sus beneficiarios.

En este escenario nacional y ante la necesidad de proyectar un modelo de seguridad social para las próximas generaciones de mexicanos, *en los últimos años han surgido diversas propuestas de creación de un sistema de seguridad social universal en México,*

¹³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Las garantías sociales*, 2ª ed, Comité de Publicaciones SCJN, México, 2005, p. 202.

¹⁴ NARRO ROBLES, José *et al.*, *Hacia un nuevo modelo de seguridad social*, Revista Economía UNAM, Vol. 7, Núm. 20, México, 2010, pp. 7-33.

cuya discusión se ha centrado en la manera de financiar el sistema¹⁵. Pese a lo cual considero que un aspecto primigenio el cual debe ser definido, mismo que se mantiene todavía impreciso, es el alcance o el sentido del concepto denominado seguridad social universal, porque partiendo de esta precisión, se podrá construir el andamiaje jurídico, social y desde luego económico, para cimentar los esquemas que deben integrarlo.

1. Conceptualización

Es nula la bibliografía existente en torno a la definición de seguridad social universal, no solo en el ámbito nacional sino también en el internacional, probablemente porque nos encontramos con un tópico de reciente construcción, sobre el cual a pesar de haberse escrito innumerables páginas respecto al tema, con predominio de los aspectos económicos y políticos, no se ha ensayado todavía un concepto que nos esclarezca el sentido, los alcances y el significado de la seguridad social universal.

John Scott refiere que la universalidad de la seguridad social, *no se postula como un objetivo en sí mismo, sino como un instrumento que permite garantizar la cobertura efectiva de los más vulnerables en un contexto de alta desigualdad y bajo desarrollo institucional*¹⁶, con lo cual se colige que el concepto debe incluir a los más necesitados y una activa participación del Estado o ente público.

Con relación a lo anterior, *el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines*¹⁷. Esta idea, no se deriva de una idea conceptual, sino de una propuesta de inclusión de atributos que debe reunir el modelo para convertirlo en general, prescindiendo de la obligatoriedad de

¹⁵ LÓPEZ CASTAÑEDA, Carla Beatriz, *El costo de un sistema de seguridad social universal basado en la demanda efectiva por servicios de salud públicos*, VILex México, Núm. 11-2013, Diciembre 2013, pp. 143-248 <http://www.ciss.net/wp-content/uploads/2016/06/Costo-Seguridad-Social-Universal.pdf> Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

¹⁶ SCOTT, John, *Protección Social Universal*. En: Fausto Hernández Trillo, *Seguridad social universal. Retos para su implementación en México*, CIDE, México, 2012, pp. 33-76.

¹⁷ <http://humbertomoreno2010.blogspot.mx/2009/05/tema-2-c-oncepcion-de-seguridad-soc> Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

realizar aportaciones por parte de los grupos tendientes a ser protegidos.

Una intentona final de localizar una definición de seguridad social universal, la cual hemos de reconocer infructuosa, es la elaborada por el investigador parlamentario de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Reyes Tepach Marcial, misma que se centra en la cobertura de riesgos o contingencias a protegerse y no en una propuesta conceptual concreta, al referir:

... el sistema de seguridad social universal en los países en desarrollo busca cubrir el riesgo principal de las personas de no contar con recursos financieros ni activos productivos suficientes para sostener un nivel mínimo de consumo en las diferentes etapas del ciclo de vida: En la edad temprana se propone el instrumento denominado ingreso mínimo universal para cada niño en situación o no de vulnerabilidad; En la edad productiva, se protege al trabajador que pierda su fuente laboral temporalmente con el seguro de desempleo; y En la vejez, se formula diseñar un programa de pensión universal para los adultos mayores en situación de pobreza, vulnerabilidad o marginación, con el propósito de garantizar un ingreso monetario mínimo que les permita cubrir sus necesidades de consumo.¹⁸

De lo trasunto, se esboza el siguiente concepto:

Se entiende por seguridad social universal, el conjunto de políticas públicas, estructuradas con criterios organizacionales unitarios, eficientes y participativos, financiadas con recursos provenientes del Estado, destinadas a la protección integral de las personas económicamente débiles o en estado de pobreza, que les reconozcan la obtención de una pensión para los adultos mayores, el funcionamiento de un seguro de desempleo, cobertura total de servicios en salud y el acceso a una vivienda digna y decorosa, tendientes a eliminar progresivamente la desigualdad y alcanzar la justicia social.¹⁹

2. Sus esquemas o ámbitos de protección

Son cuatro los aspectos incluyentes de un sistema de seguridad social universal que pueden considerarlo como completo

¹⁸ TEPACH MARCIAL, Reyes, *Análisis de la seguridad social universal en la vertiente de la pensión para los adultos mayores de México*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 2015, p. 20. http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se_ctual.htm, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

¹⁹ *Ibíd.*

o integral, no solo por la jerarquía de los derechos protegidos, todos elevados a rango de derechos humanos y en México, algunos de ellos incluidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por comprender ámbitos sensibles de las personas, cuya satisfacción les adjudica pautas de dignidad y decoro.

Se incluyen la i.- salud universal. ii.- un seguro de desempleo. iii.- pensión para los adultos mayores, y iv.- adquisición de vivienda.

Cierto es que quedan al margen de un sistema de seguridad social universal, la protección de los riesgos de trabajo, la maternidad, la invalidez o la vejez, los cuales están integrados al modelo proteccionista del seguro social; así como la suficiencia alimentaria, un ingreso mínimo para la niñez, y el acceso universal a la educación, contemplados en los pisos básicos de protección social.

a. *Cobertura universal de salud.* El art. 4 Constitucional refiere *toda persona tiene derecho a la protección de la salud.*²⁰, de lo cual se advierte que la universalidad de la garantía de salud ya está contemplada en nuestra Constitución Federal, ya que al utilizar la alocución *toda persona* indudablemente se comprende a todos los seres humanos regulados y protegidos por la Carta Magna.

Así contemplada la garantía de salud, estamos en presencia de una problemática de orden económico o político, pero no de carácter jurídico. *En la gran mayoría de países en desarrollo, el Estado sólo cubre a una proporción de la población. En México, el sistema de salud está segmentado por grupos de población; integración en el caso de los seguros sociales, una separación de funciones incipiente en el caso del Seguro Popular y un mercado privado de la salud.*²¹

El problema radica, no solo en la diversidad de instituciones y programas que brindan los servicios de salud, con la consabida deficiencia de coordinación que ello conlleva, sino en la ausencia de protección de sectores importantes de la población. Pero sin duda el reto más importante de la pretendida cobertura universal en salud, es el costeo y tratamiento de las enfermedades *catastróficas*, las cuales por la implicación de su alto costo y el tiempo prolongado de sus tratamientos, exige una protección integral a quienes las padecen.

²⁰ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf, Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

²¹ CARREÓN, Víctor *et al.*, *Protección Social Universal*. En: Fausto Hernández Trillo, *Infraestructura y cobertura universal en salud*, CIDE, México, 2012, pp. 203-242.

b. Operación de un seguro de desempleo. *El seguro de desempleo es un instrumento de la seguridad social, que protege de las consecuencias derivadas de la grave contingencia que representa para el trabajador, verse desprovisto de su empleo, siendo que quiere y puede continuar laborando.*²²

El artículo 19 del Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), suscrito en el año de 1952, prevé la existencia de un seguro de desempleo en los Estados firmantes. El gobierno Mexicano ratificó el aludido Convenio a partir el año de 1961, pero no así el Capítulo IV del mismo, mismo que prevé el referido seguro de desempleo.

Después de casi 60 años, a pesar de que a la fecha no supera la decena el número total de países de América Latina, los cuales ya prevén esta protección, México no ha adoptado un esquema proteccionista que abata la ausencia de trabajo formal o decente.

Sin duda que *el desempleo es una de las plagas que azotan al mundo contemporáneo. Se trata de un severo y complejo problema del que no se han logrado sustraer ni los llamados países industrializados o del primer mundo.*²³

Actualmente el artículo 191 de la Ley del Seguro Social vigente, prevé las condiciones que debe reunir un asegurado que haya quedado privado de trabajos remunerados, para efectuar un retiro parcial con cargo a su cuenta individual. Lo anterior, aunque pretende apoyar a los trabajadores, no constituye un verdadero esquema de desempleo, pues el mismo no reúne las dos características básicas del mismo, como son la aportación estatal de fondos para su financiamiento y la posibilidad de conseguir una nueva ocupación.

c. *Reconocimiento de una pensión para los adultos mayores.* Fue por todos conocido que a partir del año 2001, el Distrito Federal, hoy Ciudad de México inició con el programa de pago de una pensión a ayuda económica a personas de la tercera edad, con 70 años o más, y a partir de ese momento, con una marcada tendencia asistencialista, las entidades de la Federación han venido estableciendo dicho programa en sus esquemas de beneficio social.

En la actualidad se presenta un esquema dual de protección, pues el otorgamiento de una pensión al adulto mayor, se viene cubriendo por el Gobierno Federal, a través de la

²² *Diccionario jurídico sobre seguridad social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 410, <https://es.scribd.com/document/317972371/UNAM-Diccionario-Juridico-Sobre-Seguridad-Social>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

²³ *Id.*

Secretaría de Desarrollo Social, así como por algunas Entidades Federativas, con montos económicos diversos y edades diferenciadas, con lo cual el compromiso deviene en unificar el marco prestacional en este ámbito. En el orden federal, tal como lo anuncia SEDESOL, *a partir del año 2017, más de 5.5 millones de personas son beneficiarios de este programa que combina la entrega de una pensión monetaria con acciones para aminorar el deterioro de la salud física y mental de este grupo de la sociedad en condición de vulnerabilidad.*²⁴

d. Adquisición en propiedad de una vivienda. Que la vivienda es para la especie humana un pequeño universo donde desarrolla y perfecciona a plenitud sus capacidades, emociones y necesidades, es una verdad acrisolada por siglos de interacción entre el hombre y su refugio, entre la familia y su hogar. *Ejemplo paradigmático de la interdependencia entre los diferentes derechos humanos, garantizar el derecho a una vivienda adecuada es algo esencial para garantizar el derecho a la familia, a la no injerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y, en definitiva, para asegurar el derecho a la vida.*²⁵

En la idiosincrasia nacional, el derecho a la obtención de vivienda constituye uno de los soportes constitutivos de dignidad para millones de trabajadores mexicanos, quienes permanente se esfuerzan para conseguir y luego para legar a los suyos este significativo bien material. De ahí que constituye una honda preocupación de las instituciones gubernamentales, propiciar que cada una de las familias que integran nuestra sociedad, tenga la capacidad económica para contratar créditos baratos y suficientes, para a la postre ser propietarios de una vivienda digna y decorosa.

3. Aspecto normativo de los Seguros Sociales y la Protección Social

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé entre los derechos fundamentales reconocidos al pueblo de México, como parte integrante de la seguridad social universal, a la salud y a la vivienda. De igual forma, tales garantías están reguladas en leyes reglamentarias respectivas, pero la pensión para los adultos mayores y el seguro de desempleo, no forman parte integrante del texto Constitucional.

²⁴ <https://www.gob.mx/sedesol/articulos/el-programa-pension-para-adultos-mayores-tiene-nuevas-reglas-de-operacion?idiom=es>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

²⁵ <http://observatoridesc.org/es/derecho-una-vivienda-adeuada> Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

El artículo 4° Constitucional, al regular las garantías de salud y de vivienda, prevé en sus párrafos cuarto y séptimo, respectivamente, lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Las leyes reglamentarias reguladoras de la salud y la vivienda, son la Ley General del Salud, vigente a partir del año 1984 y la Ley de Vivienda del año 2006. Con relación a la vivienda, es importante señalar el doble tratamiento normativo que recibe ésta garantía, pues también se encuentra regulada por la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Del derecho humano a la vivienda, es importante señalar que mientras la Ley de Vivienda tiende a crear un marco protector a cualesquier ciudadano y sin distingo, por el simple evento de requerir su otorgamiento, lo cual participa de las características de la protección social, la Ley del INFONAVIT, surge como prerrogativa del trabajador formal, sujeto a una relación obrero patronal, lo que implica una pertenencia al modelo del seguro social, constitutivo como principal instrumento de la seguridad social.

Igualmente, en un loable intento institucional de extender a toda la población el manto protector de los derechos sociales contenidos en nuestra Constitución, pero generando imprecisión conceptual y sin que la misma sea completa o represente un real esquema de seguridad social universal, ya desde el mes de enero del año 2004, entró en vigor la denominada Ley General de Desarrollo Social, cuyo fin primario es garantizar a toda la población en situación de vulnerabilidad o desventaja, sus derechos a la educación, la salud, la alimentación nutritiva y de calidad, la vivienda, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y los relativos a la no discriminación en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁶

²⁶ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/264_010616.pdf Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

El seguro de desempleo y la pensión para adultos mayores, no se han elevado todavía a rango Constitucional, ni como parte del seguro social, ni la protección social o el desarrollo social, sino llanamente como una política asistencial puesta en práctica por gobiernos estatales o federales, pero sin estar dotados del sustento normativo para convertirlos en obligatorios y exigibles frente al Estado.

III] Propuesta de implementación de un modelo de seguridad social universal en México

Hemos sido espectadores de la propagada crisis del estado de bienestar, así como de la instauración de un modelo económico y financiero con marcada orientación privada, en la cual grandes áreas y servicios otrora públicos, se privatizaron a grupos o empresas particulares. En México, esto fue notorio durante el sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari, estableciendo la etapa del neoliberalismo económico.

La seguridad social no estuvo al margen de la transformación operada, pues a partir de la expedición de la nueva Ley del Seguro Social el 1° de Julio de 1997, fueron compañías privadas quienes vienen administrando el ahorro para el retiro de los trabajadores mexicanos, denominadas Administradoras de Fondos para el Retiro, y son también privadas las compañías que pagan las pensiones en los seguros de riesgos de trabajo y de invalidez y vida, organizadas como instituciones de seguros privados.

Hace algunos años, se han iniciado procesos de rediseño del sector público, así como los servicios que provee el Estado, transformando los sistemas de seguridad social bajo la premisa de que al lado de consideraciones económicas y financieras, debe propiciarse un retorno a un sistema más justo y general de seguridad, pero que siga siendo económicamente viable y sustentable.²⁷

1. Como compromiso político del Gobierno Federal

El 1° de diciembre de 2012, el Presidente Enrique Peña Nieto, dio a conocer al pueblo de México su programa general del gobierno al cual denominó *Decisiones Presidenciales*. Un inicial

²⁷ CULEBRO MORENO, Jorge E. y ARELLANO GAULT, David, *Protección Social Universal*. En: Fausto Hernández Trillo, *Reformas en los sistemas de seguridad social en México: una visión organizacional*, CIDE, México, 2012, pp. 103-145.

número de trece decisiones, comprendieron diversos temas como justicia penal, cruzada nacional del hambre, seguro de vida para jefas de familia y reforma educativa, entre otras.

La Sexta Decisión, refirió lo siguiente:

México es un país en deuda con sus adultos mayores. Lo que somos como Nación, se lo debemos a las generaciones que nos antecedieron. Es tiempo de reconocer esa contribución. He dado instrucciones a la Secretaría de Desarrollo Social y de Hacienda para incluir una partida presupuestal para el Ejercicio Fiscal 2013 que modifique y amplíe el Programa 70 y Más, a fin de que todos los mexicanos mayores de 65 años reciban una pensión. De contar con el respaldo de los Legisladores, se daría el primer paso en la creación del Sistema de Seguridad Social Universal que he comprometido con todos los mexicanos.²⁸

Aunque en la citada decisión, se hable de pensiones para los adultos mayores con 65 años o más, lo anterior solo representa el primer paso para todo un sistema de seguridad social universal y aunque no se precisó el contenido de la anunciada universalización, temáticamente debe comprender como derechos o garantías mínimas además de la citada pensión, un seguro de desempleo, cobertura total de salud y vivienda digna para quien la necesite.

El 20 de Mayo de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en el cual se establecieron algunos aspectos vinculados a la seguridad social, que representan la certeza de inconsistencias en nuestro modelo nacional de seguridad social y los inserciones de algunas prerrogativas potenciadoras hacia la integralidad o universalización.

El Plan afirma que *la estructura actual del Sistema de Seguridad Social se caracteriza por contar con múltiples esquemas de protección social de limitada portabilidad entre ellos y con diferencias significativas entre sí. Dicha estructura ha resultado en una distribución desigual del gasto social y representa una limitante para generar incentivos que induzcan a la formalidad.*²⁹ Un aspecto central del Plan Nacional es la preocupación por el Gobierno Federal por contar con estándares financieros sólidos y una adecuada distribución del gasto.

²⁸ <http://archivo.unionjalisco.mx/articulo/2012/12/01/politica/las-13-decisiones-de-pena-nieto-discurso-completo>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

²⁹ https://seguridadsocialmx.files.wordpress.com/2015/02/pnd_2013-2018_bis.pdf p. 4, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

Se expone que un esquema de seguridad social universal debe contemplar un seguro de desempleo que proteja a las familias ante cambios temporales en la condición laboral. Este beneficio debe aportar una protección adecuada para que el trabajador cuente con un periodo de búsqueda que le permita encontrar un empleo acorde con sus capacidades y productividad.³⁰

El documento también hace referencia al compromiso gubernamental de construir toda una infraestructura que garantice el derecho a la salud de todos los mexicanos sin restricción, con especial énfasis reducir la problemática que conlleva el alto costo de algunos servicios de salud.

Finalmente, se sostiene que un México incluyente conserva como prioridad el acceso ilimitado a una vivienda digna.

En forma integrada, la sexta decisión presidencial y el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 aludido, refieren los 4 aspectos más significativos de un sistema de seguridad social universal: Pensiones para los adultos mayores de 65 años, creación de un seguro de desempleo, cobertura integral de salud y otorgamiento de vivienda digna.

2. El camino recorrido hacia su implementación

A continuación se hará referencia a los pasos realizados ejecutados a lo largo del sexenio que transita, para la materialización de las prerrogativas integradoras de la seguridad social universal.

Respecto al establecimiento de una *pensión para adultos mayores*, el pionero fue el Gobierno del Distrito Federal, quienes en el año de 2001 crearon un programa de apoyo social o asistencialista, que reconocía a las personas de 70 años o más el acceso a una ayuda económica bajo la modalidad de pensión mensual, por un monto inicial equivalente a los \$600.00 pesos. Ya para el mes de noviembre de 2003, su Asamblea Legislativa transformó el apoyo en un derecho al publicar en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de Noviembre de 2003, la *Ley que establece el derecho a la pensión alimentaria para los adultos mayores de sesenta y ocho años, residentes en el Distrito Federal*.

Con el ejemplo anterior, el Gobierno Federal, durante la presidencia de Felipe Calderón se instrumentó un programa de ayuda para los adultos mayores, conocido como 70 y más. Con dicho programa se empezó beneficiando a más de un millón de

³⁰ *Ibidem*. p. 7.

personas en 2007 y se incrementó el número personas beneficiadas a 3 millones 056, 816 hasta julio del 2013.³¹ Ya para el año 2016, la Secretaría de Desarrollo Social Federal anunció que otorgaba este beneficio a 5.7 millones de adultos mayores, con el requisito referente a edad de tener 65 años o más, cuyo monto económico asciende a la cantidad de \$580.00 pesos mensuales, pagaderos cada dos meses.

El 8 de septiembre de 2013, el Presidente de la República, en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa, presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el proyecto de *Ley de Pensión Universal*, sustentada en principios de universalidad, equilibrio financiero y apoyo al ahorro de largo plazo.

El 18 de Marzo de 2014, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó el dictamen que expide la Ley de la Pensión Universal, que propende a garantizar una vejez digna a los adultos mayores. El proyecto aprobado prevé un monto inicial de \$580.00 pesos, la cual se irá incrementando progresivamente en un lapso de 15 años, para situarse en los \$1,092 pesos. Podrán recibirla inclusive quienes ya reciban otra pensión menor al monto antes señalado, contando con una participación activa del Instituto Mexicano del Seguro Social para la acreditación de requisitos para el pago de la pensión. A la fecha de edición, el Senado de la República no ha realizado la aprobación de la Ley de la Pensión Universal.

Con relación a la creación de *un seguro de desempleo*, el mismo 8 de septiembre de 2013, en iniciativa conjunta a la Ley de la Pensión Universal, el Presidente Enrique Peña Nieto presentó a la Cámara de Diputados del Congreso Federal, la Iniciativa de Ley del Seguro de Desempleo, la cual protege al trabajador contra la falta de empleo remunerado, siempre que hayan estado afiliados al IMSS o al ISSSTE.

La ayuda por desempleo se cubrirá en pagos mensuales, que no superarán 6 mensualidades, y provendrán de un nuevo modelo de ahorro sustentado en cuentas mixtas, dentro de la cuenta individual de cada trabajador que administre su Afore elegida, así como en un fondo solidario constituido y administrado por el Gobierno Federal.

El 18 de marzo de 2014, la Cámara de Diputados y por mayoría, aprobó no el original proyecto presidencial de la Ley del Seguro de Desempleo, sino la implementación de reformas y adiciones a la Ley del Seguro Social, que incluye en su articulado el seguro de desempleo. Lo anterior se vislumbra como algo lejano al

³¹ <https://www.sdprnoticias.com/columnas/2014/03/29/la-pension-universal-un-primer-paso-para-un-mejor-nivel-de-vida-de-los-mexicanos>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

compromiso gubernamental de fondear a los trabajadores que han perdido su trabajo, pues se sostiene que *lo que aprobó la Cámara de Diputados es simplemente un mecanismo que le permite al trabajador acceder con muchas restricciones a sus propios recursos y que en un principio estaban destinados a la adquisición de una vivienda digna para la clase trabajadora del país.*³² Igualmente a la conclusión del presente artículo, el Senado de la República no ha realizado la inserción del seguro de desempleo en la Ley del Seguro Social.

La operación de un sistema *con cobertura universal de salud*, no se viene gestando con propuestas legales o cambios legislativos, sino en el orden operativo de las dependencias vinculadas a los servicios de salud en México, como el IMSS, el ISSSTE y la Secretaría de Salud Federal o las locales de los gobiernos estatales, por lo tanto el tópico se ha convertido en escenario de declaraciones e incertidumbres.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye la nota periodística publicada en el periódico Universal, del día 17 de Mayo de 2016, en la cual Gabriel O'Shea Cuevas, titular de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, dependiente de la Secretaría de Salud³³, señaló que a partir del mes de junio de dicha anualidad se estaría dando el primer paso para el sistema universal de salud mexicano, mediante el cual cualquier persona podría ser atendida por el IMSS, el ISSSTE o las Secretarías de Salud Federal o Locales, sin importar su calidad de afiliado o no. A la fecha no se tiene conocimiento de que las instituciones anteriores hayan establecido las políticas necesarias para brindar atención médica sin restricciones.

Otra declaración en el orden político fue la vertida el día 9 de Septiembre de 2017 por el Dr. José Narro Robles, titular de la Secretaría de Salud Federal, quien informó que durante el sexenio se ha logrado una enorme mejoría en los programas de salud y en la cobertura a los servicios de la población, con lo cual se *está a punto de lograr una cobertura universal con 60 millones de asegurados en el IMSS y 53.5 millones afiliados al seguro popular, lo cual muestra que en los últimos 6 años se proporcionaron mayores servicios de salud y seguridad social a la población.*³⁴

³²<https://www.sdpnoticias.com/columnas/2014/03/19/la-aprobacion-del-seguro-de-desempleo-duro-golpe-a-los-trabajadores>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

³³ <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2016/05/17/en-junio-entra-sistema-universal-de-salud-ssa>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

³⁴ <https://www.debate.com.mx/mexico/Mexico-a-punto-de-lograr-la-cobertura-universal-de-salud-20170909-0344.html>, Fecha de consulta: 24-Nov-2017.

Con lo anterior, se evidencia que el factor cuantitativo por el alcance poblacional de los servicios de salud que conlleva, es el que impera para hacer declaraciones en torno a una presunta universalidad, cuando la calidad y especialidad de los servicios médicos otorgados, debe constituir un aspecto inseparable de la cantidad de beneficiados.

El derecho de los mexicanos para *acceder a una vivienda digna*, prevista Constitucionalmente y regulada en la Ley de Vivienda y en la Ley del INFONAVIT, a pesar de la larga tradición normativa desarrollada, ha quedado siempre rezagada de la demanda social por espacios habitacionales para vivir en familia. Con lo cual el déficit en la actualidad supera varios millones de viviendas, mismas que presentan requerimientos sociales en ser adquiridas a bajo costo y estar equipadas con las medidas, dimensiones y aditamentos suficientes para alcanzar orgullo y decoro en sus propietarios.

Con esta finalidad el Ejecutivo Federal *anunció un paquete de medidas para fomentar la construcción de vivienda y hacerla accesible a todas las familias, principalmente aquellas cuyos ingresos mensuales no superan los cinco salarios mínimos. Estas acciones detonarán una inversión de 370 mil millones de pesos en la construcción de 500 mil espacios habitables en beneficio de más de 6 millones de mexicanos.*³⁵

Cierto es que durante los últimos años hemos presenciado un acelerado desarrollo en el mercado habitacional, principalmente para consumidores de elevado nivel socioeconómico, de lo cual deviene en imperativo la búsqueda y desarrollo de proyectos inmobiliarios para trabajadores e independientes de bajos y medianos recursos.

Las 4 medidas principales de la propuesta presidencial se aplican en los siguientes rubros: *acciones para respaldar la economía familiar; vivienda digna; apoyos para sectores especiales de la población y respaldo fiscal a la industria de la construcción.*³⁶

3. Viabilidad jurídica y económica

Las 4 grandes áreas del desarrollo social, todos elevados a la categoría de derecho humano o fundamental, la salud, las pensiones, la vivienda y apoyo contra el desempleo, constituyen o deben constituir los soportes de un proyecto visionario y duradero

³⁵ <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/01/21/1003906>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

³⁶ *Id.*

de seguridad social universal y éste no puede construirse sin la conjunción en perfecta avenencia, de los ámbitos jurídico y económico.

En el orden jurídico, tenemos importantes avances en materia de salud y de vivienda, pues ambos constituyen derechos públicos del pueblo de México, al estar contemplados como garantías individuales por nuestra Carta Magna y como derechos humanos, por distintos pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Gobierno Mexicano, sin soslayar las leyes reglamentarias que materializan estas prerrogativas, con lo cual su viabilidad es una realidad y no una posibilidad.

Con relación a la implementación de una pensión para los adultos mayores, así como la creación de un seguro de desempleo, los proyectos reguladores de ambos, se encuentran desde hace varios años ya en fase legislativa, pese a lo cual no se han consolidado. El vaticinio es que el resto del sexenio no se producirán cambios al respecto y seguiremos esperando su implementación, aunque lo ideal para la consolidación integral del proyecto de Enrique Peña Nieto, es su urgente aprobación.

Desde *la vertiente económica*, en general, siempre la seguridad social estará comprometida con aspectos financieros y macroeconómicos, donde cualquier cambio o innovación a realizarse exigirá el respaldo de dinero público y en ocasiones hasta privado; la proyección de una propuesta de seguridad social universal, no puede concretarse sin el aval del financiamiento y aportación del Estado, y más cuando se pretende brindar coberturas totales en aspectos como la salud o las pensiones.

Gerardo Gutiérrez Candiani, presidente del Consejo Coordinador Empresarial, refirió que *México se encuentra todavía lejos de consolidar un sistema de seguridad social con un paquete sólido de derechos, integral y económicamente sustentable, para poder hacer frente a los retos que plantea el futuro por la evolución demográfica.*³⁷

Tratándose de un país como México donde la deuda social es tan profunda y subsisten millones de personas bajo criterios de pobreza, la pretensión de dotarles de prestaciones básicas implica el compromiso de destinar importantes recursos a su puesta en práctica.

Recientemente, Macario Schettino afirmaba que

³⁷<http://www.elfinanciero.com.mx/sociedad/mexico-lejos-de-un-sistema-de-seguridad-social-consolidado>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

En salud gastamos cerca de 6.0 por ciento del PIB, y cinco puntos vienen del gobierno, en Salud, IMSS, ISSSTE y entidades federativas. Pero esta cantidad sí está muy lejos de lo que se gasta en países avanzados; en Europa el gasto promedio ronda 12 por ciento del PIB. Algo parecido ocurre en pensiones, en donde gastamos hoy tres puntos del PIB, pero está creciendo a un ritmo de un punto del PIB cada seis o siete años. Más exactamente, para 2025 serán 5.5 por ciento del PIB, 7.0 por ciento en 2030 y 9.0 por ciento en 2035.³⁸

Las cifras anteriores provienen de una etapa anterior a la pretendida implementación de la seguridad social universal, de lo cual se advierte que el porcentaje aumentará. *Para el año 2030, la salud universal costará 7.3% del PIB, y para el año 2050, representará el 9.2%. En cuanto a las pensiones, para el año 2030, las pensiones universales representará el 4.6% del PIB, y para el año 2050, será del 5.0%.³⁹*

IV] Conclusiones

La materialización de la seguridad social en los individuos, simboliza la satisfacción de sus más elementales necesidades y lo alejan de la incertidumbre de su devenir vital y constituye un derecho humano, reconocido por el derecho nacional e internacional.

Un modelo integral de seguridad social, debe comprender cuando menos cuatro aspectos básicos: cobertura universal en salud, pensión mínima para los adultos mayores, implementación de un seguro de desempleo y financiamiento de vivienda digna y decorosa; la suma de todos ellos constituyen componentes integradores del modelo.

La propuesta de implementación de un modelo de seguridad social universal, realizada por el Presidente de México Enrique Peña Nieto desde el día de su toma de protesta, adolece de una puntualización de los componentes constitutivos de su modelo, y reducirlo al establecimiento de una pensión para los adultos mayores, tal como está anunciada en su Sexta Decisión presidencial, deviene en una imprecisión conceptual, por lo cual debió comprometerlo con todos los derechos y prestaciones señaladas.

³⁸ <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/gasto-social.html>, fecha de consulta: 24-Nov-2017.

³⁹ LÓPEZ CASTAÑEDA, Carla Beatriz, *Op. Cit.* p. 97.

En México, la salud y a la vivienda, constituyen sendos derechos reconocidos por el artículo 4 Constitucional y por sus Leyes reglamentarias respectivas; la pensión universal para los adultos mayores y el seguro de desempleo constituyen proyectos legislativos inconclusos, sin fecha programada de terminación.

Por el tiempo transcurrido, las implicaciones conceptuales, nuestra realidad económica y la magnitud del compromiso adoptado por el Gobierno Federal, se considera que se ha incumplido el compromiso de implementar un modelo de seguridad social universal en México y se afirma que las condiciones económicas no son las idóneas para concretarlo y la adopción de los cambios jurídicos necesarios para su consecución siguen pendientes.

Con todo y pese al incumplimiento, la seguridad social, la protección social y el desarrollo social, han salido victoriosos del lance, puesto que hoy tenemos numerosos académicos y especialistas volcados en actividad crítica y propositiva y a millones de mexicanos esperanzados y necesitados de la consolidación y puesta en marcha de un sistema de seguridad social universal.

Bibliografía

- BRICEÑO RUIZ, Alberto. *Derecho de la seguridad social*, Edit. Oxford, México D.F., 2010.
- CARREÓN, Víctor et al., "Protección Social Universal". En: Fausto Hernández Trillo, *Infraestructura y cobertura universal en salud*. CIDE. México, 2012.
- CULEBRO MORENO, Jorge E. y ARELLANO GAULT, David, "Protección Social Universal". En: Fausto Hernández Trillo, *Reformas en los sistemas de seguridad social en México: una visión organizacional*, CIDE. México, 2012.
- LÓPEZ CASTAÑEDA, Carla Beatriz, *El costo de un sistema de seguridad social universal basado en la demanda efectiva por servicios de salud públicos*. VIlex México, Núm. 11-2013, Diciembre 2013.
- NARRO ROBLES, José et al., *Hacia un nuevo modelo de seguridad social*, Revista Economía UNAM, Vol. 7, Núm. 20, México, May-Ago 2010.
- OLLERO TASSARA, Andrés, "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía", de SALDAÑA, Javier (Coord.) *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- ORTEGA Y GASET, José. *En torno a Galileo*, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1965.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo derecho de la Seguridad Social*, Edit. Porrúa, 14ª Edición, México, 2013.

RUSSO, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantías*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1992.

SCOTT, John, "Protección Social Universal". En: Fausto Hernández Trillo, *Seguridad social universal. Retos para su implementación en México*. CIDE. México, 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Las garantías sociales*, 2ª Edición, Edit. Comité de Publicaciones SCJN, México, 2005.

TEPACH MARCIAL, Reyes, *Análisis de la seguridad social universal en la vertiente de la pensión para los adultos mayores de México*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 2015.

Fecha de recepción: 23 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2018

Brazil and Mexico Cooperation and Facilitation Investment Agreement: An Analysis of the Structure of the Agreement

MAYRA TORRALBA¹

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *The landscape of investment protection treaties.* III. *The situation of the parties of the agreement: Mexico.* IV. *The situation of the Parties: Brazil.* V. *Structure of the agreement.* VI. *Conclusion.*

Abstract. Even though Bilateral Investment Treaties (BITs) have been the main source to promote and regulate international investment law, the practice has shown that BITs are not responding optimally to the economic necessities of some States. As an alternative, Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) intend to foster dynamism in investment relations between countries by transforming the investment policy in order to attain sustainable development, inclusive economic growth, as well as reducing risks and preventing disputes. We can now see reflected in practice these advantages, standing out the CFIA concluded between Mexico and Brazil, which main characteristics are: the promotion of dialogue between investors and governments through organisms such as Ombudsman or Focal points; the use of agendas, which help to identify specific issues related to foreign investment and their solutions; and the creation of dispute prevention mechanisms. This new investment regime tends to create longer and more dynamic relations between States and investors, and it comprises more aspects that could be affected by Investment Law such as social, labor, environmental and corporate matters. This article exposes a critical analysis of the background, the socio-economic context of the Parties to the treaty, as well as the legal framework of the CFIA concluded between Mexico and Brazil.²

¹ Professor of International Commerce Law, International Public Law, and International Private Law at Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² Glossary:

BIT: Bilateral Investment Treaty;

CAMEX: Brazilian Chamber of Foreign Trade

CFIA: Cooperation and Facilitation Investment Agreement

Keywords: Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA), Foreign Direct Investment (FDI), Focal Points, Ombudsman, Mexico, and Brazil

Resumen. Si bien los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) han sido la principal fuente para promover y regular el derecho internacional sobre inversiones, la práctica ha demostrado que los TBI no responden de manera óptima a las necesidades económicas de algunos Estados. Como alternativa, los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) pretenden fomentar el dinamismo en las relaciones de inversión entre países mediante la transformación de las políticas de inversión con la finalidad de procurar un desarrollo sostenible, un crecimiento económico inclusivo, así como la reducción de riesgos y la prevención de disputas. Actualmente podemos ver reflejadas en la práctica dichas ventajas, destacando el ACFI celebrado entre México y Brasil, cuyas principales características son: la promoción del diálogo entre inversores y gobiernos a través de organismos como Ombudsman o puntos focales; el uso de agendas, que ayudan a identificar problemas específicos respecto la inversión extranjera y sus soluciones; y la creación de mecanismos de prevención de disputas. Este nuevo régimen de inversión tiende a crear relaciones más largas y más dinámicas entre los Estados y los inversores, y comprende más aspectos que podrían verse afectados por el derecho de inversiones, como los asuntos sociales, laborales, ambientales y corporativos. El presente artículo expone un análisis crítico de los antecedentes, el contexto socio-económico de los Estados parte del tratado, así como el marco jurídico del ACFI celebrado entre México y Brasil.

FDI: Foreign Direct Investment

FTA: Free Trade Agreement

GATT: General Agreement on Tariffs and Trade

GTEX: Group for Strategic Studies on Foreign Trade

ICSID: International Centre for Settlement Investment Disputes

MCID: Ministry of Industry, Development and Commerce

MFN: Most Favored Nations

NAFTA: North America Free Trade Agreement

NGO: Non-Governmental Organizations

OECD: Organization for Economic Cooperation and Development

OID: Ombudsman for Direct Investments.

TPP: Trans Pacific Partnership

UNCITRAL: United National Commission for International Trade Law

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development

Palabras clave: *Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI), Inversión Extranjera Directa (IED), Puntos Focales, Ombudsman, México y Brasil*

I | Introduction

In the absence of a comprehensive multilateral agreement on investment, cross-border investment flows are currently governed by bilateral investment treaties along with investment chapters in FTAs.

Bilateral Investment treaties (BITs) are the primary source of international investment law to protect and promote cross-border investment flows. The first BIT was signed between Germany and Pakistan in 1959. Today, there are more than 3,000 BITs. Nevertheless, during the last 10 years, many countries have been revisiting their legislation applicable to the foreign investment and BITs agreements have been modified in order to bring uniformity and coherence in treaty interpretations, this tendency and the changing pattern of global investment flows are the main reasons motivating that the landscape of BITs is quickly evolving.

Brazil, typically considered as receptor of foreign investments, abandoned 14 BITs signed in the 1990s after some of them were rejected by its Congress; in 2008, Ecuador abandoned two non-ratified BITs (with Honduras and Nicaragua); about 130 BITs have been replaced in Germany, China, Egypt, Romania and Morocco and most recently, in January 2017, the United States publicly stated its intention not to become a party to the TPP.

Main criticisms regarding BITs deal with: lack of legal consistency of decisions, high financial cost of arbitration procedures and compensations, restriction to the regulatory discretion of States and high political costs; the reform in act replaces outdated BIT's by substituting them with new ones; for instance, The Canada–EU CETA 2016 replaces eight prior BITs between Canada and EU member States (Article 30.8.). New treaties can be concluded by the same treaty partners or by a larger group of countries. For replacement to be effective, countries need to be mindful of termination provisions in the earlier agreement, including how to ensure effective transition from the old to the new treaty regime and how to deal with any survival clause. It requires participation of a treaty partner or partners with similar views, it can be cost-and-time intensive and requires effective transition between the old and the new treaties.

Current replacement examples include the CFIA's (The Cooperation and Facilitation Investment Agreements), an

innovative alternative that seeks to overcome limitations by fostering a more dynamic and long-term relation between the parties. Constant cooperation among governmental agencies and deference to domestic legislation can be considered the leading notions behind this model agreement, which offers an alternative to the current international investment regime. By ratifying a CFIA, the Parties express the understanding that the benefit to the home country must come not only from capital exports, but also from the overall impact that investment from the home country will have on the host country, such as employment of local labor. CFIA Agreements also encourages the adoption of social, environmental and corporate responsibility standards and creates an obligation on the investors and the investments to attempt (i.e. an obligation of means/best efforts) to observe principles of corporate social responsibility.

II] The landscape of investment protection treaties

After analyzing investment flows from 20 OECD countries to 31 developing countries during 1980-2000, a United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) survey found that treaties act more as complements than as substitutes for good institutional quality and local property rights; it pointed out that the rights given to foreign investors may exceed those enjoyed by domestic investors and expose policy-makers to potentially large-scale liabilities that curtail the feasibility of different reform options. Over a 20-year period of analysis, the report found little evidence that BITs stimulated investment; numerous countries that have ratified BIT agreements are having difficulties attracting FDI, particularly in sub-Saharan Africa. On the other hand, Japan, the second largest source of Foreign Direct Investment in the world, has signed only four BITs; the US does not hold a BIT with China, despite China is the largest developing country destination for US Foreign Direct Investment; Brazil, a receiver of substantial Foreign Direct Investment, and does not hold any ratified BIT agreements. So, the question is: are BITs the best alternative?

Alternatives to this situation and its framing rules have been rare in the last 40 years; but, according to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), throughout the 90's, the number of signed BITs decreased significantly while the Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) increased.

Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) can be considered a pragmatic response to the system,

leaded by Brazil and based on his domestic needs and geo-economic position.

The CFIA agreement between Brazil and Mexico was signed in May, 2015 in two official languages: Spanish and Portuguese, a free translation into English has been elaborated by the author since during the elaboration of the present essay no English official version was available.

The CFIA model was designed taking into consideration economic specificities of a developing country such as Brazil: a historical recipient of foreign investment, a latecomer exporter of capital, and the current combination of both, favoring the triangulation of foreign investments abroad. In this context, the ACFIs have definitely brought new elements to the international investment scene. In the case of Brazil and Mexico CFIA, the agreement comprises rules for investment and investor protection and diplomatic and cooperative mechanisms for implementing, overseeing and enforcing the parties' obligations.

The parties of the Brazil and Mexico CFIA committed to exchange relevant information on business opportunities and procedures and conditions for investment, particularly by means of the Joint Committee and the Focal Points. The Joint Committee obtained the mandate to develop thematic agendas of cooperation and facilitation in areas relevant to promote and increase bilateral investments and to coordinate their implementation through specific commitments.

In order to mitigate the risk, the agreement also includes corporate social responsibility clauses, encouraging foreign investors to respect human rights and environmental laws in the host state.

III] The situation of the parties of the agreement: Mexico

More than 20 years ago, Mexico embarked on a major modernization of its international economic relations. The new trend officially began in 1986, when Mexico acceded to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), very soon Mexico's strategy showed also an interest in the promotion and protection of investments. In 1994, the country signed the North American Free Trade Agreement (NAFTA) together with Canada and the

United States, which contains a section (Chapter 11) specifically devoted to investment.³

Mexico concluded its BIT with Spain, in 1995. In the following years, it entered into 28 BITs. Alongside BITs, Mexico has signed several Free Trade Agreements (FTAs), mostly with its Latin American partners. These agreements are much broader in scope and more extensive than BITs and may also include a chapter devoted to investment.

Dispute settlement provisions signed by Mexico are very detailed and largely inspired by the analogous section of the NAFTA Agreement; the scope of the sections concerning the settlement of disputes between investors and contracting States clearly identifies the protection of the foreign investor giving to him the choice to submit the claim under the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility Rules and the UNCITRAL Rules.

Mexico has already an investment policy based on BITs that provide for arbitral tribunals to rule over investments made in its territory and include ICSID as dispute settlement mechanism; Mexico has already experienced investor-state arbitration under ICSID/AFR and UNCITRAL.

On the road for the becoming a hub of foreign investment; Mexico has to deal not only with its BITs (29 agreements) but also with the awards emerged from the North American Free Trade Agreement (NAFTA). NAFTA governs U.S. and Canadian investment in Mexico, foreign investors are protected under NAFTA by broad standards on expropriation, non-discrimination and fair and equitable treatment but according to recent decisions a need is required for a limit to the expansive interpretations of NAFTA tribunals since the past decisions of some NAFTA tribunals have interpreted these standards in an overly expansive, pro-investor direction (in its review of the Metalclad award against Mexico, the British Columbia Supreme Court observed with respect to the tribunal's definition of 'indirect expropriation':

[...] The Tribunal gave an extremely broad definition of expropriation for the purposes of Article 1110. In addition to the more conventional notion of expropriation involving a taking of property, the Tribunal held that expropriation under the NAFTA

³ Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement: Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, Organization of American States (OAS), July 31, 2001, http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_e.asp, last visited: May 1st, 2018.

includes covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property [...].⁴

This calls for clarification that the treaty does not require payment of public compensation to investors where they are affected negatively by laws or regulations passed in good faith for a public purpose. It is likely that governments in each NAFTA state have been influenced in their regulatory decisions by the risk of a NAFTA claim.

Various studies have highlighted the danger that NAFTA frustrate government efforts to protect health and the environment, preserve natural resources, counteract climate change, promote economic development, regulate utilities and deliver government services, make zoning decisions, reform health care, or regulate the financial sector.

It is difficult to establish definitively that any particular measure was abandoned as a result of a NAFTA claim. However, it appears that various government measures have been withdrawn in the face of threatened claims. Documented cases include, for example, withdrawn proposals in one NAFTA country to require plain packaging of cigarettes, to establish public auto insurance, and to privatize a water filtration plant.

In addition to NAFTA, Mexico's FTAs with investment clauses include Bolivia, Chile, Costa Rica, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Japan and Nicaragua.

Mexico has also enacted formal BIT agreements with 29 countries: 16 European Union countries (Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Netherlands, Portugal, Slovakia, Spain, Sweden, and the United Kingdom) as well as Argentina, Australia, Belarus, China, Cuba, Iceland, India, Panama, Slovakia, South Korea, Switzerland, Trinidad and Tobago, and Uruguay.

IV] The situation of the parties: Brazil

Brazil has attracted a huge amount of foreign direct investment, especially after the 1991, time when the privatization process started and is also the largest exporting capital of the Latin America region (in 2006 outward investment flows were higher than

⁴ United Mexican States vs. Metalclad Corporation (2001). World Trade and Arbitration Materials, 13(5), 219 (British Columbia Supreme Court), para. 99.

inward investment flows) but Brazil has not signed the ICSID Convention and has not ratified BITs;

In the 1990s, Brazil signed BITs with 14 countries but strong political opposition by Congress impeded the country from ratifying any of the proposed agreements. Brazil then became known as one of the few top economies without BITs. Brazil is also one of the countries that decided not to ratify the ICSID Convention. According to the delegation negotiating the agreement with Mexico; Brazil does not object to ICSID as a forum to resolve investment disputes, but it objects the system of investor-state arbitration in general, whether ICSID or non-ICSID, when dealing with investment disputes.

Its main objection remains the investor-state arbitration option since Brazil is quite successful in solving problems encountered by foreign investors through diplomatic means.

It also be noted that Brazil finds a serious impediment to investor-state arbitration in its Constitution in the first place and the related Calvo Doctrine that it embraces. This doctrine provides for national courts of the host state to rule over investments made in its territory and is also a Doctrine applied in Mexico.

During the last ten years, The Ministry of Industry, Development and Commerce (MDIC) looked for alternative formats for the regulation of investments at the international level. Such efforts first considered external relations with MERCOSUR and other South American countries and later became a broader policy concerning Africa, Asia and Latin America. In 2012 the Brazilian Chamber of Foreign Trade (CAMEX) granted a formal mandate to a Technical Group for Strategic Studies on Foreign Trade (GTEX) to work on the drafting of a new investment agreement sensitive to Brazilian needs; GTEX initiated consultations with the private sector in Brazil (in that moment, Brazilian firms had invested US\$355 billion abroad) and recommended the creation of a new type of investment agreement.

The Brazilian Ministry of Development, Industry and Commerce (MDIC) led the preparation of the model, collaborating with the Ministry of Foreign Relations, the Ministry of Labor and Employment, the National Confederation of Industries, the Federation of Industries of the State of São Paulo and the Central Bank of Brazil. The new investment treaty model was supposed to be a dynamic instrument that leaves space for the gradual construction of specific commitments between the Parties to be detailed in annexes or additional protocols to the agreement; the

rules regulating litigation are the most important part of the investment agreement since those affect not only the business environment and the effort to attract investments but also the State's regulatory capacity to pursue public interest needs through legitimate policies in the fields of health, environment, security.

In the past, one of the major criticisms to Brazil's investment policy is its failure to grant protection to its own companies abroad: Petrobras, a leading Brazilian company, was subject to expropriation measures by the government of Bolivia. Another Brazilian company, Odebrecht, had to initiate proceedings under a third country BIT and bring actions through a Dutch subsidiary; it looks like time has come for Brazil to take a step forward and consider changing its actual investment policy, in order to better respond to the needs of its investors as well.

According to the Brazilian delegation headed the negotiations, the goals of the new model of Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) were: overcoming legal difficulties and failures of traditional BITs, attending the needs of investors in a concrete and pragmatic manner and give attention to the development strategy of host countries.

The CFIA would ensure *disclosure of business opportunities, exchange of information about regulations and an adequate mechanism for the prevention and, eventually, settlement of disputes [...]* said the Brazilian delegation at the negotiations of CFIA with Mexico.

After three years implementing the new strategy, in 2015 Brazil signed CFIA with Mozambique, Angola, Malawi, Mexico, Colombia and Chile and there are ongoing negotiations with South Africa, Algeria, Malawi, Morocco, Peru, India and Jordan.

V] Structure of the agreement

On the analysis of the clauses is clear that CFIA are strongly different from the traditional BIT regime; CFIA focus primarily on cooperation and investment facilitation and, by excluding investor-state arbitration, the CFIA promote amicable ways to settle investment disputes. On this part of the document, special reference will be made to the Spanish version of the CFIA text since there is no official translation into English.

1. Preamble.- Unlike the treaties with Angola and Mozambique, the treaty with Mexico explicitly acknowledges *the need to promote and protect investments due to their essential role in the promotion of sustainable development, economic*

growth, poverty reduction, job creation, expansion of productive capacity and human development.⁵

This part of the agreement fully complies with the Brazilian draft bringing to the negotiations and no further modifications were required by Mexican delegation.

2. Scope of the agreement and definitions.- The definition of investment plays an essential role, since the CFIA covers only Foreign Direct Investment, which is the kind of investment seen as able to play a more decisive role in the development of the states.

Artículo 3. [...] 1.2. Inversión significa cualquier tipo de bien o derecho perteneciente o bajo control directo o indirecto de un inversionista de una Parte establecido o adquirido de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte en el territorio de esa otra Parte, vinculado con la producción de bienes o prestación de servicios en el Estado anfitrión por el inversionista de la otra Parte con el fin de establecer relaciones económicas de larga duración, tales como:

- a) una sociedad, empresa, participaciones sociales (equity) u otros tipos de participaciones en una sociedad o empresa;*
- b) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales;*
- c) instrumentos de deuda de una empresa; [...]*
- d) un préstamo a una empresa; [...]*
- e) los derechos de propiedad intelectual tal como se define o se hace referencia en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial del Comercio relacionados con el Comercio (ADPIC);*
- f) el valor económico de la concesión, licencia o autorización otorgada por el Estado anfitrión al inversionista de la otra parte [...].⁶*

The definition of foreign investment remains subject to domestic law, the agreement establishes that each Party shall admit the investments of investors of the other Party, in accordance with

⁵ *Reconociendo la necesidad de promover y proteger las inversiones por su papel fundamental en la promoción del desarrollo sostenible, del crecimiento económico; de la reducción de la pobreza, de la creación de empleo, de la expansión de la capacidad productiva y del desarrollo humano.* Senado de la República, Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, p. 1, signed on May 26 2015; ratified and published in the Diario Oficial de la Federación on November 14 2017, http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-11-14-1/assets/documentos/Instrumento_Mex_Brasil.pdf, last visited: May 1st, 2018.

⁶ *Ibidem*, pp. 3 and 4.

its applicable laws and regulations. It expressly applies to all investments, whether made before or after their entry into force but is not possible to invoke the agreements to question disputes finally solved before its entry into force.

The definition of investor includes both natural and legal persons who are nationals of one state (including permanent residents, in the case of Brazil) who make an investment in the other state. Legal persons must be structured in accordance with home state law and have the center of their economic activities in home state territory. Legal persons established in a third state can also qualify if a natural or legal person of the host state controls them.

Portfolio investments are explicitly excluded from the scope of the CFAs, since they encompass essentially short-term and speculative investment:

Para mayor certeza el término inversión no incluye: i) títulos de deuda emitidos por un Gobierno o préstamo a un Gobierno; ii) las inversiones de cartera; y iii) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por parte de una empresa nacional o en el territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte, o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, o cualesquiera otras reclamaciones pecuniarias que no implican a los tipos de interés dispuestos en los incisos anteriores.⁷

Foreign investors and investments shall strive to carry out the highest level possible of contributions to the sustainable development of the host State and the local community, but it is not clearly defined if National Treatment clause and MFN provisions are extended to the pre-establishment phase:

Artículo 5. No discriminación. Sin perjuicio de las excepciones establecidas por su legislación en la fecha en que el presente acuerdo entre en vigor, una Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte y sus inversiones, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas y sus inversiones. Lo dispuesto en este Artículo no impide la adopción y aplicación de nuevos requisitos o restricciones legales a los inversionistas y sus inversiones siempre y cuando no sean discriminatorios. Se considerará que un trato es menos favorable si modifica las condiciones de competencia a favor de sus propios inversionistas y sus inversiones en comparación con los inversionistas de la otra Parte y sus inversiones.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁸ *Ibidem*, p. 5.

3. Regulatory measures and risk mitigation.- The national treatment and most-favored-nation (MFN) treatment clauses establish that foreign investors must be treated no less favorably than domestic investors or investors from third parties. A few existing exceptions are preserved, such as the prohibition of investments in border regions. The model does not limit new public policy measures, if they are not discriminatory.

There also are articles on transparency:

Artículo 8. Transparencia. [...] 2. Cada parte garantizará que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general relativos a cualquier asunto cubierto por el presente Acuerdo, en particular con respecto de la calificación, la concesión de licencias y la certificación, sean publicados inmediatamente y puestos a disposición, en la medida de lo posible, en formato electrónico, de manera tal que se permita que las personas interesadas y la otra parte tengan conocimiento de los mismos.⁹

There are also dispositions on the freedom of investment-related transfers, which states the following:

Artículo 9. Transferencias. Las Partes permitirán la libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión, sin demora, en una moneda de libre uso o al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia.

On the other hand, there is also an article about expropriation, which determines that direct expropriations are not allowed, unless they are made: i) in the public interest; ii) in a non-discriminatory way; iii) in accordance with due process of law; and iv) on payment of effective compensation.

The expropriation article does not cover indirect expropriation:

Artículo 6. Expropiación. 1. Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos:

1.1. Las Partes no podrán nacionalizar ni expropiar las inversiones cubiertas por el presente Acuerdo, salvo que sea: a) por utilidad o interés públicos; b) de forma no discriminatoria; c) mediante el pago de una compensación, de conformidad con los párrafos 1.2. a 1.4.; y d) de conformidad con el debido proceso legal.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

1.2. La indemnización deberá: a) ser pagada en su totalidad sin demoras indebidas; b) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación efectiva, en adelante fecha de valoración; c) no reflejar un cambio negativo en el valor de mercado debido al conocimiento de la intención de expropiar, antes de la fecha de valoración, y d) ser libremente transferible, de conformidad con el Artículo sobre Transferencias.¹⁰

4. Institutional governance.- Under the CFIA's, each partner state must create a centralized mechanism (Ombudsman or Focal Point) to receive investors' queries and demands. The Ombudsman shall analyze the demands and questions posed and, by coordinating itself with the governmental entities related to the issue through expedited proceedings, shall provide the investor with an answer or solution. The objective is that foreign investors have at their disposal effective means to overcome hardships and challenges faced to make and maintain the investment and to foster a good business environment.

Artículo 15. Puntos focales u Ombudsman.

1. Cada Parte designará un Punto Focal Nacional u Ombudsman, que tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de la otra Parte en su territorio.

2. En Brasil, el Ombudsman será la Cámara de Comercio Exterior – CAMEX.

3. En los Estados Unidos Mexicanos, el Punto Focal Nacional será la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

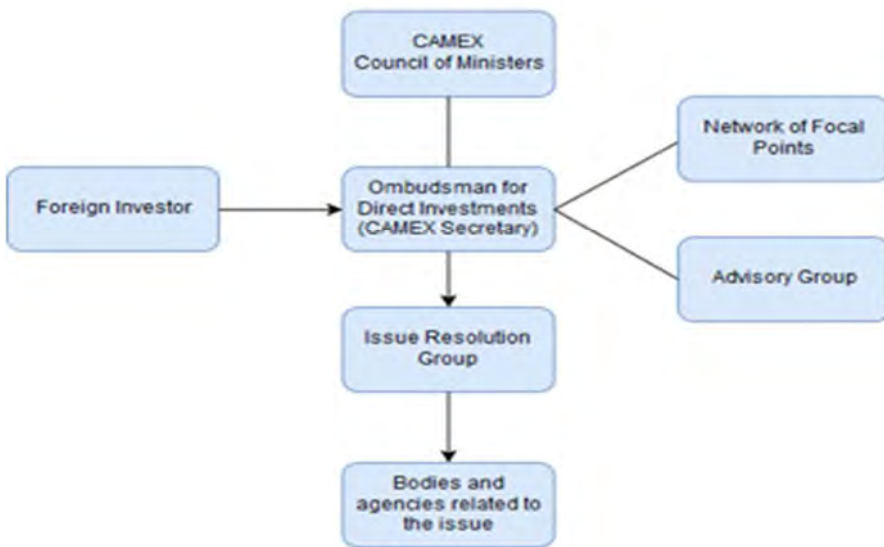
4. El punto focal nacional u Ombudsman, entre otras responsabilidades, deberá: a. Esforzarse para atender las directrices del Comité Conjunto e interactuar con el Punto Focal Nacional de la otra Parte, de conformidad con el presente acuerdo; b. Interactuar con las autoridades gubernamentales pertinentes para evaluar y recomendar, cuando sea aplicable, las sugerencias o las reclamaciones recibidas por parte del Gobierno y los inversionistas de la otra Parte, proporcionando información al Gobierno o inversionistas interesados a cerca de los compromisos derivados de tales sugerencias y quejas; c. Mitigar los conflictos y facilitar su resolución en coordinación con las autoridades gubernamentales pertinentes y en colaboración con las entidades privadas pertinentes; d. Proporcionar a las partes información oportuna y útil sobre temas de la regulación de la inversión en general o en proyectos específicos, y e. Informar al

¹⁰ *Ibidem*, pp. 6 and 7.

*Comité Conjunto sus actividades y acciones, cuando sea aplicable.*¹¹

The Focal Point was established in Brazil by Decree n. 8.863/2016 and is named *Ombudsman for Direct Investments (OID)*. It was included in the structure of the Foreign Commerce Chamber, the inter-ministerial body in charge of the trade and investment policy in Brazil.

THE BRAZILIAN OMBUDSMAN FOR DIRECT INVESTMENT



In Mexico, the Focal Point is a not-permanent commission composed by 10 representatives of Governmental Secretaries and Headed by the Ministry of Trade.

The CFIA's also innovate through the constitution of a Joint Committee for state-to-state cooperation and dispute prevention. The Joint Committee composed of government representatives of both parties is responsible for monitoring the implementation of the Agreement, sharing investment opportunities, coordinating cooperation agendas and, especially, preventing disputes.

The Joint Committee operates at the state-to-state level. Main functions of the Joint Committee are: a) monitoring the implementation of the CFIA's; b) discuss and share opportunities for reciprocal investment; c) coordinate the implementation of thematic agendas; d) seek the participation of the private sector

¹¹ *Ibidem*, p. 13.

and civil society on relevant issues related to the work of the committee;

5. Agenda for Further Investment Cooperation and Facilitation.- The CIFA creates a Joint Committee of government representatives of both parties, which is responsible for monitoring the implementation of the CIFA, discussing and sharing investment opportunities, and coordinating the implementation of the cooperation and facilitation agendas.

The Joint Committee may invite the private sector and civil society to participate when appropriate. The parties may also create ad hoc working groups, in which, with the Joint Committee's permission, the private sector may participate. Another function is seeking consensus and amicably resolving investment questions or conflicts.

The cooperation aspect of the Joint Committee's attributions is exercised especially through the development of the Agenda for Further Cooperation and Facilitation, which can include themes such as business visa facilitation, exchange of legislation information and logistics. These topics move forward depending on the common interest of the partner states. Therefore, the agenda is intended to be a living document, which can be adapted to each case, including topics of mutual interest. Investment facilitation provisions during the negotiations were mostly concerned with market access. Measures such as visa policy and the regularity of flights were considered basic needs for the effective promotion of investment flows.

6. The Dispute settlement mechanism.- According to many authors, the current BITs regime has failed to address the balance of rights and responsibilities of foreign investors as it offers numerous legal rights for investors without requiring corresponding responsibilities for them; legitimate questions are being raised on the cost and procedure of arbitration, expansive interpretations by arbitral tribunals and the inconsistency of awards.

The CIFAs propose a new approach by mandating the Focal Points and the Joint Committee to prevent, manage and solve disputes between the states. In particular, prior to the initiation of an arbitral proceeding, any dispute is subject to assessment, by means of consultations and negotiations, and to a preliminary examination by the Joint Committee.

Artículo 14. Comité Conjunto para la administración del Acuerdo. [...] 4. El Comité Conjunto tendrá las siguientes funciones y responsabilidades: a) Supervisar la aplicación y ejecución del presente acuerdo; b) Discutir y compartir oportunidades para la

expansión de la inversión mutua; c) Coordinar la aplicación de la cooperación mutuamente acordada y programas de facilitación; d) Consultar al sector privado y a la sociedad civil, cuando resulte pertinente, sobre cuestiones específicas relacionadas con los trabajos del Comité Conjunto; e) Resolver las cuestiones o controversias relativas a inversiones de las Partes de manera amistosa; f) Implementar, cuando resulte aplicable, las reglas de solución de controversias arbitrales entre Estados.¹²

Foreign investment-related claims under the ACFIs are addressed in two different manners: On first place, a dispute prevention mechanism that can be accessed by both investors and States:

Artículo 18. Prevención de controversias. [...] 2. Antes de iniciar un procedimiento de arbitraje, de conformidad con el artículo 19 del presente Acuerdo, toda controversia entre las Partes se evaluará a través de consultas y negociaciones entre las Partes y será previamente examinada por el Comité Conjunto [...].¹³

While the second manner is a dispute settlement phase, comprising a State-to-State arbitration. The system of Investor-to-State Dispute Settlement has become subject to increased public scrutiny in recent years. Investment policy makers, negotiators, stakeholders and inter-governmental organizations in many countries are engaged in a reflection process about possible reforms of the system. The idea of creating a new system for the resolution of investment disputes has emerged during the negotiations of CFIA in order to improve the current system and address its perceived limitations in terms of legitimacy, transparency, predictability and legal correctness.

The procedure for a state to submit a claim to the Joint Committee on behalf of an investor is established as follows:

a) To initiate the proceeding, the home state of the investor presents a written request to the Joint Committee, specifying the name of the investor and the challenges or difficulties faced, the home state may summon a meeting of the Joint Committee within 30 days.

b) The Joint Committee has 60 days, extendable by mutual agreement and upon justification for another 60 days, to present information pertinent to the case; this is also the time limit for the Joint Committee to issue its summary report.

¹² *Ibidem*, p. 12.

¹³ *Ibidem*, p. 16.

c) Representatives of the investor, of government entities and NGOs involved may participate in the meetings.

d) Except for the summary report, all documents and meetings of the proceedings are confidential.

The CFIA clarifies that the objective of the arbitration is to bring any non-conforming measures into conformity with the treaty. Only upon specific agreement of the Parties, may the tribunal assess damages and grant compensation. If granted, the state must transfer it to the holder of the rights to the investment after deducting arbitration costs.

As usual in state-state arbitration mechanisms, the CFIA ensures that the appointing authority may not be a national of either of the disputing states.

Arbitral tribunals are given the power to determine their own procedure and to issue a majority decision that is binding on both parties. They must issue their decision within six months of the nomination of the president of the tribunal, unless the parties agree otherwise.

The dispute prevention component works through a mechanism in which representatives of the investors and governments involved can share their views on the issue raised by the investors and look for a solution on a common ground. If the parties fail to find a common ground, the states involved can initiate international arbitration as a last resort.

The CFIA does not provide for investor–state arbitration. The main purpose of the state–state arbitration is to determine whether the host state violated any of the disciplines of the agreement and, if so, recommend that the state adjust or eliminate its nonconforming measure.

To initiate the proceeding, the home state of the investor presents a written request to the Joint Committee, specifying the name of the investor and the challenges or difficulties faced; the CFIA clarifies that the home state may call for a meeting of the Joint Committee within 30 days.

Another important issue raised during the negotiations was the importance to ensure the credibility of the multilateral investment dispute settlement mechanism, by establishing adjudicators with unquestionable independence, neutrality and impartiality when hearing and solving investment disputes; to this end, article 19 provides that the arbiters must have the necessary experience or expertise in Public International Law, international investment rules or international trade; be independent of and not be affiliated, directly or indirectly, with any of the Parties or with the other arbitrators or potential witnesses nor take instructions from the Parties; and comply

with the *Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* of the World Trade Organization.

Artículo 19. Solución de controversias entre las Parte. [...] 7. Los Árbitros deberán: a) Ser personas de alto nivel moral y tener la experiencia o experticia necesarias en Derecho Internacional Público y tener experticia reconocida en el área relacionada con la controversia; b) Ser independientes y no estar vinculados con alguna de las Partes, ni con los otros árbitros o potenciales testigos, directa o indirectamente, ni recibir instrucciones de las Partes, y c) Cumplir con las Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio en lo que sea aplicable a la controversia, o con cualquier otra norma de conducta establecida por el Comité Conjunto.¹⁴

About the prescription period for the presentation of a request during the negotiations, the Brazilian delegation suggested: a) a period of five years from the date on which the investor acquired or should have acquired knowledge of the facts leading to the dispute to present the dispute; b) the written establishment that the agreement may not be invoked to solve an investment dispute after that date.

Since no agreement was reached about the period of five years, the disposition is not part of the final binding version of the text.

VI] Conclusion

The Brazil and Mexico Investment agreement is a part of the countries' broader move to reshape their investment policy in accordance with objectives of sustainable development and inclusive economic growth, the agreement strongly relies on the activities of the Joint Committees of the bilateral partners and Focal Points in developing and implementing thematic agendas, reducing risks and preventing disputes.

The main pillars of the agreement are:

1. Enhance institutional governance through the establishment of Focal Points, Ombudsman and Joint Committees.- Focal Points are intended to promote dialogue between investors and the host country, and to promote and investment-friendly environment in the host country. Joint Committees have been

¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

designed to include representatives of both Parties to the CFIA for the purpose of *sharing opportunities for the expansion of mutual investment, monitoring the implementation of the agreement, preventing disputes and solving possible agreements in an amicable manner.*

Such Committees will also have the opportunity to establish working groups to discuss specific issues and have the discretion to invite private sector representative to participate in such groups.

2. The use of thematic agendas for investment cooperation and facilitation.- Thematic agendas are used to encourage and promote an investment-friendly environment. They can cover a vast array of specific issues of interest to the Parties and the investors regarding investment cooperation and facilitation, including business visas, corporate social responsibility, technical and environmental regulation, cooperation on currency remittance, and any other area deemed pertinent by the Parties.

New thematic agendas can be proposed and added by agreement to the CFIA, allowing for a more dynamic agreement capable of being gradually expanded through continuous negotiations between the Parties.

3. The establishment of mechanisms for risk mitigation and dispute prevention.- About innovations, the most important one in relation to other investment agreement models are: a) The introduction of clauses on corporate social responsibility based on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, this is mainly in line with Brazil's wish that investments must be socially responsible and contribute to sustainable development; and b) The absence of ISDS and the return to a means of diplomatic protection for enforcement of substantive obligations. By ensuring that Investor-State Arbitration is an exceptional remedy, the agreement increases the legal certainty needed by the investors and reduce the incidence of lack of legal consistency of decisions, high financial cost of arbitration procedures and compensations, and restriction to the regulatory discretion of States, identify as weak points of BIT regime.

In order to be effective, successful reform requires long time and strong internal structures for preparing and carrying out actions, with solid processes and implementation capacities from all the parties involved; in this case, even if only two years have been passed since the entry into force of the agreement; is already possible to see the positive repercussion of the model created by Brazil among relevant Mexican economic agents and partners.

Mexico is at the moment completely concentrated in the hard re-negotiation of NAFTA and the new approach of the Mexican

government towards the establishment of the same important pillars into the new NAFTA (less fragmented and more balanced regime, stable and predictable regulations, sustainable development objectives to become binding) shows that the model implemented through the CFIA seems to be heading in the right way.

Bibliography

CAMARGO, Ricardo, Trade: Brazil's New Protectionist Agenda, *Americas Quarterly*, Americas Society: Council of the Americas, winter, 2012, www.americasquarterly.org/node/3288, last visited: May 1st, 2018.

Foreign Trade Information System, North American Free Trade Agreement: Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, Organization of American States (OAS), July 31, 2001, http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_e.asp, last visited: May 1st, 2018.

GILLESPIE, Patrick, Brazil once had an All-Star economy. Now America is the stud, *CNN Money*, June 30, 2015, <http://money.cnn.com/2015/06/30/news/economy/brazil-us-economic-divide/>, last visited: May 1st, 2018.

GORDON, Kathryn et al., Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2015, 02, <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-02.pdf>, last visited: May 1st, 2018.

ICSID (International Centre for Settlement Investment Disputes), Database of ICSID Member States, World Bank Group, 2015, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, last visited: May 1st, 2018.

Mexico's President Peña Nieto faces 'perfect storm' of problems, derailed reform agenda, *PBS NewsHour*, January 6, 2015, www.pbs.org/newshour/bb/mexicos-president-nieto-faces-perfect-storm-problems-derailed-reform-agenda/, last visited: May 1st, 2018.

Senado de la República, Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, signed on May 26 2015; ratified and published in the *Diario Oficial de la Federación* on November 14 2017, http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-11-14-1/assets/documentos/Instrumento_Mex_Brasil.pdf, last visited: May 1st, 2018.

UNCTAD, Mexican Model of Investment Promotion and Protection Agreement, 2008, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2860>, last visited: May 1st, 2018.

UNCTAD. Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos,

2015,

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3459>, last visited: May 1st, 2018.

United Mexican States vs. Metalclad Corporation (2001), World Trade and Arbitration Materials, 13(5), 219 (British Columbia Supreme Court).

Fecha de recepción: 30 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2018

Abogados sin Ley, la Abogacía y el Derecho Fundamental a la Defensa

JORGE A. TORRES GONZÁLEZ¹

SUMARIO. I. *La abogacía y los derechos fundamentales.* II. *El derecho fundamental a la defensa. Un campo desregulado.* III. *Alternativas de regulación.*

Resumen. La abogacía, esa profesión dirigida a la defensa de los intereses de otras personas en los tribunales o frente a las autoridades, requiere de una regulación que reconozca la importancia que tiene la actividad del abogado en la consolidación del Estado de Derecho y de un sistema de justicia que permita proteger los derechos fundamentales de las personas. El autor, después de realizar un acertado análisis de la deficiente regulación vigente en México, propone alternativas para una mejor regulación, haciendo énfasis en la colegiación necesaria.

Palabras clave: Abogacía, derecho a la defensa, colegiación necesaria.

Abstract. *The legal profession, the profession seeking to defend the interests of others in court or before the authorities, requires a regulation that recognizes the importance of the job of the lawyer in the consolidation of the rule of law and a justice system that allows the protection of the fundamental rights of individuals. The author, after making an accurate analysis of the deficient regulation of the legal profession in Mexico, proposes alternatives for better regulation, emphasizing the need for compulsory membership.*

Keywords: *Legal profession, right to adequate defense, compulsory membership.*

I] La abogacía y los derechos fundamentales

¹ Profesor de Teoría General del Proceso y Obligaciones Civiles en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, Coordinador de la Comisión Anticorrupción de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Capítulo Jalisco A.C.

Mucho se ha escrito sobre la función de la abogacía, distinguida de otras profesiones jurídicas (como la judicatura, la fe pública o la academia) a las que puede aspirar un licenciado en derecho, precisamente por tratarse de *la actividad dirigida a la defensa de los intereses de otras personas ante autoridades y tribunales. El abogar consiste en la presentación y apoyo de las razones a favor de una persona ante quien ha de juzgar o decidir sobre ellas.*²

No toda actividad profesional del licenciado en derecho implica ejercer la abogacía, pero el título profesional es el requisito previo para su ejercicio; quizá el único relevante en la mayoría de los Estados de la República. La Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco que, con ciertas salvedades, entró en vigor el 1° de enero del año 2016, señala apenas unos cuantos requisitos adicionales en su artículo 13:

Artículo 13. Para ejercer en el Estado como profesionista de cualquier grado académico o especialidad, considerados en los planes de estudio impartidos por las instituciones del sistema educativo nacional o del extranjero, descentralizadas o particulares, con autorización o reconocimiento de validez oficial de estudios, se requiere:

- I. *Cédula expedida por la Dirección;*
- II. *Certificado de competencia profesional, si la actividad profesional se encuentra sujeta a certificación obligatoria;*
- III. *Estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles; y*
- IV. *Las demás que señale la Ley.*

Después de los dos fallidos intentos de regular a nivel nacional la actividad profesional del abogado (el primero en 2014 con la iniciativa de reforma a los artículos 5°, 28 y 73 de la Constitución Federal en materia de Colegiación y Certificación Obligatorias, y de Ley General para el Ejercicio Profesional Sujeto a Colegiación y Certificación Obligatorias; y el segundo en 2016 con la iniciativa de Ley General de la Abogacía Mexicana) podríamos señalar que la legislación jalisciense de 2016 es la más vanguardista del País al establecer ciertos mecanismos de control como serían la temporalidad limitada de la vigencia de la cédula profesional y la necesidad de certificación periódica de las competencias profesionales. Aun así, la Ley estatal ha sido objeto

² Cruz Barney, Oscar; *La Colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: la colegiación obligatoria de la abogacía en México*; Revista Derecho Constitucional No. 172, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Julio 2012.

de críticas e incluso impugnaciones de constitucionalidad resueltas, en nuestra opinión, de forma desafortunada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³

Quizá en México no ha permeado como debiera la importancia radical que tiene el ejercicio de la actividad del abogado en la consolidación del Estado de Derecho y de un sistema de justicia que permita proteger los derechos fundamentales de las personas. La actividad de la abogacía se sigue viendo, incluso por un amplio sector del propio gremio, como una actividad privada, en donde el beneficiario de los servicios se encuentra en libertad de elegir de entre las diferentes opciones que el *mercado legal* le presenta, en otras palabras, libre mercado. No extraña, bajo esta lógica, que hayan sido abogados quienes gestionaron el pronunciamiento de la Comisión Federal de Competencia Económica (enero de 2016) que calificó a la colegiación obligatoria como un mecanismo que atenta contra la libre competencia y puede generar barreras de entrada al ejercicio profesional.

En relación a los usuarios del servicio de la abogacía, bien podríamos proponer una clasificación de cuatro grupos, que distinga a aquellos que confían en la abogacía pero la perciben como un mal necesario (si pudieran evitarlo, lo harían), aquellos que confían en la abogacía como un mecanismo para brindar seguridad jurídica y protección de sus derechos, aquellos que la perciben como parte del sistema (pregúntesele a un recluso de prisión preventiva respecto a su defensor de oficio), y aquellos que conscientemente buscan los servicios de un abogado como mecanismo para corromper.

La Organización de las Naciones Unidas adoptó, en el marco del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, el 7 de septiembre de 1999, los Principios Básicos sobre la Función del Abogado, en los cuales señala que ... *la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.*⁴

³ Ver Amparo en Revisión 807/2017, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, disponible en:

Dos aspectos quiero resaltar de entre los muchos que pueden desprenderse de este pronunciamiento:

i.- El ejercicio de la abogacía no constituye solamente un servicio profesional de carácter privado. Se trata de una *condición necesaria para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del ser humano*.

ii.- No es casual que el pronunciamiento se haya hecho no sólo en relación a la abogacía, sino a la abogacía *independiente*.

Respecto del primero de los puntos señalaré que, si en la actualidad la principal fuente de legitimidad de un Estado es su capacidad de brindar un entorno mínimo de seguridad y protección a los derechos humanos y libertades fundamentales de los individuos sujetos a su tutela, entonces debe considerarse que la abogacía es parte fundamental de una función pública y no puede ni debe subsumirse solamente en el marco de un contrato privado de prestación de servicios profesionales. No se trata de competencia de libre mercado, sino de garantizar el acceso efectivo de las personas y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y, en última instancia, al sistema de justicia.

Respecto del segundo de los puntos señalaré que cumplir tan alta función, sólo le es posible a la abogacía independiente, es decir, aquella que es capaz de desarrollar sus actividades protegida de injerencias indebidas, sea de los entes públicos, sea de los particulares.

Para la Organización de las Naciones Unidas, esto es viable a través de la asociación profesional de los abogados. Señalan también los ya citados Principios Básicos sobre la Función del Abogado:

Asociaciones profesionales de abogados

24. Los abogados estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional. El órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas.

25. Las asociaciones profesionales de abogados cooperarán con los gobiernos para garantizar que todas las personas tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y que los abogados estén en condiciones de asesorar a sus clientes sin injerencias indebidas, de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconoce a su profesión.

https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_C_P_and_CJ_Spanish.pdf, consultado el 31 de mayo de 2018.

La realidad en nuestro País dista mucho de llegar a ese ideal por diversas razones. Me referiré sólo a tres:

En primer término, por la tremenda desigualdad económica que existe en el País. Según el reporte *México Justo* de OXFAM México publicado en enero 2018,⁵ *México está dentro del 25% de los países con mayores niveles de desigualdad en el mundo; somos un país donde las 10 personas mexicanas más ricas tienen la misma riqueza que el 50% más pobre de México.*

En segundo término, por la carencia de una abogacía organizada. La colegiación *necesaria*⁶ ha sido rechazada por el poder público e incluso por un sector del propio gremio. Sin embargo, sostengo que el concepto no ha sido realmente conocido y debatido en la sociedad civil, pues es en ella en donde encuentra su justificación y en donde pienso que haría sentido su implantación. Es sólo en la abogacía organizada en donde se podría aspirar a una verdadera independencia profesional que protejan a la actividad de injerencias indebidas.

En tercer término, por la imperante corrupción que existe en nuestro país. Corrupción que no es ajena al sistema de justicia y de la cual han hecho algunos abogados e incluso despachos enteros, su forma de operar, su elemento diferenciador, su valor agregado. Estos abogados y despachos corruptores generan estructuras paralelas que les permiten a ellos (y no hay que olvidar, a los clientes que los buscan para el mismo fin) transitar por el sistema de justicia de manera diferenciada del resto de los justiciables, eligiendo los juzgados específicos para resolver sus casos, manipulando el sistema para obtener resoluciones que les permitan eludir el cumplimiento de sus obligaciones o gestionar el acceso prestaciones indebidas, cuyos beneficios son repartidos en la estructura (cliente–abogado–funcionario público). La colegiación *necesaria* repugna a esas estructuras como todo aquello que genere un mecanismo de control y vigilancia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos que *Una justicia independiente e imparcial es indispensable para el combate efectivo de la corrupción. En algunos países de la región, la*

⁵ Vázquez Pimentel, Diego Alejo, et al., *México Justo: Propuestas de Políticas Públicas para Combatir la Desigualdad*, OXFAM México, disponible en: <https://www.oxfamexico.org/sites/default/files/Informe%20Me%CC%81xico-DAVOS-reducido.pdf>, con

⁶ Término que considero mucho más apropiado que el de *obligatoria* pues en este último en el nombre lleva su propia perdicción.

*corrupción y la impunidad han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer estructuras paralelas de poder y cooptar el Poder Judicial, incluso en sus más altas Cortes.*⁷

II] El derecho fundamental a la defensa. Un campo desregulado

Ya ha quedado establecido que la actividad profesional de la abogacía tiene una vinculación directa con el funcionamiento adecuado del sistema jurídico y resulta una condición necesaria para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No obstante, la regulación en México de la abogacía tiene dos características: es dispersa e insuficiente.

Dispersa, dado que no existe una legislación que de manera orgánica defina las características de los derechos y obligaciones derivadas de esta actividad, aún bajo el escenario en que actualmente nos encontramos en el que no existe colegiación necesaria, la actividad de la abogacía recibe algunos *flashazos* de reglamentación, siendo los principales:

Códigos Civiles: Encontramos algunas reglas en los capítulos relativos al contrato de prestación de servicios profesionales y en el mandato judicial.

Leyes de Profesiones: Encontramos ciertas normas administrativas relativas a los requisitos para el ejercicio profesional y de vigilancia y sanciones administrativas por parte de las Direcciones de Profesiones correspondientes.

Códigos de Procedimientos Civiles: Encontramos ciertas normas que rigen las facultades de los abogados que son nombrados para representar a las partes, así como vinculan la procedencia de la condena en costas a la participación de un abogado facultado para ejercer la profesión, aunque subsiste el principio general de que la participación del abogado es optativa para el justiciable.

Códigos Penales: Encontramos algunos tipos penales referidos a abogados patronos y litigantes.

Es en la Constitución Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, precisamente en el marco del nuevo sistema de justicia oral-adversarial, en donde encontramos las normas más avanzadas en cuanto a la ubicación de la actividad de

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/18, Corrupción y Derechos Humanos, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>, consultado el 31 de junio de 2018.

la abogacía como una condición de garantía de protección de los derechos fundamentales del justiciable. La existencia de una defensa técnica constituye una exigencia de constitucionalidad y convencionalidad del debido proceso, como parte del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva ⁸ tanto para el imputado como para la víctima u ofendido.

Además de dispersa, la reglamentación es insuficiente dado que hay amplios aspectos relevantes de la definición de parámetros de actuación, y estándares mínimos de conducta esperada por parte de la abogacía en el desarrollo de su actividad, aspectos de entre los cuales podemos destacar los siguientes:

i.- Definición completa del derecho a la tutela judicial (elementos, contenido y límites), y el papel de la abogacía frente a la garantía de acceso, en igualdad de condiciones, de los justiciables a la justicia. ii.- El secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones entre cliente y abogado, o entre abogados con motivo del patrocinio. iii.- Deberes del abogado frente a su cliente y viceversa. iv.- Reglas para identificar y prevenir conflictos de intereses. v.- La sustitución del abogado. vi.- La relación entre jueces y abogados y la reglamentación de las entrevistas privadas. vii.- Defensa a la independencia profesional.

III] Alternativas de regulación

Frente a esta realidad, advierto tres alternativas de posible regulación:

La primera, mediante la creación de una ley sustantiva, que podría denominarse como Ley de la Abogacía, o Ley del Derecho a la Defensa, que determine el contenido y alcance de los parámetros de conducta mínima esperada en el ejercicio profesional del abogado. Se dejaría al arbitrio judicial la aplicación de las sanciones que se prevean en la ley.

La segunda, mediante la creación de una ley de corte administrativo, que pudiera incluso incluirse en el texto de la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco, dejando en manos de una autoridad administrativa la aplicación de las sanciones que se prevean en la ley.

⁸ Ver jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN. 1a./J. 103/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2015591, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, p. 151, Jurisprudencia (Constitucional).

La tercera, mediante la autorregulación profesional, a través de una reforma a la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco, que incluyera colegiación necesaria, y descansare en los Colegios de Abogados para la determinación de los estándares de conducta deseables y las sanciones (siempre revisables jurisdiccionalmente) aplicables por incumplimiento.

Este ensayo no pretende concluir con exhaustividad cuál es la alternativa correcta. Considero que un amplio debate debe materializarse al respecto, debate en el cual incluyamos no sólo a la clase política y, desde luego al propio gremio, sino que se incluya a universidades, organizaciones empresariales⁹ y sociales, etc., a efecto de trazar la ruta. La única conclusión categórica que propongo es que la cuarta opción, la que no podemos aceptar, ni seguir tolerando, es seguir los abogados como estamos, *sin ley*.

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2018

⁹ De hecho, las organizaciones empresariales ya han incluido referencias y recomendaciones directas a las empresas y empresarios para que verifiquen que los abogados que contraten se encuentren sujetos a códigos de conducta profesional. Para muestra ver *MANUAL DE INTEGRIDAD* publicado por el Consejo Coordinador Empresarial, en su Anexo E: *Lineamientos para la contratación de abogados externos* disponible en: <http://codigoeticaeintegridad.com/manual-de-integridad/>, consultado el 31 de mayo de 2018.

Las Centralidades de Impulso en la Regulación Urbana de Guadalajara

BLANCA BERENICE VELÁZQUEZ GUERRERO¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Concepto y aplicación de las Centralidades de Impulso.* III. *Consecuencias de su falta de reglamentación en los Planes Parciales de Desarrollo Urbano.* IV. *Consideraciones finales.*

Resumen. El presente artículo trata sobre las Centralidades de Impulso, su falta de instrumentación en planes parciales de Guadalajara y la imposibilidad de acudir en juicio de nulidad ante el Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco, en términos del artículo 400 del Código Urbano para el Estado. La concepción de la ciudad, bajo la óptica del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encierra una noción básica, que actualmente es mucho más compleja, extensa, dinámica y demandante de soluciones integrales. El Municipio de Guadalajara, en uso de su facultad de formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal, actualizó los instrumentos normativos que conforman el sistema de planeación del desarrollo urbano, como lo es el *Programa Municipal de Desarrollo Urbano, Quinto Centenario y el Plan de Desarrollo Urbano del Centro de Población, publicados el día 07 abril de 2017, en la Gaceta Municipal de Guadalajara, ordenamientos normativos en los cuales se sentaron las bases del modelo denominado Centralidades de Impulso.* Estas promueven el desarrollo (sin el mismo grado de consolidación), porque presentan condiciones entre las cuales se consideran: altas concentraciones de la población residente, flujos existentes de la inversión económica, accesibilidad al transporte y al equipamiento público, existencia de centros administrativos o equipamiento institucional y contar con espacios verdes y abiertos para la recreación y esparcimiento con altos rangos de interacción y confluencia.²

No obstante encontrarse previstas en los ordenamientos de planeación indicados, en los Planes Parciales de Desarrollo Urbano, instrumento de ordenamiento a nivel específico, se advierte la

¹ Profesora de Derecho Procesal Administrativo y Derecho de la Administración Pública en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² POT met. *Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano AMG, IMEPLAN, Junio de 2016.*

omisión por parte del Municipio de Guadalajara de establecer la regulación correspondiente a dicho modelo.

Palabras Clave: Planeación Urbana, Centralidades de Impulso.

Abstract. *This article deals with the issue of impulse Centralities, their lack of instrumentation in partial plans of Guadalajara and the impossibility of resorting to the Administrative Court of the State of Jalisco in nullity proceedings, in terms of article 400 of the Urban Code for the State of Jalisco. The legal concept of city stated in article 115 of Mexico's Constitution, is a basic notion of what is actually a much more complex, extense, dynamic and demanding concept needed for integral solutions. The Municipality of Guadalajara, using its faculties of formulating, approving and managing urban development plans, updated the legal instruments used for these urban development plans, like the Programa Municipal de Desarrollo Urbano, Quinto Centenario and Plan de Desarrollo Urbano del Centro de Población, in which the bases were set for the mechanism identified as Centralidades de Impulso. This figures are characterized for setting the conditions for development of the resident population, flows of present economic investments, transport accessibility and other public infrastructure equipment, existing government centers and institutional equipment, characterized for being natural spaces with a high rate of interaction and conjunction.*

In spite of being provided in the urban planning ordering, specifically in the Partial Plans of Urban Development we notice that the municipality of Guadalajara omits instrumenting the regulation that corresponds to the mechanism subject of this study: Impulse Centralities.

Keywords: *Urban Planning, Impulse Centralities.*

I] Consideraciones preliminares

Organizar la ciudad de tal forma que no se presenten problemas de interferencia de actividades sociales y económicas, regular las densidades poblacionales para darles solución a los problemas de congestión y controlar los precios del suelo, de

suerte que los habitantes de las ciudades tengan acceso a viviendas adecuadas, son algunas de las exigencias que demandan las urbes.³

La ciudad de Guadalajara, no es ajena a los problemas citados con anterioridad, presenta complejidades propias de una gran urbe, la infraestructura de las redes de agua potable, drenaje y alcantarillado son ineficientes, el suministro de la energía eléctrica no coincide con la demanda exigida por los requerimientos de la ciudad, la distribución de los usos del suelo y las actividades productivas establecen condiciones de inequidad en su aprovechamiento.⁴

Guadalajara, es parte integrante del área metropolitana, ésta por su crecimiento y desarrollo, ha demandado cada vez más la implementación de políticas de planeación metropolitana que se ha reconocido ampliamente como el nivel intermedio fundamental que ha estado ausente para el ordenamiento de las grandes aglomeraciones.

En efecto, estas necesidades son atendidas a través de la confluencia de determinaciones jurídicas, del orden federal, estatal y municipal, que desde su ámbito de aplicación regulan y controlan la edificación y urbanización en la ciudad de Guadalajara, que cobran mayor relevancia, a efecto de garantizar a los gobernados seguridad jurídica, de conocer y saber las formas y mecanismos aplicables para los predios de los cuales son propietarios y/o habitantes.

II] Concepto y aplicación de las Centralidades de Impulso

Las Centralidades son unidades urbanas vinculadas por una estructura vial y que desempeñan una función esencial en la dinámica del área metropolitana, definidas esencialmente por su concentración de empleo, población, transporte y prestación de servicios, además se caracterizan por un alto potencial de generación de identidad y arraigo entre sus habitantes.⁵

Las Centralidades de Impulso son altas concentraciones de la población residente, flujos existentes de la inversión económica, accesibilidad al transporte y al equipamiento público, existencia de centros administrativos o equipamiento institucional, y contar con espacios verdes y abiertos, para la recreación y esparcimiento con

³ Pinilla, Juan Felipe, Rengifo, Mauricio (Coords.), *La ciudad y el derecho una introducción al derecho urbano contemporáneo*, Editorial Temis, Colombia, 2012

⁴ Programa Municipal de Desarrollo Urbano, *Visión Quinto Centenario*, Gobierno de Guadalajara.

⁵ POT met. Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano AMG. IMEPLAN. Junio de 2016

altos rangos de interacción y confluencia, que pueden ser aprovechadas para la consolidación del desarrollo.⁶

La promoción del desarrollo de las nuevas centralidades en el sistema de ciudades, tendrá una expresión inicial en los denominados Nuevos Entornos Urbanos Sustentables (NEUS), que representan la aplicación de las políticas de impulso especial en sitios estratégicos al interior de las ciudades de nuestra metrópoli: con usos de suelo mixto, densidades apropiadas, desarrollo habitacional vertical, en corredores de movilidad masiva y multimodal, dotados de espacios públicos y equipamiento urbano de alta calidad, para fortalecer la vida en comunidad.⁷

III] Consecuencias de su falta de reglamentación en los Planes Parciales de Desarrollo Urbano

El presente tema, impone la necesidad de acudir al marco jurídico, esto es el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente la prevista en la fracción V, incisos a), b) c) y d) que preceptúa que los municipios en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarán facultados para formular, aprobar y administrar la zonificación de los planes de desarrollo urbano municipal, participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; controlar y vigilar la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales.

Facultad que se encuentra reglada a su vez, en el artículo 11 fracción I de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y el diverso numeral 10 fracción I Código Urbano para el Estado de Jalisco.

Así las necesidades de la gran urbe, demandan necesariamente la implementación de normas y disposiciones reglamentarias que confluyen en los diferentes ordenamientos de nivel federal, estatal y municipal, siendo éste último ámbito el que de manera más próxima y cercana regula el desarrollo urbano, a través de los diferentes ordenamientos de planeación urbana.

En el ejercicio de dicha facultad, el Municipio de Guadalajara, realiza la revisión del conjunto de programas y planes de desarrollo urbano que integran el Sistema de Planeación Urbana, mismo que da como resultado, la actualización del *Programa Municipal de Desarrollo Urbano, Quinto Centenario* y el *Plan de Desarrollo Urbano del Centro de Población*, así como en los *Planes Parciales de Desarrollo Urbano*, publicados el día 07 de

⁶ POT met. Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano AMG. IMEPLAN. Junio de 2016

⁷ POT met. Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano AMG. IMEPLAN. Junio de 2016

abril de 2017, en la gaceta municipal de Guadalajara, instrumentos que por disposición legal deben articularse entre sí.

En efecto, en la formulación y aprobación del esquema de planeación del desarrollo urbano, de referencia, el Municipio de Guadalajara, se encuentra obligado a adoptar las normas o criterios de congruencia, coordinación y ajuste con otros niveles superiores de planeación.⁸ El elemento congruencia que debe de prevalecer, encierra la exigencia de que los instrumentos de planeación referidos, *deberán guardar congruencia entre sí*, sujetándose al orden jerárquico que establece su ámbito territorial, para su aplicación y cumplimiento.⁹

Dicho imperativo a su vez se encuentra previsto por el numeral 8 del Reglamento para la Gestión Integral del Municipio de Guadalajara, que prevé que los programas y planes que integran el Sistema Municipal de Planeación Urbana estarán a cargo del Ayuntamiento y *serán congruentes entre sí*.

En ese orden de ideas, la desarticulación y la incongruencia se presenta por lo que hace a que las Centralidades de impulso determinadas tanto en el Programa Municipal de Desarrollo Urbano como en el Plan de Desarrollo Urbano de Centro de Población, y que se traducen en el *Sistema de Centralidades como componente de la estructura urbana establece la distribución equilibrada y jerarquizada de nodos o zonas concentradores de flujos de movilidad, actividad económica, servicios públicos, equipamiento y demás elementos urbanos satisfactorios de las necesidades y aspiraciones de la población. En conjunto con el sistema vial, establece en gran medida las directrices para la correcta distribución de los usos del suelo en territorio municipal.*

Cobrando especial importancia las Centralidades de Impulso, que se caracterizan por poseer condiciones para el desarrollo (sin el mismo grado de consolidación), entre las cuales se consideran: *altas concentraciones de población residente, flujos existentes de inversión económica, accesibilidad al transporte y al equipamiento públicos, existencia de centros administrativos o equipamiento institucional, así como tener espacios naturales de altos rangos de interacción y confluencia. El aprovechamiento inmediato de su potencial instalado representa la base de conformación del modelo policéntrico.*

Dicho modelo de aprovechamiento de uso del suelo, bajo los parámetros y directrices que se prevén solo fue señalado, en los diferentes Planes Parciales de Desarrollo Urbano, publicados el día

⁸ Código Urbano para el Estado de Jalisco.

⁹ Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

05 de enero de 2018, en la gaceta municipal de Guadalajara, a un nivel conceptual, esto es se determinó la existencia y se identificaron las Centralidades de Impulso, en aquellas zonas, en las que se presentan precisamente las características que posibilitan su determinación, pero solo a nivel general, esto es, no se determinaron las normas que tengan por objeto el ordenamiento y la regulación en las distintas zonas en las que fueron identificadas las mismas, que precisamente obedecería al nivel de zonificación secundaria que se debe de estipular en los instrumentos que contienen el conjunto de normas específicas a efecto de regular de forma precisa los usos y destinos, y en el tema que nos ocupa, el aprovechamiento del modelo de centralidades de impulso, en los predios comprendidos, dentro de las zonas determinadas como de influencia de este tipo de modelo policéntrico.

Esto se traduce en que la autoridad municipal, no observó la disposición relativa a que en el proceso de formulación, aprobación, aplicación y cumplimiento de los planes básicos de desarrollo urbano, (planes parciales de desarrollo urbano) definirá los lineamientos generales de ordenamiento *para garantizar la congruencia*, la integralidad, la sustentabilidad, entre otros aspectos; naciendo a la vida jurídica, incongruentes con los instrumentos de planeación de niveles superiores, lo que tiene como consecuencia, la imposibilidad para los gobernados, cuyos predios y/o fincas de los cuales tengan la disposición legal, y que se encuentren determinados dentro de las zonas comprendidas como de influencia para el modelo de Centralidades de impulso, de solicitar la aplicación de dicha figura, por carecer éste de las normas que lo regulan para que opere, aún y cuando, se actualicen los supuestos para su aplicabilidad; lo anterior en detrimento del desarrollo ordenado, equilibrado y competitivo del territorio, coartando el derecho de los habitantes, propietarios y fincas, ubicados dentro de la zona de su influencia, el derecho a mejorar la calidad de vida de los asentamientos humanos, a través de la gestión, implementación y aplicación de este tipo de modelo que considera los procesos de crecimiento y consolidación urbana, que pueden ser aprovechados para los fines ya indicados.¹⁰

En esa tesitura y ante tal omisión regulativa, por parte de la autoridad municipal, podemos pensar, como estrategia para combatirla, en ejercer la acción de nulidad del juicio contencioso administrativo, prevista por el dispositivo 1 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado, que en el tema que abordamos, se traduce, en que se trata de una controversia entre las dependencias

¹⁰ Código Urbano para el Estado de Jalisco. Artículos 81, 114, 116 y 117 fracción I

y entidades de la administración pública municipal respecto a la aplicación de los programas y planes de desarrollo urbano; sin embargo dicha posibilidad se encuentra constreñida a las determinaciones que en este tópico resolvió nuestro máximo órgano de control de la constitucionalidad y que se abordan en el presente trabajo.

IV] Consideraciones finales

Como ya se mencionó, existe una falta de congruencia de los Planes Parciales con los instrumentos de planeación indicados y por otro lado, se aprecia la inobservancia al derecho a la seguridad jurídica que se traduce en garantizar a los gobernados certeza jurídica respecto a los procedimientos administrativos que les permitan de forma ordenada acceder a los mecanismos previstos en los instrumentos de planeación urbana, que conforman el sistema de planeación urbana, dentro de un marco jurídico perfectamente acotado.

Ante esta falta de congruencia, cabe la posibilidad de ejercer la acción de nulidad prevista por el artículo 1 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado, mediante el juicio contencioso administrativo, pero dicha alternativa, nos ofrece la colisión frontal con lo estipulado por el diverso artículo 400 correlacionado con el 140, ambos del Código Urbano para el Estado de Jalisco, que se refieren a la defensa de los particulares frente a los actos de autoridad relativos al ejercicio de la facultad de revisión por parte de las autoridades encargadas de la formulación, aprobación de los programas y planes de desarrollo urbano, que se encuentra acotado a que éstos tengan una vigencia mayor a 6 años, para ser combatidos. Dispositivo que ha sido cuestionado de inconstitucional, esencialmente, por no permitir el acceso irrestricto a la justicia.

Señalamiento que recientemente ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sentido declararlo como constitucional, haciendo la distinción de que, una cuestión es la relativa a las facultades de revisión por parte de las autoridades encargadas de la formulación y revisión de los planes y programas municipales, y otra es la defensa de los particulares frente a los actos de autoridad que se fundamenten en éstos.

En lo que concierne a la cuestión relativa a las facultades de revisión por parte de las autoridades encargadas de la formulación y revisión de los planes y programas municipales se resolvió que si los planes de desarrollo urbano tienen como objetivo ordenar y regular el desarrollo urbano de los centros de población, de lo que

se sigue que se encuentran en constante revisión, consulta y actualización, *debiendo guardar congruencia con los programas y planes, además de prever que el tribunal de lo contencioso administrativo únicamente podrá determinar la improcedencia de la aplicación del plan y/o programa que tenga una vigencia mayor de 6 años. Por ello los dispositivos en comento no pueden considerarse restrictivos de acceso a la justicia.*

Tomando en cuenta que el Programa Municipal de Desarrollo Urbano y el Plan de Desarrollo Urbano de Centro de Población han sido revisados y actualizados recientemente (abril de 2017), evidentemente nos coloca en la referida limitante de los 6 años. Consecuentemente la falta de incongruencia apuntada irroga un perjuicio a los habitantes y propietarios de los predios y fincas que se encuentran comprendidos dentro del radio de influencia del modelo de centralidades, lo que vulnera el derecho humano a la certeza jurídica, sin embargo, esta situación no puede ser llevada a la instancia del Tribunal de lo Administrativo.

Ante tal escenario el particular puede acudir al juicio de amparo; sin embargo lo que se busca es establecer y garantizar la congruencia entre los instrumentos de planeación, y en particular, la que debe existir entre la administración activa en su modalidad de administración que revisa el sistema de planeación urbana municipal.

Por su parte y en lo relativo a la defensa de los particulares frente a los actos de autoridad que se fundamenten en éstos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó *que el particular afectado por un acto de autoridad que tenga como fundamento la aplicación de una previsión contenida en un plan de desarrollo urbano, podrá incoar el juicio administrativo o el juicio de amparo con el fin de que el acto administrativo de que se trate, sea declarado inválido o en su caso, inconstitucional y se sustraiga de su esfera jurídica la aplicación que le irrogó perjuicio. Aunado a que en todo caso le corresponde a la autoridad la obligación de probar su validez en caso de controversia administrativa o judicial, siendo factible que el tribunal administrativo en sentencia definitiva ordene la actualización del plan o programa, en forma total o alguna de sus disposiciones.*

El sentido de la resolución dictada por nuestro máximo órgano de control constitucional sugiere que procede el juicio ante el tribunal de lo administrativo; ello nos hace formularnos la siguiente interrogante: ¿Qué ocurriría si fuera el caso de que se combatiera el acto de aplicación en sí mismo y no el proceso de revisión y formulación del plan y programa?

La anterior interrogante, nos lleva al planteamiento de que dicho acto de autoridad tendrá como fundamento el programa y/o el plan, y si éstos tienen una antigüedad de aplicación menor a 6 años, sería difícil sostener la procedencia de dicho juicio, porque la propia legislación ha vedado su conocimiento por parte de dicho órgano jurisdiccional y ha sido declarada constitucional, conforme a la ejecutoria de nuestro máximo órgano de control constitucional. Ante ello nos queda observar en la práctica cómo se desentraña y aplica el criterio asumido en esta sentencia.

Por último y con respecto a la incongruencia por la falta de regulación de la operación del modelo de Centralidades de impulso, al tratarse del Programa Municipal de Desarrollo Urbano y del Plan de Desarrollo Urbano de Centro de Población, que tienen una antigüedad de aplicación menor a 6 años, nos queda la interposición del juicio de amparo, para alegar la violación señalada, y aun obteniendo el sentido favorable a la pretensión formulada, se le priva de un recurso efectivo, amén de que lo que se busca es establecer y garantizar la congruencia entre los instrumentos de planeación, y en particular, la que debe existir entre la administración activa en su modalidad de administración que revisa el Sistema de Planeación Urbana Municipal.

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2018

Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2018

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
10 SEMESTRE I
2018

Reseña del Diplomado en Sistemas Anticorrupción

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES¹

Resumen. La desconfianza en la autoridad y en ciertas personas ha llevado a que la sociedad cada vez opine y actúe más al respecto, esto es, levantan la voz para combatir a la corrupción, la impunidad y el crimen de los cuales somos víctimas actualmente en nuestro país. Gracias a eso se han llevado a cabo varias reformas a artículos constitucionales, así como a la expedición de leyes secundarias que regulen el tema del Sistema Nacional Anticorrupción. Por otro lado, también se organizó el Diplomado en Sistemas Anticorrupción en la Universidad Panamericana campus Guadalajara, con el apoyo de otras universidades e instituciones.

Palabras clave: Corrupción, Sistema Nacional Anticorrupción, Transparencia, Reformas.

Abstract. *The distrust in the authority and in certain individuals has led society to increasingly think and act more about it, that is, they raise their voices to fight corruption, impunity and the crime of which we are currently victims in our country. Thanks to that, several reforms to constitutional articles have been carried out, as well as the issuance of secondary laws that regulate National Anticorruption System. On the other hand, the Diploma Course in Anticorruption Systems was also organized at Universidad Panamericana Guadalajara campus, with the help and support of other universities and institutions.*

Keywords: *Corruption, National Anticorruption System, Transparency, Reforms.*

La desilusión y la incertidumbre que provoca el mal ejercicio del poder y los actos de corrupción de los gobiernos ha sido una preocupación constante en la historia de la humanidad. Así, tenemos como antecedentes *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*; y en nuestro país las ideas y aportaciones de diferentes pensadores y juristas destacados en la

¹ Profesora e Investigadora de tiempo completo de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

vida constitucional, tal es el caso de Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas quien en sus publicaciones del siglo XIX sobre *Qué es una Constitución*², resaltó la importancia de limitar el poder. En la actualidad, desafortunadamente el fenómeno de la corrupción se ha convertido en un estilo de vida, en un prototipo a seguir, es dinámico, sus manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, y se comete por medios cada vez más sofisticados, difíciles de predecir y de descubrir³.

Los ciudadanos desconfiamos de las autoridades y sabemos que la corrupción existe pero nos deslindamos y culpamos a otros, así escuchamos frases como las siguientes: *La autoridad tiene mucha mayor responsabilidad moral y legal; mucha mayor capacidad de regla e imperio para controlarla; mucho mayor poder para castigarla, y por tanto debe recibir penas muchísimo más severas que el ciudadano promedio..., el combate a la corrupción es uno de los grandes pendientes de la agenda nacional y el castigo de los corruptos una de las demandas más sentidas de la sociedad*⁴.

En este orden de ideas y ante una multitud de acontecimientos desafortunados para nuestro país, de señalamientos a la clase política, malos gobiernos, crimen e impunidad, una ciudadanía cansada, más participativa e informada, con la intención de corregir y de realizar buenas prácticas; se lleva a cabo la reforma constitucional que materializó el Sistema Nacional Anticorrupción, misma que promete el combate total a la corrupción con la intervención de organismos y ciudadanos de una forma distinta, es decir, a través de la cultura de la integridad, transparencia, rendición de cuentas y penas más severas; pues si no se combate repercutirá de manera directa en otros problemas que enfrenta México, como la caída de la productividad, la competitividad, las inversiones, la pobreza, la inseguridad, entre muchos otros⁵.

En este sentido, el 27 de mayo de 2015, en el Diario Oficial de la Federación se publicó el decreto por el que se reformaron,

² COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Mariano Otero, aportaciones legales, obra política y documentos históricos*, Universidad de Guadalajara, México, 2017, p. 15.

³ *Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011*, Secretaría de Transparencia, Presidencia de la República, Colombia, 2016, p.38.

⁴ BAREÑO DOMÍNGUEZ, Rosario, *Leyes muertas amparan la corrupción: MTG*, Periódico *El Occidental*, Guadalajara, Jalisco, 26 de enero de 2018, p. 8A.

⁵ *Estudio de la OCDE sobre gobernanza en México: Adoptando una postura más firme contra la corrupción*, Estudio de la OCDE sobre gobernanza pública, Éditions OCDE, París, 2017, p.3.

añadieron y derogaron los siguientes artículos constitucionales 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122; se abrieron los debates y finalmente se propuso la legislación secundaria para dar vida al Sistema Nacional Anticorrupción y el 18 de julio de 2016 fueron promulgadas: la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; la Ley de Responsabilidades Administrativas; la Ley de Fiscalización y Rendición de cuentas de la Federación; la Ley de Coordinación Fiscal; la Ley General de Contabilidad Gubernamental y el Código Penal, de manera principal⁶.

Este nuevo sistema es un parteaguas en Latinoamérica y se convierte en un nuevo control constitucional, más amplio, preventivo y reparador, el cual busca sancionar los actos de corrupción y garantizar que no se lleven a cabo con órganos específicos para una fiscalización en el manejo de los recursos públicos; sanciones para autoridades y particulares también vinculados con esta práctica dañina, transparencia; por tanto, un control en el excesivo ejercicio del poder.

Así, ante estos nuevos retos y desafíos, en Jalisco vamos a la vanguardia y nos preocupamos por la cultura de la integridad desde la escuela, la familia, la universidad y la empresa para el bienestar de nuestra sociedad, nuestro país y el planeta. Con el esfuerzo de instituciones como la Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX), el Poder Judicial del Estado de Jalisco, el Gobierno del Estado de Jalisco, la Universidad del Valle de Atemajac (UNIVA) y la Universidad Panamericana (UP) se organizó el *Diplomado en Sistemas Anticorrupción*, el primer curso en la materia en el país, con sede en nuestra Facultad y con transmisión simultánea en la UNIVA, planteles Lagos de Moreno y Puerto Vallarta, con una duración de 110 horas, de enero a abril 2018; tuvo una gran respuesta, cerca de 80 alumnos: funcionarios públicos, jueces, magistrados, directores de organismos estatales, empresarios, profesores; todos ellos interesados en mejorar sus prácticas y erradicar dicha problemática; se impartieron conocimientos, herramientas y recursos para luchar contra la corrupción con un sentido social y ético que desde luego impactará en el bienestar de la población.

⁶ Diario Oficial de la Federación, 18 de julio de 2016.

Algunos de los especialistas que participaron como expositores fueron: Gabriel Cerda Vidal en estudios sobre ética; José de Jesús Covarrubias Dueñas, constitucionalista; Arturo Durán Ayala en derechos humanos; Jesús Guízar, experto en finanzas públicas; Arturo Martínez Sánchez en el estudio de la corrupción; José Medina Mora, empresario impulsor del Sistema Anticorrupción; Roxana Paola Miranda Torres, constitucionalista; Jorge Alberto Alatorre y Lucía Almaraz, especialistas en el Sistema Nacional Anticorrupción; Jorge Barrón Sánchez en transparencia y políticas públicas; Luis Ortiz de la Concha y Alberto Lazo Corvera en buenas prácticas empresariales; Alejandro González Arreola en gobierno abierto y Jorge Torres González en buenas prácticas desde el sector público. Como expositores invitados del Instituto Mexicano de la Competitividad, Ricardo Corona Real, Max Kaiser y Juan E. Pardinás, entre otros.

Los temas impartidos, todos trascendentes e interesantes, recayeron en explorar el fenómeno de la corrupción, sus antecedentes, estadísticas, percepción de la ciudadanía; la deontología y la ética para el empresario y el servidor público; los derechos humanos, los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos; las estructuras nacionales e internacionales del Sistema Anticorrupción; los retos para la prevención, combate y erradicación de dicha problemática y los conflictos de interés; los valores, principios y bases constitucionales del sistema anticorrupción; el diseño de los programas contra la corrupción en el derecho comparado; la legislación nacional en la materia; la estructura y funcionamiento del Sistema Estatal Anticorrupción; los mecanismos de fiscalización; las políticas públicas en materia de transparencia y rendición de cuentas frente al Sistema Nacional Anticorrupción; las obligaciones personales de declaración patrimonial y de intereses; los medios de coerción y las responsabilidades administrativas y penales; el gobierno abierto; las herramientas para las buenas prácticas en el sector público y privado.

Como actividades académicas complementarias se tiene previsto la publicación de las ponencias, artículos o ensayos de los respectivos expositores por medio de revistas o medios de difusión impresos y digitales; la entrega de un ensayo por parte de los alumnos.

A manera de conclusión, el éxito de este diplomado se debió al esfuerzo conjunto de varias organizaciones, sin duda la participación de Universidad Panamericana fue trascendental a

través de su coordinación de posgrados. Es el ejemplo de que en Jalisco podemos hacer las cosas de manera correcta, que con el trabajo en equipo y la suma de la voluntad, constancia y organización de todos podemos avanzar en la capacitación y combate contra la corrupción; estamos convencidos que es a través de la educación como se puede crear y fortalecer los valores, principios y la defensa de los intereses del pueblo; por lo tanto, debemos buscar siempre el bienestar de Jalisco, México y el mundo.

Bibliografía

BAREÑO DOMÍNGUEZ, Rosario, *Leyes muertas amparan la corrupción: MTG*, Periódico *El Occidental*, Guadalajara, Jalisco, 26 de enero de 2018, p. 8A.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Mariano Otero, aportaciones legales, obra política y documentos históricos*, Universidad de Guadalajara, México, 2017.

Diario Oficial de la Federación, 18 de julio de 2016 *Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011*, Secretaría de Transparencia, Presidencia de la República, Colombia, 2016, p.38. *Estudio de la OCDE sobre gobernanza en México: Adoptando una postura más firme contra la corrupción*, Estudio de la OCDE sobre gobernanza pública, Éditions OCDE, París, 2017.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 14 de junio de 2018

Homenaje a Efraín González Luna Morfín a cinco años de su muerte. Casa ITESO Clavigero

Es oportuno publicar las intervenciones de Pedro Pallares Yabur y María Guadalupe Morfín Otero en el homenaje al maestro Efraín González Luna Morfín (mejor conocido como Don Efra), organizado por el ITESO en octubre de 2017 en el recinto que fuera su casa habitación ahora denominada *Casa Iteso-Clavigero*. Es un merecidísimo homenaje a un verdadero sabio en el sentido aristotélico. Decía el estagirita: *en definitiva, lo que distingue al sabio del ignorante es el poder enseñar* (Met. 981b5). Don Efra fue maestro –en toda la extensión de la palabra– de muchas generaciones en la Universidad Panamericana de Guadalajara y en otras universidades, en donde impartió cátedra y ejemplo de vida. La cercanía con el homenajeado de quienes escriben los textos (Pedro Pallares Yabur, profesor adjunto en la cátedra de Don Efra y Lupita Morfín, prima y beneficiaria de los consejos del maestro) nos permiten contemplar la personalidad de Don Efra, su sencillez característica y sobre todo su impresionante sabiduría reflejada en una austeridad socrática. *Sabio es, parafraseando a Seneca el que consigue bastarse a sí mismo, el que encuentra valor en lo que hace sin pensar en resultados ni consecuencias.* (Seneca, *De beneficiis*). Don Efra compartió su conocimiento y su ejemplo sin esperar nada a cambio.

PEDRO PALLARES YABUR¹

Tucídides recoge un discurso fúnebre en el que Pericles honra a los muertos durante el primer año de la guerra entre Esparta y Atenas. Era el invierno del 431 a.C. En su argumento, el famoso stratego plantea a sus oyentes unas palabras que algo más que desconcertantes para un homenaje fúnebre:

Esta es la razón por la que ahora no me voy a dirigir a los padres de estos hombres con lamentaciones de compasión, sino con palabras de consuelo... Es preciso ser fuertes, siquiera por la esperanza de tener otros hijos [quienes] serán un motivo para olvidar a los que ya no están con nosotros, y la ciudad saldrá

¹ Profesor investigador de tiempo completo en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

beneficiada por dos razones: no perderá población y ganará en seguridad.

¿No es un poco raro honrar a los difuntos pidiendo a los padres que con la fama de los nuevos hijos sepulte la pena precisamente de aquellos a quienes se llora en ese funeral? En la mentalidad de Pericles, los homenajes y honores eran la moneda de cambio con la que una comunidad –en su caso Atenas- no sólo pagaba y reconocía a quienes la hacía grande, sino también la zanahoria colocada frente a los vivos para que aceptaran las penas por las que necesariamente se pasa cuando se hace vida un valor.

Este año he discutido con mis alumnos este pasaje, y cuando recibí la invitación para participar en este homenaje, tuve que cazar al fantasma de Tucídides que me preguntaba: ¿qué moneda de cambio tienes para ofrecer a Don Efraín? ¿Qué valen tus palabras, tu testimonio y tu recuerdo? ¿Quién eres como para honrar a Don Efra con justicia? Atenas era grande y podía compartir su importancia entre sus ciudadanos. ¿Pero yo? ¿Para honrar a Don Efra?

Conocí a Don Efra cuando estaba en tercero de secundaria. Sí. A mis 15 años. Lo llevó Manuel Clouthier a Culiacán a una conferencia sobre la vida política; y a mí me llevó mi papá. A esa edad, con que puedas seguir al menos dos ideas conectadas, te parece que el conferencista es un genio. Y con Don Efra pude seguir al menos tres ideas sobre solidaridad, subsidiaridad y compromiso social. ¡Todavía me acuerdo!

Después me encontré con él en la Licenciatura. Me gustaba la filosofía del Derecho y tuve la suerte de tomar cuatro cursos con él. En su momento le pedí que me asesorara la tesis en la que pretendía aplicar sus ideas sobre lo justo objetivo como *analizado principal* del derecho a la teoría de los derechos humanos. -quien fue su alumno recordará el ejemplo de los distintos significados de *gato*-. Recuerdo que casi todas las correcciones que me hizo fueron anotaciones al margen del borrador en el que decía: *quizá, no siempre, a veces no, en ocasiones funciona su contrario, se puede matizar, no del todo*, o expresiones semejantes. Desde entonces, esas pequeñas notas al margen, han marcado la forma en que trato las conclusiones a las que llego en mis trabajos: *no te creas lo primero que se te ocurre*, parecería decirme.

Cuando me titulé, en la UP me invitaron a ser adjunto de Don Efraín en filosofía del derecho. Y sí, tuve que pagar el peaje y cometer todas las impericias de un profesor joven: pensaba que era más valía pasarme por *duro* que ser recordado por *barco*. Los

alumnos lo sabían, así que iban con Don Efraín para obtener misericordia y en general la conseguían.

Una vez, el problema estaba más del lado de la justicia que de la misericordia, y Don Efra me sugirió ser compasivo con el alumno: «Recuerde que al final de la vida nos tratarán del mismo modo como nosotros tratamos a los demás», me dijo. [Más adelante volveré sobre esta máxima en su vida]. En esa ocasión me armé de valor y le contesté: «de acuerdo, también rendiremos cuentas del tipo de alumnos que lográbamos formar: exigentes consigo mismos, y justos aunque aquello nos trajera aparente perjuicios». Don Efraín me dio ahí otra lección: «Está bien, tienes razón». Desde entonces defendió mi sitio como profesor, y no solo como un procesador de faltas y calificaciones. Se lo agradezco mucho. Un profesor joven no se da cuenta de lo poco que sabe y de lo que importa su credibilidad a pesar de su novatez. Don Efra me validó como alguien creíble para los alumnos.

Tanto que en una ocasión, estábamos por comenzar su clase, un par de alumnos discutían por una butaca. Les pedí que se colocaran para la clase y uno insultó al otro para ganar el sitio. Don Efra suspendió la clase y sin decir más se fue. Una alumna salió tras nosotros con un argumento más o menos así: «Don Efraín, no es justo. No se vale que por unos pocos que se portan mal, los muchos que sí queremos clase nos veamos afectados.» Don Efra le contestó -reconstruyo la idea, no las palabras textuales-: «Tiene usted razón. Pero si los muchos y buenos alumnos, no son tan buenos ni buenos como para marcar el tono de la clase; si no logran superar el mal ambiente de los pocos malos alumnos... entonces no son tan buenos alumnos... ni tampoco merecen mi clase». Y siguió su camino.

Cuando murió, yo vivía en el extranjero mientras avanzaba en mi doctorado en filosofía del Derecho. Ese día, escribí tres post en mi blog sobre Don Efra como jurista, como educador y como humanista. Y busqué fotografías que hubiera tenido junto a él para acompañarlos. Primero, encontré una que se tomó con el Dr. Rodrigo Soto, los dos viendo a la cámara y sonriendo. Me dio envidia. De la mala. Yo no tenía una así que me recordara todas las veces que nos reímos juntos. No. No logré sacar una foto así.

Luego di con una que se había tomado junto a la Maestra Elvira Villalobos. Me dio coraje, porque no podía pelearme contra Elvira: ¿quién puede sentirse ofendido por Elvira junto a Don Efraín? En ella, los dos aparecían en un salón de clase y se dirigían a los alumnos con la seriedad del maestro que sabe qué preguntas sembrará en el corazón de sus estudiantes. Yo no tenía una foto

con la que recordara, esa estrecha convivencia en mis primeros años de vida académica.

La única foto en la que salimos don Efraín y yo, me supo a poco. Además porque la encontré ya que volví a México, casi seis meses después de su muerte. Este evento me hizo pensar de nuevo las ideas y experiencias de las que había sido testigo en Don Efraín, pero cinco años después. Y este es el único honor que puedo ofrecer a Don Efraín: dar testimonio de lo que vi mientras convivía con él, y cómo esas semillas han ido madurando incluso después de su muerte.

Etienne Gilson escribió un ensayo que tituló Historia de la Filosofía y de la Educación Filosófica. Ahí dice que «Cuando una persona nos pide que describamos un país, la mejor respuesta es enseñarle un mapa. No es la mejor respuesta definitiva, pero sí la mejor como primera respuesta». Ese mapa funciona como guía para quienes somos principiantes darnos un norte y comunicarnos cómo transitar lo mejor posible por ahí. Uno de los méritos de Don Efra fue ofrecernos no todo lo que sabía, sino las líneas generales más importantes, probadas por su experiencia de vida, de lo significa construir diariamente un orden social que respete la libertad y la igualdad de las personas, y además esté «fundado en la verdad, edificado por la justicia y vivificado por el amor» (Gaudium et Spes, n. 26).

Fundado en la verdad. No era difícil percibir ese empeño en Don Efraín de conocer la verdad y justificar racionalmente cualquier contenido. Esta era una de las ideas centrales de ese mapa que nos dejó: el respeto a la realidad, la búsqueda de la verdad, descubrirla y configurar la vida conforme a ella. Al preparar este homenaje preferí omitir la estructura formal con la Don Efraín explicaba estos horizontes. La foto que encontré, la única foto que tenemos juntos, me pedía que reflexionara algo que él vivía, pero nunca se lo escuché formulado de esta manera. Espero ser honesto con él, e intuyo que estará de acuerdo con este recuento del tipo «lo que Don Efra nos quiso decir es...».

Para Don Efraín, el problema de la verdad no era solamente conocer una serie de argumentos, dominar unos sistemas filosóficos y justificar coherentemente unas afirmaciones. Eso es mucho, pero poco. Su erudición no consistía solo en la cantidad de conocimiento, -que lo tenía-, era la honradez intelectual que reflejaba una decisión personal de aplicar las exigencias de su conciencia moral a su vida intelectual.

Es decir, lo que se sostiene como verdad, su modo de conocerse y las consecuencias de ella para la conducta, nacen de una forma de pensar, de ver el mundo y de vivir la vida cotidiana.

Ahí se integra el sistema filosófico, el método de pensamiento, con el estilo de vida. La filosofía de don Efra no era tanto, o más bien, no solo un modo de saber; ni únicamente una técnica para pensar con orden. Se trataba de una forma de vivir del que brotaba una necesidad fundamental: la búsqueda de la sabiduría encarnada como un asunto personal.

De modo que, don Efra cuando pensaba, reflejaba su carácter vital: las verdades que encontraba y la justicia que percibía, se transformaban en una forma de existir. No lo digo con deseo de adular, simplemente testifico lo que vi. Sus alumnos aprendíamos no una serie de ideas, sino más bien la forma de comportarse de la que se sigue una forma de pensar; y una manera de pensar que dispone a conocer la verdad y a comprometerse por ella.

El riesgo de un estilo de vida así -repito, el que conecta sistema filosófico con el modo de conocer esas ideas y con la forma vivir cotidianamente- es en el que muy pronto aparecen preguntas radicales: ¿Cómo sé que lo que sé es lo que vale la pena saber? ¿El sistema moral que defiendo, realmente vale la pena? ¿Saldrá en mi defensa cuando deba quemar honor, dinero y tiempo por conformar mi vida a esas verdades? Como es sabido, en la vida de Don Efra se jugó prestigio, bienes, tranquilidad, por ser coherente con una serie de ideas.

En este contexto, lo que se juega no es sólo la coherencia interna de un sistema filosófico o la tranquilidad de conciencia del que vive conforme a lo que opina. Aquí hay algo más. ¿Me la puedo jugar por eso que creo? ¿Estas verdades que sostengo, valen tanto la pena tanto como para meterme en problemas? ¿Cómo sé que esas verdades no me fallarán cuando por fiarme de ellas me toque perder? ¿Y si arriesgo paz, dinero, tranquilidad por eso que creo, no me dejará abandonado? Aquí el problema de la verdad ya está en otro plano: no sólo debe ser una verdad real, coherente, racional, justa y bella. También debe protegerme cuando por ella pierda dinero, tiempo, amistades, me genere la cárcel o incluso si ella me pide la vida.

Anécdota: «En el PAN ya no creen en los valores fundacionales», le dije RGL. Respuesta de EGLM: «Es lógico. Antes estábamos ahí porque la verdad de esos valores era lo único que teníamos. Ahora que ya es un camino eficaz para el poder, llegan personas a las que no les convencen esas ideas o no las conocen. Ahora bien, si tú sabes que tienes una habilidad, te das cuenta de una necesidad concreta; y si esa cualidad y esa carencia se relacionan; si por último te das cuenta de ese vínculo... entonces debes el deber moral de involucrarte».

Anécdota: Último curso que dio en la UP -o el penúltimo-. Hacía tiempo que enseñaba desde el escritorio. Sentado. De pronto se pone de pie y sale del salón. «Tengo una llamada». Llegó a los 10 minutos. Movía las manos de modo que se las secaba. Pienso que más bien se fue al baño. Le ganó la edad. Volvió a dar la clase pero ya no sentado. En un gesto de violencia contra su vejez, habló el resto de la sesión de pie, con una fuerza y vehemencia que no parecía tener. Me dio la impresión de que su carácter lo removía: «No dejaré que me venza la vejez».

Así pues, ¿cómo era la verdad en la que creía Don Efra? Una anécdota que no tiene que ver con él pero sí con la dinámica de la que fui testigo. Cuando un adolescente le dicen «actúa normal, ahí viene la que te gusta», quizá pierda la voz y se ponga nervioso. Despierta en él, la conciencia de esa mirada, la verdad principal es saberse visto realmente por quien puede quererlo. Y por ella cambia de conducta, modifica mi horario, sacrifica dinero y cualquier cosa. Solo por ser coherente y fiel a esa mirada. Como sabe que esa mirada es real, entonces puede fiarse de ese amor. Es la lógica del amor vinculado a la verdad: «es real que me ve, que me ama gratuitamente».

Con estas ideas en la mesa, ya puedo volver a la única foto que tengo con Don Efra. Él sabía que la verdad no es sólo poseer datos en la cabeza, sino principalmente haber visto una luz para interpretar su vida. Y esa luz se la otorga una mirada que lo contempla con un amor incondicional.

La única foto que tengo con don Efra es el único testimonio con el que puedo honrarlo. Quizá el definitivo. Cuando murió Juan Pablo II, en la Universidad se celebró una Misa de funeral en su honor. Coincidimos en ella, y en un momento, los dos, sentados uno al lado del otro, viendo en la misma dirección, guardamos silencio: intentábamos -al menos yo- dirigirme a esa mirada, imitar el testimonio de fe de Don Efra, que se comportaba con la seguridad de haber sido visto.

De esa foto, me llama la atención la intensidad del silencio de Don Efraín. Lo más relevante de esa verdad no es comprenderse como la posesión de una idea, ni como un sistema coherente de afirmaciones justificadas ante la razón. Se trata más bien de la verdad, de la realidad, de la consistencia de esa relación con quien sabemos nos ama, infinita e incondicionalmente: «mi vida sucede ante sus ojos, incluso más allá de la muerte». Y esa fotografía me ayuda a honrar y a recordar a Don Efra.

Edith Stein, una filósofa experta en empatía, discípula de Husserl, nació judía, luego fue atea y hacia el final de su vida se convirtió al cristianismo. Ella recuerda cómo le llamó la atención

que en los funerales que conocía hasta entonces, se exaltaba las cualidades del difunto. Su tiempo propio era el pasado: «vivió de tal manera, era buena gente, ¡qué buen recuerdo nos llevamos de él!». En cambio, en el primer funeral cristiano al que asistió le sorprendió que su tiempo propio era el futuro: «nos veremos de nuevo, guárdame sitio que pronto me encontraré de vuelta contigo, nos hallaremos en el corazón de quien no te dejará morir porque Él es la verdad misma, la consistencia del ser pleno».

En la foto, ambos nos orientamos -sin querer- hacia la mayor verdad que se puede conocer, a la mayor justicia por la que podemos luchar: Una persona que nos ve y ante quien sucede nuestra vida. Un amante que nos dice: «he aquí que te seduciré, te llevaré al desierto y te hablaré al corazón» (Oseas 2,14).

Así que, Don Efra, mi homenaje no es tanto dar honor, como pensaba Pericles. No tengo tanta fama como para que eso valga la pena. Mi homenaje es recordar sus ideas, su vida, y redoblar la esperanza en que en un futuro, nos daremos el abrazo con el que no lo pude despedir. Nos veremos de nuevo, guárdeme un sitio que nos encontraremos de vuelta.

MARÍA GUADALUPE MORFÍN OTERO²

Mi querida Monique y sobrinos y sobrinas; querida prima Amparo; muy estimado padre Rector del ITESO, José Morales Orozco, SJ; estimadas amigas y amigos que nos acompañan.

Me da mucho gusto ser parte de este ejercicio de gratitud organizado por el ITESO, que no otra cosa debe ser un homenaje. Agradezco la invitación a estar en esta mesa y me imagino que compartiremos visiones diferentes de una misma persona, lecturas personales, académicas unas, con más peso político otras. La mía será a partir de estampas de una memoria familiar que quizá ayuden a acercarnos a ese Efraín González Morfín que tanto quise. Para ello me ayudaré en parte de la arquitectura, de la gastronomía y del turismo de vacaciones o de trabajo, y para finalizar, me detendré en un inédito ejercicio de valentía.

Comienzo por la arquitectura:

En esta casa, cerca de la zona de baños de hombres o mujeres, estaban unas despensas donde mi tía Amparo guardaba los costales de lo que Isabel Castiello de Aranguren y ella repartían a familias en situación de necesidad. Pues bien, en una de esas

² Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, fue ombudsman en Jalisco, Comisionada federal en Ciudad Juárez y Fiscal Especial para Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas, entre otras.

despensas el niño Efraín fue encerrado como castigo de tan travieso que era, y desde una de sus ventanas altas se dejó caer justo cuando pasaba por debajo una cocinera llamada Reina, a la que casi mata de un susto. Bien calculado el movimiento, el fugado se aseguró de caer en blandito.

Sigo por las alturas de la casa. Arriba de la biblioteca, pasando por la hermosa terraza trazada por Luis Barragán, hay una cúpula. Pues bien, hasta ahí trepó nuestro homenajeado, en otra ocasión, cuando iba a ser disciplinado por su padre, al que llamábamos Efraín el grande. El chico, que entonces tendría menos de diez años, no aceptó bajarse si no le reducían el castigo. Y aferrado a un mástil o a sus uñas, hizo su negociación con ese tremendo figurón que fue González Luna, mientras seguramente su madre, acudía desde la capilla al rosario para que se serenaran los ánimos y el chamaco no se cayera.

Sirvan estas dos anécdotas para mostrar la intensidad de aquel niño.

Sigo con algunas estampas de gastronomía:

Mis primos hermanos que vivían aquí eran algo mayorcitos que yo, puesto que eran hijos de Amparo, la segunda de veintiún hermanos, mientras que yo era hija de Carlos, el más chico de los veintiuno. Efraín y sus hermanos (Adalberto, Javier, Nacho, Luis y Manuel) iban de repente a pasar el día y quizás la noche con sus abuelos, que eran también los míos: Alfredo Morfín y Merceditas González. Todos ellos bautizaron la casa de los abuelos donde veían casi como primos hermanos a sus tíos menores, como "La Casa de la Libertad". No era infrecuente que a poco tiempo de regresar a su casa después de esas estancias, llamara mi tía Amparo a su mamá, Merceditas, para reclamarle que los niños habían llegado literalmente "vomitando". La abuelita extendía el reclamo al abuelo Alfredo quien se los había llevado al mercado Corona a probar cuanto antojo y tragadera hubiera de apetecible, pero la sentencia del abuelo ante la queja era unánime: "Señal de que comieron bien". Y no se hablaba más del asunto. Nunca supe si a las niñas Margarita y Amparo también las dejaban quedarse a esos ejercicios de gusguería con los abuelos, y me imagino que no, pues siempre fueron muy esbeltas.

Muchos años después, cuando Efraín, que vivía en la ciudad de México, iba a pasar con Monique y sus hijos vacaciones de verano a la casa de El Chante, mi papá comenzó a rentar una casa cercana los meses de julio para coincidir, y en las cenas que organizaba mi mamá era posible ver a un Efraín desternillado de risa recordando una por una, anécdotas de los tíos enfundados en camiones decimonónicos y trepados en la azotea de la casa con

botellas de tequila listos para atrapar al ánimo. O llegando a dormir a media noche con doce guajolotes ganados en la lotería del Santuario, como le pasó al tío Guillermo, o llevando a pasar la noche a amigos que eran tan altos y gordos, que la abuela Mercedes pensó que esta vez le habían llevado a una vaca, como le sucedió al tío Ponchoato con uno de sus invitados, que fue despertado a cubetazos por la abuela, pensando que tenía ya un inicio de corral en casa. Nunca oí en esas sobremesas sino el gozo de la palabra, de la memoria y las risas de los comensales. Acudían por supuesto los invitados de cada vacación por Efraín y Monique, y así conocimos a los Boelsterly, a Pancho Pedraza, a Rafael Landerreche, a Elenita Fuentes de Gómez Morfín, a Mayita Prida de Yarza. Y a veces iba también su hermano menor, el entrañable y extrañado jesuita Manuel González Morfín.

Eran los momentos en que Efraín se desconectaba, como niño que revivía en esa Casa de la Libertad de su memoria, de eso otro cotidiano que vivía como consecuencia de sus opciones políticas y de su quehacer jurídico.

Hemos entrado al tema del turismo de vacaciones. Lo menos que hubiera querido un Director del Departamento de Derecho de la Ibero en sus días de descanso en El Chante, hubiera sido atender preguntas de una escuincla llena de dudas sobre el país, la democracia, el derecho, la justicia. Esa imberbe era yo. Algunas mañanas le pedía audiencia e interrumpía sus lecturas en el estudio diseñado por Nacho Díaz Morales con vista a la laguna, y me recibía como si no tuviera otra cosa mejor que hacer. Solo ahora de grande me doy cuenta de mi imprudencia con sus ratos libres que eran escasos y de su generosidad absoluta como maestro, como primo grande.

Hay una anécdota de turismo de trabajo. Cuando los jesuitas decidieron cerrar el colegio Patria en el entonces DF, mandaron a Roma a dos padres de familia a un viaje brevísimo, a hablar con Arrupe, el padre General de la Compañía de Jesús. Uno iba a favor de la decisión de los jesuitas, y otro en contra. Efraín iba a favor. No bien llegó, Luis su hermano, que estudiaba su doctorado en teología moral en la Gregoriana, me invitó a sonsacarlo por Plaza Navonna a comer y a unos helados –tartufos–maravillosos. Yo viví un año allá estudiando cursos de teología también en la Gregoriana y Luis y yo teníamos bien identificada la ruta de cafecitos y heladerías cerca del centro de la ciudad. Me encantó la idea de pasar ese rato con mis dos primos. Luis se tuvo que retirar a clases pronto y Efraín me pidió que lo llevara a algo que estaba absolutamente comprometido a hacer: comprarle un abrigo italiano a Monique. Lo llevé a la misma tienda donde mis

papás al dejarme en Roma me llevaron a comprar un abrigo gabardina bien pertrechado para el frío europeo. Pero me conmovió esa prioridad de Efraín antes que visitar museos o iglesias, ver plazas, librerías, basílicas o monumentos: llevarle un buen regalo a su esposa.

En los homenajes a los hombres famosos no suele hablarse de sus compañeras de vida. Puedo decir que Efraín no hubiera cumplido con su vocación múltiple de humanista, de formador de abogadas y abogados, de precursor de los derechos humanos en México, de extraordinario educador, si no hubiera tenido a una mujer como Monique a su lado. Y eso tiene que ver con un acto que le requirió enorme honradez y valentía. En Viena, muy poco antes de su ordenación, habiendo concluido sus estudios de formación jesuítica, se dio cuenta de que la vida sacerdotal no era para él y tuvo la claridad de reconocerlo y el valor de asumirlo. Tremendo valor, sobre todo teniendo una mamá como mi tía Amparo que todos los días pedía en todas sus misas y rosarios, que fueron muchos, por la santa perseverancia sacerdotal, pero yo creo que lo decía más por Luis, buen conocedor de cine italiano y gran admirador de Sofía Loren, que por Adalberto o por Manuel.

Monique era y es el lado práctico de la familia. Capaz de organizar una sabrosísima cena en instantes, y de a diario tener un menú cambiante, y una casa acogedora, y de entender tanto de tantas cosas, heredó de su papá don René Marseille la sabiduría de la buena mesa. Incluso en los años en que la casa era frecuentada por funcionarios de la Secretaría de Educación, cuando Efraín se encargó de dicha cartera en el gabinete de Alberto Cárdenas en Jalisco, era siempre amable y hospitalaria todas las tardes, y le dejaba a Efraín su espacio de libertad para sus visitas, con botana o café incluidos. Años atrás, en la última casa en que vivieron en México, ella cargaba por las tardes con enormes termos de café y paquetes de cigarros para llevar, junto con Lupita Gutiérrez Lascuráin, su gran amiga, a los hijos de ambas a jugar no sé si fútbol americano o béisbol a estadios vecinos.

De Efraín como papá sus hijos y Vero saben mucho mejor que yo cómo fue con cada uno, saben cómo cada uno tuvo un lugar entero en ese corazón grandote. Y sus nietos y nietas lo tendrán muy presente como el abuelo cariñoso que fue. Recuerdo su infinita paciencia en la casa de Presa Oviachic en México con Santi su hijo menor sentado en sus piernas, apenas dejando de ser un bebé, pero ya capaz de echarse un interrogatorio larguísimo de preguntas que Efraín iba contestando con paciencia magisterial, pero sobre todo con amor paterno, una por una.

Estuve en todos sus discursos de la campaña presidencial en 1970 en Guadalajara y en el de Ocotlán también y en numerosas conferencias luego, y eso me marcó, como me marcó que en una cena en su casa se levantara para enseñarme un cuaderno donde había apuntado una frase: "La vida me ha dotado de una ardua característica: ser profundamente solidario con el dolor humano."

Efraín fue para mí la cercanía, el gozo de verlo reír con mi papá y de ver a mi papá feliz en su compañía. Con esa capacidad del buen humor celebratorio que es capaz de rescatarnos de los tormentos que vive la patria que no es ni ordenada ni generosa pese al empeño de tantos por empatar la ética con la política.

Efraín se la jugaba en el riesgo de perder un trabajo por sus convicciones, y en el de buscar un trabajo que quizá no fuese el ideal para alguien de su estatura, para atender sus responsabilidades. Se la jugó en 1965 al redactar, con Adolfo Christlieb, la *Proyección de Principios de Doctrina* que daba un giro al centro a la plataforma doctrinaria de Acción Nacional, y abrir la postura doctrinaria hacia el pluralismo y la tolerancia a las diferencias, términos inéditos en las plataformas doctrinarias de partidos en México, y también hacia la libertad, el diálogo, la justicia social. Se la jugó en 1969 al escribir *Hacia un cambio de estructuras*, donde hablaba de solidarismo, y de una sociedad más equilibrada y equitativa; donde comenzaba a ser el centro izquierda dentro del PAN.

Se la jugó al pensar y exponer que en 1970 el partido no debía presentar candidatura a la presidencia, pero también al disciplinarse y acatar cuando la decisión en una convención nacional fue que sí la presentaran, y precisamente la suya. Se la jugó al denunciar cómo comenzaban a operar en el PAN intereses de grupo que no respondían al bien común, y también al renunciar a la presidencia y al partido en 1978. Se la jugó en fin al haber aceptado ser Secretario de Educación en Jalisco en un gobierno de signo panista. Y también como maestro en la Ibero, en el ITESO donde fue el primer director de la Licenciatura en Derecho, en la Universidad de Guadalajara donde colaboró unos meses en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, y en la Panamericana, donde pasó sus últimos años en la docencia. Agradezco particularmente la presencia aquí del representante del Dr. Juan de la Borbolla, rector de la Universidad Panamericana en este homenaje, porque sé lo que quiso su cátedra en esta universidad, a donde llegaba en un VW, un vehículo donde más que entrar o salir de él, oí decir que parecía más bien que se ponía o se quitaba, de tan grandote que era Efraín.

No quiso que yo fuera ombudsman de Jalisco. Te vas a enfrentar a la militarización de la seguridad pública, a la tentación de la mano dura, me decía, y anticipaba que habría dolor en ese camino. No se equivocó. Tampoco quiso que fuera comisionada en Ciudad Juárez y me echó una larga lista de preguntas que repetí a Eduardo Medina Mora, entonces emisario de Santiago Creel, Secretario de Gobernación, antes de que me volvieran a invitar en una segunda vuelta, cuando ya Felipe Vicencio me había medio convencido de aceptar. Pero estuvo para consolarme y acompañarme y darme consejo cuantas veces fui a verlo a su casa por Circunvalación Santa Eduwiges, cuando dejaba de jugar con su Schnauzer Hegel para sentarse en los equipales a platicar.

Termino contando una anécdota que lo pinta entero. Una de mis primeras recomendaciones como ombudsman de Jalisco se la dirigí como Secretario de Educación, a causa de un director de escuela malora, que maltrataba niños. Pese a su intención, de sancionar al director, Efraín no podía brincarse el procedimiento interno para fincarle a esta persona responsabilidad administrativa, y en manos del sindicato quedó la sanción que, lejos de castigar al sujeto, lo cambió de zona y le dio plaza de inspector. Lo fuimos a ver Manuel Ahumada de La Madrid que era Director de Quejas y Seguimiento a Recomendaciones en la CEDHJ y había sido su alumno y quien lo quería casi como a un padre. Hicimos cita una tarde en su casa, que se convertía por las tardes casi en oficina alterna, para decirle que teníamos que declarar solo parcialmente cumplida la recomendación, dado el resultado, que no era el deseado. No, me atajó, delante de su principal equipo de colaboradores: *aquí no hay sustitutos de la verdad. Como cabeza de la Secretaría yo soy el responsable de lo que suceda dentro.* "Tienes que decir y publicar que la recomendación fue incumplida". Manuel y yo salimos cabizbajos de la reunión. A la altura de las vías del tren de avenida Inglaterra, o sea a una cuadra de su casa, nos estacionamos para llorar, los dos. Y así lo publicamos, tal como nos lo dijo, doliéndonos decirlo, cuando él había sido el maestro de ambos, por muy distintos caminos vitales, en la pasión por el derecho, por la justicia, por eso que una o uno sabe que son los derechos humanos, como son los zapatos que sí nos quedan bien, porque van muy bien con nuestra naturaleza, con nuestra dignidad. Tal como él lo explicaba en sus clases en la vieja Ibero, en sus conferencias, en su vida personal donde se definía como pecador estándar, un ejemplar pecador estándar, cabe decir, que brilla en la orfandad en que su muerte nos ha dejado en términos de coherencia, de testimonio, de inteligencia y de ternura en nuestra vida pública en Jalisco y en México.

Termino con una frase suya que plasma su capacidad de ser tolerante: “la inteligencia solo es una luz si va unida a una gran benevolencia para con quien no la posee”. Por eso y, por tanto, agradezco su vida, esta generosa vida de un árbol bien plantado.

Fecha de recepción: 12 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 12 de junio de 2018

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA