

Revista del
Instituto de la
Judicatura
Federal



32

2011



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL

Número 32, 2011.

La *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* es una publicación editada y distribuida por el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Palacio de Justicia Federal, Sidar y Roviroso, No. 236, Colonia Del Parque, Delegación Venustiano Carranza, C. P. 15960, México, D. F.; tel. 51.33. 89.00, ext. 6659 y 6633; fax: ext. 6608.

Editor responsable: magistrado Leonel Castillo González, Director General del Instituto de la Judicatura Federal.

Número de certificado de licitud de título, 10459; número de certificado de licitud del contenido, 7373; certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del Instituto de la Judicatura Federal, en el género de publicaciones periódicas, 04-2004-102212264300-102.

Ilustración de portada: Pictograma de una de las láminas del *Códice Mendocino* que representa el proceso de enseñanza de la función jurisdiccional en el mundo azteca. El uso de este pictograma por el Instituto de la Judicatura Federal fue sugerido por el ilustre jurista e historiador José Manuel Villalpando.

Cuidado de la edición: Lic. Héctor Orduña Sosa

Diseño de portada: Lic. Daniel León Aviña

© 2011 Instituto de la Judicatura Federal

ISSN (1405-8073)

Tiraje 1,500 ejemplares

Las opiniones expresadas en esta Revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Grupo Editorial Zeury, S. A. de C. V.

Belice Núm. 15 Col. Olivar de los Padres • Álvaro Obregón

01780 • México, D. F. • Tel.: 15-20-06-43

e-mail: gpzeury@prodigy.net.mx; zeury@prodigy.net.mx

Contenido

Página de la dirección	7
<i>Foro</i>	
Miguel de Jesús Alvarado Esquivel <i>¿Son retroactivos los nuevos criterios aislados o jurisprudenciales?</i>	11
Julio Bustillos <i>Los jueces federales en México: antes y después de la carrera judicial</i>	23
Fernando García Sais <i>Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)</i>	49
Ernesto Garzón Valdés <i>Las muletas morales del ciudadano en la democracia</i>	69
Manuel Jiménez Dorantes <i>La construcción del Derecho urbanístico mexicano a partir de las resoluciones judiciales federales. Los retos de la Décima Época</i>	87
Lilia Mónica López Benítez <i>La trata de personas en la legislación mexicana</i>	123
Miguel Pérez López <i>El juicio contencioso administrativo en vía sumaria. Apuntamientos a la reforma procesal administrativa de diciembre de 2010</i>	143
Carlos Alfredo Soto Morales <i>Transparencia judicial</i>	167

Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. El nuevo artículo 1° de la Constitución mexicana 187

René Rubio Escobar

El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional 207

Fernando Silva García

El deber de motivación adecuada como pieza de articulación de los sistemas nacional e internacional de derechos humanos 221

Reflexiones

Jaime Allier Campuzano

Las virtudes republicanas del juzgador 241

Rafael González Castillo

El juez y el abogado también son escritores 253

Marco Polo Rosas Baqueiro

Conocimiento y capacitación en el Poder Judicial de la Federación 259

Reseñas

Susana González Hernández

Nubiola, Jaime, El taller de la filosofía: Una introducción a la escritura filosófica 293

Santiago Nieto Castillo

Orduña Sosa, Héctor, Interpretación constitucional: una aproximación a las tendencias actuales 303

Página de la Dirección

En junio de este año se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* dos decretos de reformas a la Constitución mexicana, cuya aplicación exige un cambio radical en la cultura jurídica de nuestro país. A partir de estas enmiendas constitucionales, todas las autoridades, especialmente los jueces federales, deberán velar por el cumplimiento de un deber ya añejo, que se traduce en la promoción y protección efectiva de los derechos humanos, sean estos reconocidos en el texto constitucional o en los instrumentos internacionales. Como parte de estas reformas se busca perfeccionar el procedimiento del juicio de amparo, con el fin de que constituya un recurso ágil, sencillo y efectivo para la protección de los derechos reconocidos constitucional e internacionalmente.

Para enfrentar este cambio, el Instituto de la Judicatura Federal ha revisado los planes de formación, capacitación y actualización de los funcionarios judiciales, y tiene el firme propósito de dotar a los juzgadores de los instrumentos necesarios para impartir justicia con las exigencias del Estado constitucional y social de Derecho. Aunada a la revisión de contenidos, se está desarrollando un modelo docente que motive una intervención activa de los destinatarios de las actividades académicas, buscando que sean los propios miembros del Poder Judicial de la Federación, quienes se hagan cargo, con espíritu crítico, de su propio enriquecimiento profesional con la colaboración y auxilio de este Instituto. La finalidad es adoptar un modelo democrático de formación profesional, que permita hacer realidad, al interior del Poder Judicial de la Federación, la transformación cultural que vive el país.

Con motivo de esas reformas constitucionales, se publican en una sección especial tres artículos que analizan su contenido. Uno de ellos es del doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, profesor *ad honorem* de este Instituto, quien destaca y analiza la incorporación, en el nuevo artículo 1º constitucional, de un criterio de interpretación vinculante para todos los operadores jurídicos. El doctor Fernando Silva García, juez de distrito, advierte sobre un conjunto de normas y criterios internos que deberán

revisarse con motivo de la aplicación de los instrumentos internacionales, y analiza la manera en que cambiará la exigencia de motivación adecuada de las resoluciones. René Rubio Escobar, alumno de la Especialidad en Administración de Justicia en Juzgados de Distrito, llama la atención sobre la necesidad de reforzar, con motivo de la reforma constitucional, el estudio del principio de efectividad en el juicio de am- paro, el cual ya está implícito en la legislación y jurisprudencia mexicanas, pero que constituye una exigencia expresa del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la sección Foro, se incluyen artículos sobre diversas cuestiones de actualidad jurídica de interés para la judicatura federal, como la reforma en materia de accio- nes colectivas o la reciente modificación al procedimiento contencioso administrativo federal. Agradecemos, especialmente, al doctor Ernesto Garzón Valdés, profesor *ad honorem* de esta Escuela Judicial, su participación con un estudio sobre los controles que hacen posible un régimen democrático.

Bajo el rubro de Reflexiones se agrupan aquellas colaboraciones que son fruto de la apreciación crítica de los juzgadores sobre su propia experiencia. En ellos se abordan cuestiones relacionadas con las virtudes judiciales y con la cultura de todo juzgador. Estas reflexiones coinciden favorablemente con la preocupación de este Ins- tituto por fomentar en todos sus programas el acercamiento a la cultura, en todas sus manifestaciones. Nos inspira el ánimo de que las personas que integramos el Poder Judicial de la Federación encontremos en el Instituto, además de un centro de forma- ción y capacitación, también una apreciable fuente de cultura.

¿Son retroactivos los nuevos criterios aislados o jurisprudenciales?*

Miguel de Jesús Alvarado Esquivel**

SUMARIO: *Introducción. I. La retroactividad de la ley. II. La jurisprudencia y sus rasgos esenciales. III. Los efectos “retroactivos” de la jurisprudencia. Conclusiones y sugerencias.*

Introducción

La no retroactividad es un principio constitucional que liga al poder legislativo y con mayor razón al poder judicial.

LAURENT

El presente trabajo tiene por objeto dar mi —breve— opinión sobre un tema que me ha preocupado desde los inicios de mi responsabilidad jurisdiccional. Me refiero, concretamente, a si la aplicación de una tesis aislada o jurisprudencia, de emisión posterior al momento en que se realizaron los actos, hechos o negocios jurídicos que se juzgan, produce o no efectos “retroactivos” y, por tanto, si lesiona o no los derechos fundamentales de los gobernados, principalmente, la seguridad jurídica.

Para desvelar la duda anterior, considero necesario tomar el siguiente camino. En primer término examinaré, sucintamente, la figura de la retroactividad de la ley, ello con el fin de conocer su significado y alcance; posteriormente, intentaré acercarme a los rasgos esenciales de la jurisprudencia, especialmente a su naturaleza jurídica y

* Al Ministro Genaro David Góngora Pimentel, como homenaje a su fructífera actividad jurisdiccional.

** Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España; doctor en derecho fiscal por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de la Universidad Panamericana; ex coordinador General de Compilación y Sistematización de Tesis de la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación; magistrado de circuito; miembro del Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal.

obligatoriedad,¹ para después, con estos dos ingredientes sobre la mesa (retroactividad y jurisprudencia), determinar si ésta última produce o no efectos “retroactivos” que afecten los derechos fundamentales de los justiciables. Finalmente, para cerrar este trabajo, anunciaré las conclusiones y propuestas que resumen mi opinión sobre el tema.

I. La retroactividad de la ley

Ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de interpretación, arrebatar o alterar un derecho adquirido al amparo de una legislación o interpretación anterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA,
SENTENCIA DE 12 DE AGOSTO DE 1922

La raíz etimológica de la palabra retroactividad deriva de dos vocablos latinos: “*retro*”, que significa ‘hacia atrás’; ‘para atrás’, y “*ago-agis-agere*”, del cual procede la palabra “actividad”, por lo que entonces surge la idea de mover hacia, hacer avanzar, conducir o actuar. Por tanto, etimológicamente, retroactividad significa la posibilidad de ‘actuar hacia atrás’, ‘de obrar sobre el pasado’.²

Ahora, si en su acepción más simple retroactividad significa ‘acción hacia atrás’, ello quiere decir que los hechos jurídicos y sus efectos acaecidos en el *pasado* no deben ser alterados por las nuevas leyes.³

Así, la retroactividad consiste en la aplicación de una norma nueva a hechos o situaciones que tuvieron su origen bajo el cobijo de la norma anterior; en cambio, irretroactividad sería, lo contrario.⁴

¹ Si bien el título de este trabajo habla de tesis aisladas y de jurisprudencia, el estudio de esta última lo realizo porque el cambio de criterio jurisprudencial, para mí, es más grave que el de tesis aisladas, pues éstas no dejan de ser, en su caso, meros embriones de aquella.

² Para el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española de la Lengua, “Retroactivo” significa aquello ‘que obra o tiene fuerza sobre el pasado’.

³ López Menudo, F., afirma que sobre esta acepción de la retroactividad la doctrina muestra unánime acuerdo, en su excelente trabajo *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Ediciones del Instituto García Oviado, Universidad de Sevilla, No. 51, 1982, p. 42.

⁴ *Vid. Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Voz “Retroactividad”, pp. 5985 y ss.

Para resolver, entonces, cuándo hay o no retroactividad, ha de partirse de la verificación de la eficacia jurídica y las consecuencias relevantes de los sucesos trascendentes para el Derecho, tarea sumamente difícil ante la imposibilidad de hallar una fórmula mágica que determine con exactitud y en todos los casos los momentos de corte, que permitan hablar sin equivocarse de retroactividad o irretroactividad de la nueva ley.⁵

Sin embargo, lo que sí resulta claro es que, en su acepción genérica, la ley nueva es retroactiva si remueve los efectos consolidados y agotados de hechos o acontecimientos anteriores; a la inversa, será irretroactiva si no afecta a las consecuencias jurídicas de hechos anteriores, ya agotadas, en vía de producirse o, incluso, futuras.

Además, debe también aceptarse que en la doctrina se habla de “grados” de retroactividad, los cuales son tres: 1) *de grado máximo o irretroactividad plena*, que es aquella en la que se aplica la ley nueva a los efectos producidos y consumados; 2) *de grado medio*, cuando se aplica a los efectos producidos bajo la ley derogada, pero aún no consumados o agotados, y 3) *de grado mínimo*, cuando sólo se aplica la ley nueva a los efectos futuros, posteriores a la ley nueva, de situaciones que traen su origen bajo imperio de la ley derogada o anterior.

Asimismo, dentro de sus formas de expresión, en la doctrina se distingue entre *retroactividad expresa*, cuando tal efecto se establece inequívocamente en el texto de la norma involucrada; *retroactividad tácita*, la que se infiere de la naturaleza y finalidad de la norma, y *retroactividad implícita*, la deducible de interpretación, es decir, como resultado de una peculiar operación interpretativa.

II. La jurisprudencia y sus rasgos esenciales

Desde el punto de vista etimológico, jurisprudencia se compone de dos vocablos latinos: *iuris*, que significa Derecho, y *prudentia*, que equivale a ciencia o conocimiento.

Por tanto, etimológicamente jurisprudencia significa la ‘ciencia del Derecho’.⁶

No obstante, con el paso de los años, ese significado etimológico ha perdido en la práctica jurídica toda aplicación. Hoy día, el concepto de jurisprudencia hay que

⁵ Esta dificultad queda evidenciada por la amplia gama de teorías que existen sobre este tema, como la de los derechos adquiridos, de los hechos consumados, del efecto inmediato, de la naturaleza pública o privada del interés subyacente, la de los componentes de la norma, y otras. *Vid.* ampliamente la obra ya citada de LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

⁶ *Vid. Vocabulario Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 508.

encontrarlo en la actividad de los tribunales superiores de justicia. Es decir, en su función de interpretar y aplicar el Derecho objetivo al caso concreto que se somete a su consideración.

Más concretamente, el significado actual de la jurisprudencia se encuentra a partir de la sentencia, como acto procesal decisorio con el que concluye el juicio o el proceso judicial.

La jurisprudencia deriva de una sola sentencia (en el caso del sistema de integración de la jurisprudencia *vía resolución de contradicción de tesis*, conocido también como sistema de unificación), o de varias (en los casos del sistema de formación de la jurisprudencia *vía reiteración*, llamado también criterio tradicional), así como en los supuestos de resolución de acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales (conocido como sistema de integración de la jurisprudencia *por precedente*). Desde luego, cada sistema se rige por sus propias reglas o requisitos de integración, contenidas en la Constitución Federal (en adelante CF), y en la legislación reglamentaria conocida por todos.⁷

Entonces, para que se produzca la jurisprudencia se requiere la existencia previa de una o varias sentencias, según sea el caso. Si no hay sentencias, producto de la labor de interpretar y aplicar la ley al caso concreto por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, es prácticamente imposible que se dé el alumbramiento de una jurisprudencia.⁸ La sentencia se convierte así en la semilla de la jurisprudencia, aunque cabe reiterar que no toda sentencia se convierte en precedente (origen) de la jurisprudencia.

En suma, *la jurisprudencia es la interpretación judicial de las normas jurídicas*.

Por otro lado, un rasgo esencial de toda jurisprudencia es su obligatoriedad.

⁷ Para una explicación más amplia de estos sistemas de creación de la jurisprudencia, puede consultarse la obra *La jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002, pp. 237 y ss.

⁸ De hecho, cuando las sentencias cubren sus requisitos legales constitutivos (materia, número y votación calificada), la jurisprudencia surge a la vida jurídica; sin embargo, para que la jurisprudencia sea conocida por todos requiere redactarse y publicarse, lo cual no siempre es el deseo e interés de sus creadores, dando lugar a la jurisprudencia no escrita, que precisamente es aquella que existe por cubrir sus requisitos constitutivos, pero que no se publica. Al respecto, *Vid.* la tesis de rubro: "JURISPRUDENCIA. CUANDO SE ESTABLECE POR REITERACIÓN, SE CONSTITUYE POR LO RESUELTO EN CINCO EJECUTORIAS COINCIDENTES, NO INTERRUMPIDAS POR OTRA EN CONTRARIO, POR LO QUE LAS OBLIGACIONES DE REDACCIÓN, CONTROL Y DIFUSIÓN SÓLO PRODUCEN EFECTOS PUBLICITARIOS" (No. de registro en el *Ius* 187,773).

Por obligatoriedad se entiende la calidad de obligatorio; por su parte, obligatorio deriva del latín “*obligatorius*”, que implica el dicho de una cosa que obliga a su cumplimiento y ejecución.⁹

El primer antecedente histórico de la obligatoriedad de la jurisprudencia se remonta al lejano 1882, cuando en ese año se expidió la tercera Ley de Amparo (la primera fue la de 1861). Esa ley de 1882, inspirada casi en su totalidad en el proyecto que en 1881 elaboró nada menos que Don Ignacio L. Vallarta, incorporó en nuestro país la obligatoriedad de la jurisprudencia, cuando el criterio jurídico se contenía en cinco ejecutorias consecutivas de la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN).

La obligatoriedad de la jurisprudencia está elevada a rango constitucional, específicamente en el artículo 94, párrafo noveno, de la CF, el cual dispone lo siguiente:

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

A nivel de ley reglamentaria, *la obligatoriedad* de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación (en adelante, PJF), tiene todavía su fundamento en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo (en adelante, LA), los que disponen lo siguiente:

Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, *es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*

Artículo 193. La jurisprudencia que establezca cada uno de los tribunales colegiados de circuito *es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*

⁹ Obligar es “*obtener por la fuerza, forzar*” (obligación, deber, exigencia moral o legal); latín *obligare* a ‘comprometer, atar, ligar a’, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, GÓMEZ DE SILVA, G., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 494.

Con base en lo anterior, puedo afirmar que la *obligatoriedad* significa que la jurisprudencia debe aplicarse o acatarse por los órganos a quien la ley atribuye, precisamente, esa obligación. En una palabra, *implica un deber, una exigencia de acogerla y sujetarse a ella*.¹⁰

III. Los efectos “retroactivos” de la jurisprudencia

Verdaderamente nada puede crear más riesgo a la seguridad jurídica que lo que implique una alteración del orden establecido en la interpretación del Derecho sobre fuentes del Derecho, es decir, del conjunto de principios y normas que definen y ordenan lo que debe observarse como Derecho en una sociedad.

PÉREZ MORENO, A.

El artículo 14, primer párrafo, de la CF, dispone que:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Ahora, ante la inexistencia de una definición legal de la irretroactividad, la noción conceptual de la misma queda en manos, como hemos visto, de criterios doctrinales.

Así, se dice que la irretroactividad de la ley es aquella garantía o derecho que prohíbe que la ley, o la aplicación de ésta, afecte a toda relación o situación jurídica proveniente del pasado.¹¹ No obstante, una cosa es la irretroactividad de las leyes, y otra la retroactividad en la aplicación de las mismas, tal y como se desprende de la jurisprudencia 78/2010 de la Primera Sala de la honorable SCJN, que a continuación se transcribe:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS. El análisis de *retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor*. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos

¹⁰ Para mayor información sobre el concepto y antecedentes históricos de la obligatoriedad *Vid. La jurisprudencia. Su integración*, SCJN, México, 2005, pp. 65 y ss.

¹¹ LÓPEZ MENUDO, F., *op. cit.*, p. 56.

materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular.¹²

Por otro lado, cabe advertir que la retroactividad de la ley, o de la aplicación de ésta, sólo se prohíbe “*en perjuicio de persona alguna*”, es decir, cuando la retroacción de una u otra afecten los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas agotadas en el pasado.¹³

Establecido lo anterior, debemos ahora preguntarnos lo siguiente: *¿El cambio de criterio jurisprudencial, tiene efectos retroactivos o solamente prospectivos?*, o dicho de otra manera, *¿cuál es la eficacia temporal del nuevo criterio jurisprudencial?*

Las interrogantes anteriores encuentran rápida respuesta en los propios criterios jurisprudenciales y aislados del PJE, entre los cuales es necesario transcribir los siguientes:

JURISPRUDENCIA. SU VARIACIÓN Y APLICACIÓN INMEDIATA NO IMPLICA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD. *Con la aplicación inmediata de una nueva jurisprudencia no se viola en perjuicio de la quejosa el principio jurídico de irretroactividad*, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así el artículo 192 de la Ley de Amparo; la nueva jurisprudencia no constituye una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior, sino sólo la unificación de determinación del verdadero sentir de la ley, que no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza; por lo que *debe aplicarse inmediatamente a los casos a que la misma jurisprudencia se refiera*.¹⁴

¹² No. de registro del *Ius* 162299 [cursivas añadidas]. *Vid.* también la jurisprudencia 87/2004 de la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal, de rubro “RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA”, No. de registro del *Ius* 181024.

¹³ Contrariamente, si la retroactividad es en favor del sujeto afectado, ello no da lugar a violación de garantía o derecho alguno. Sobre este tema, *vid.*, por ejemplo, las tesis de jurisprudencia 1a./J. 7/95 y 2a./J. 8/98, de rubros “MULTAS FISCALES. DEBEN APLICARSE EN FORMA RETROACTIVA LAS NORMAS QUE RESULTEN BENÉFICAS AL PARTICULAR.” (No. de registro del *Ius* 196642), y “RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE. DEBE HACERSE EN EL PROCESO PENAL POR LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL ORDINARIA COMPETENTE Y NO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS”. (No. de registro del *Ius* 200487).

¹⁴ Tesis: I.3o.C. J/22, No. de registro del *Ius* 221253 [cursivas añadidas].

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, *tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquella no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.*¹⁵

JURISPRUDENCIA. LOS NUEVOS CRITERIOS SON APLICABLES A LOS CASOS AÚN NO DECIDIDOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE. El artículo 197, cuarto párrafo, de la Ley de Amparo, sustancialmente contiene una regla general de aplicación de la jurisprudencia para casos en que existan modificaciones a los criterios judiciales, al establecer que: “... El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. ...”. Lo anterior significa que si el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifican una jurisprudencia, los cambios de criterio serán válidos para resolver exclusivamente casos aún no fallados, sin que puedan afectarse las situaciones concretas decididas en los precedentes, pues por seguridad jurídica de la cosa juzgada el nuevo criterio no puede cambiar los casos

¹⁵ Tesis: P/J. 145/2000, No. de registro del *Ius* 190663 [cursivas añadidas].

ya resueltos; sin embargo, *los asuntos que aún no han sido fallados por el órgano jurisdiccional competente, sí deben ser ajustados al nuevo criterio jurisprudencial, independientemente de que en la época en que surgió la problemática a resolver y de que en la fecha en que se valora un hecho hubiera estado vigente otro criterio que ha sido superado.* Así, conforme al criterio del Tribunal Pleno contenido en la jurisprudencia P./J. 145/2000 que se publica en la página 16 del Tomo XII, correspondiente al mes de diciembre de dos mil, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, la jurisprudencia no está sujeta a los principios de retroactividad típicos en las leyes; *además, si no se hiciera la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial, se contravendría la regla de obligatoriedad que deriva de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, la cual vincula a todas las autoridades que desarrollan actividades jurisdiccionales.*¹⁶

De los criterios anteriores se desprenden las siguientes premisas:

- 1^a) La jurisprudencia es sólo la interpretación de la ley y, por ello, al no ser equiparable a ésta, precisamente, por no contar con sus características, como son la generalidad, la abstracción y la obligatoriedad, es indudable que al aplicarse no viola el principio de irretroactividad contenido en el primer párrafo del artículo 14 de la CF.
- 2^a) Consecuentemente, la jurisprudencia debe aplicarse inmediatamente, con independencia de que en la época en que surgió la problemática a resolver y de que en la fecha en que se valora un hecho, hubiera estado vigente otro criterio que ya fue superado.
- 3^a) De no cumplirse lo anterior, o sea, si no se hiciera la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial, se violaría la obligatoriedad de la jurisprudencia que deriva de los artículos 192 y 193 de la LA.¹⁷

Esto quiere decir que, no obstante que el primer párrafo del artículo 14 de la CF prohíbe la aplicación retroactiva de la ley, conforme a los criterios anteriores, debe aplicarse lo dispuesto por los artículos 192 y 193 de la LA. De ahí que, por ejemplo,

¹⁶ Tesis: 2a. XIV/2002, No. de registro del *Ius* 187495 [cursivas añadidas].

¹⁷ Sobre esta última premisa *vid.* también, la tesis del rubro y texto que, en la parte relativa, dice lo siguiente: “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA ACTUAL. ... *la obligatoriedad de su observancia es tan determinante, que impele al órgano jurisdiccional a su acatamiento inmediato y exige su aplicación actual por encima de consideraciones de tiempo...*” (Primera Sala, Séptima Época, tesis aislada, No. de registro de *Ius* 237046).

si un asunto (contractual, familiar, fiscal, etc.), que haya tenido su origen en hechos sucedidos y agotados estando vigente una determinada tesis aislada o jurisprudencia, pero que, sin embargo, al momento de resolver en definitiva ese asunto aparece repentinamente otra tesis aislada o jurisprudencia (desconocida en aquel entonces), deberá resolverse conforme a estas últimas, y no de acuerdo con la tesis o jurisprudencia vigente al momento de que los hechos, actos, situaciones o negocios jurídicos, se agotaron.

Sin embargo, ¿qué seguridad jurídica tendrían los gobernados que actuaron e, incluso invocaron y tienen en autos prueba plena de ello, con base en una tesis o jurisprudencia vigente al momento de celebrar y agotar sus actos jurídicos, si después (¡oh! ¡sorpresa!) los tribunales terminales les aplican otra tesis o jurisprudencia diversa y desconocida para ellos?¹⁸

Por otro lado, ¿qué vale más, el derecho fundamental a la seguridad jurídica, o la obligatoriedad de la jurisprudencia?

A mi juicio, si la tesis aislada o jurisprudencia es, como hemos visto, la interpretación judicial de la ley, la prohibición de la retroactividad debe hacerse extensivo a ese criterio, al ser éste la ley misma, aunque interpretada,¹⁹ salvaguardando así la seguridad jurídica de los justiciables, derivada de los artículos 14 y 16 de la CF.²⁰

En efecto, la garantía de irretroactividad implica, por un lado, el respeto a las situaciones concretas e individuales que quedaron agotadas, producidas o constituidas bajo la vigencia de la tesis aislada o jurisprudencial que desaparece por la posterior y, por el otro, cerrar la puerta a cualquier posible incidencia del nuevo criterio sobre esas situaciones que han desplegado todas las consecuencias que el criterio anterior les había atribuido.

De este modo, si algo caracteriza al Estado de Derecho, frente a lo que normalmente acontece en los Estados autoritarios, es el imperio de la ley y, consiguientemente, la convicción de todos de que para las conductas de cada quien no pueden

¹⁸ No se olvide que el artículo 196 de la LA establece la carga procesal a las partes de invocar expresamente la jurisprudencia aplicable al caso, señalando, cuando menos, el número, rubro, texto y órgano emisor de la jurisprudencia. Cuando esto sucede, es lógico, que es para que se aplique esa jurisprudencia y se resuelva el asunto con base en ésta, ¿o no?

¹⁹ *Vid.* por ejemplo, las siguientes opiniones “la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley”; “la ley y la jurisprudencia son, en realidad, una sola fuente”; “la interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el tribunal puede decirse que se adhiere a la norma”, citas que se encuentran en el trabajo de BLASCO GASCÓ, F. P., “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 193, 194 y 195.

²⁰ “Cuando se trata de un cambio de criterio jurisprudencial, la aplicación inmediata de la nueva doctrina equivale a dar eficacia retroactiva al cambio sobrevenido”, BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 99.

esperarse más consecuencias jurídicas que las expresamente previstas en cada caso y en cada momento por las sentencias de los tribunales.

Certidumbre, conocimiento seguro de lo que en el ámbito judicial cada uno puede esperar para sus propias actuaciones, es un contenido básico del principio de seguridad jurídica, y ésta, una pieza fundamental sin la cual un Estado no puede ser calificado como Estado de Derecho, pues sin el previo conocimiento de las reglas del juego, que condicionan la realización de una actividad económica, contractual, fiscal, etc., no puede haber certeza, ni, por consiguiente, seguridad jurídica.²¹

Al igual de lo que ocurre en las leyes, la seguridad jurídica es lo que intenta preservar el principio de irretroactividad, permitiendo que los justiciables puedan actuar conociendo de antemano cuáles van a ser las consecuencias de sus actos, que derivan de las tesis aisladas o jurisprudenciales en ese momento vigentes. La seguridad jurídica equivale, por tanto, a la protección y a la confianza de los justiciables en que dicho criterio será el que se aplique en sus actos.

Fácilmente se estará de acuerdo, pues, en que el justiciable debe poder prever todas las posibles intervenciones de los tribunales del Estado frente a él y poder actuar en consecuencia; debe poder confiar en que el propio comportamiento, de conformidad con el criterio vigente, resulte reconocido por las sentencias de los tribunales con todas las consecuencias jurídicas originariamente conectadas a tal comportamiento. Pero el justiciable ve traicionada su buena fe si los tribunales hacen derivar de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas ya realizados efectos más desfavorables de las que el propio justiciable podía prever en orden del propio comportamiento. Además, esto hace que la confianza en el Derecho se erosione, debido a la incontinencia jurídica producida por tesis aisladas o jurisprudencias inestables y hasta opuestas.

Por ello, la certeza y la seguridad jurídica son también principios de toda buena administración de justicia, y la forma de asegurarlos, es que los justiciables sepan siempre que los hechos o actos cumplidos se rijan por el criterio que tuvieron en vista al crearlos o constituirlos.

Finalmente, no olvido que, gracias a la independencia judicial, el cambio de criterio es perfectamente legítimo, pues el Derecho y su interpretación evoluciona como todo; sin embargo, sería contradictorio con el sistema institucional que la independencia de los jueces sea una razón para justificar la inseguridad jurídica de los justiciables.

²¹ La seguridad jurídica, entendida como la posibilidad de un cálculo apriorístico razonablemente seguro de la manera y el sentido en que los tribunales aplicarán las normas legales, es una consecuencia inmediata de un Estado de Derecho”, es la opinión de BACIGALUPO, E., “Jurisprudencia y Seguridad Jurídica”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp 129 y ss.

Conclusiones

1ª Cuando el acto o negocio jurídico se realiza motivado o con apoyo en una tesis aislada o jurisprudencia vigente en ese preciso momento, se crean situaciones individuales subjetivamente equivalentes al derecho adquirido.

2ª Por ello, en mi opinión, el cambio de un criterio aislado o jurisprudencial sobre hechos, situaciones o actos jurídicos agotados o consumados en el pasado, produce una retroactividad tácita e implícita.

3ª Los derechos de acceso a la justicia, igualdad y, especialmente, el de seguridad jurídica, exigen que la nueva y menos beneficiosa interpretación judicial de los preceptos legales no se imponga *ex abrupto*, aplicando la jurisprudencia resultante de ella a litigantes cuya pretensión se apoyaba en un criterio anterior, que ahora, sin aviso previo y por primera vez, se considera por sus propios órganos emisores, incorrecto u obsoleto.

4ª En consecuencia, cuando una tesis o jurisprudencia se aplica inmediatamente a derechos adquiridos o supuestos de hecho y consecuencias jurídicas agotados o consumados, dicha aplicación produce evidentes “efectos retroactivos”, que lesionan, cuando menos, la seguridad jurídica de los justiciables.

5ª De esta forma, considero que el caso en litigio en que se produce el cambio de criterio o incluso casos litigiosos y situaciones jurídicas iniciadas y surgidas bajo la vigencia del criterio modificado, deben ser resueltos por el tribunal correspondiente sólo con efectos retrospectivos, es decir, para casos futuros.

6ª Por todo lo anterior, me permito *sugerir, respetuosa y cordialmente*, que se modifiquen los criterios opuestos contenidos en el capítulo III anterior, para establecer que si en un determinado asunto alguna de las partes en conflicto *invoca y acredita fehacientemente* que se sometió a una tesis aislada o jurisprudencia vigente al momento de celebrar el acto o realizarse el hecho jurídico, dicho asunto debe resolverse conforme a ese criterio, y no con base en uno posterior y desconocido, ya que de lo contrario habría, a mi juicio, una seria afectación a la seguridad jurídica de los gobernados, producida, paradójicamente, ¡por los propios tribunales encargados de salvaguardar ese derecho fundamental!

Los jueces federales en México: antes y después de la carrera judicial*

SUMARIO: I. *Introducción y plantamiento*. II. *Desarrollo*. III. *Conclusión*.
IV. *Fuentes de información*.

Julio Bustillos**

I. Introducción y planteamiento

A principios del siglo XX no existía una formal carrera judicial en el Poder Judicial federal. En 1917, por disposición constitucional y legal,¹ se estableció únicamente que los magistrados de circuito y jueces de distrito serían nombrados y adscritos por el Pleno de la Suprema Corte. En 1934 se restauró la inamovilidad judicial, reglamentándose por primera vez una carrera judicial informal a través de un sistema escalafonario para cubrir las vacantes de jueces y magistrados, el cual tomaba en cuenta, entre otras cosas, la capacidad y aptitud del candidato, así como el desempeño de éste en distintos ámbitos. Sin embargo, dicho sistema de escalafón no funcionó en la práctica, ya que en general los jueces de distrito eran designados de entre los secretarios de la Corte y los magistrados de circuito, de entre estos jueces. De igual manera, para llegar a ocupar el cargo de secretario en la Corte, normalmente había que fungir

* Artículo derivado de la ponencia presentada en el III Seminario Información, Estadística y Políticas Públicas Judiciales, organizado por la Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el día 6 de octubre de 2010.

** Doctor en derecho. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional, nivel I (Conacyt), y asesor en la SCJN.

¹ La Ley Orgánica del 2 de noviembre de 1917, primer reglamento promulgado bajo la vigencia de la Constitución de este año, así como la Ley del 6 de abril de 1923, segunda en el ramo, no señalaron disposición alguna sobre la carrera judicial.

con anterioridad en los cargos de oficial judicial, actuario, secretario de juzgado y secretario de tribunal o, al menos, alguno de estos dos últimos, pues los ministros llevaban a cabo su selección de entre ellos (Cossío Díaz, 1996, 46, 48, 52 y 53).

Posteriormente, otras disposiciones normativas o reformas a las disposiciones ya existentes se refirieron a los mismos temas aludidos, sin ninguna variante de consideración. No fue sino hasta las reformas de 1994-1995 cuando se establece por primera vez un auténtico sistema formal de carrera judicial en el Poder Judicial.

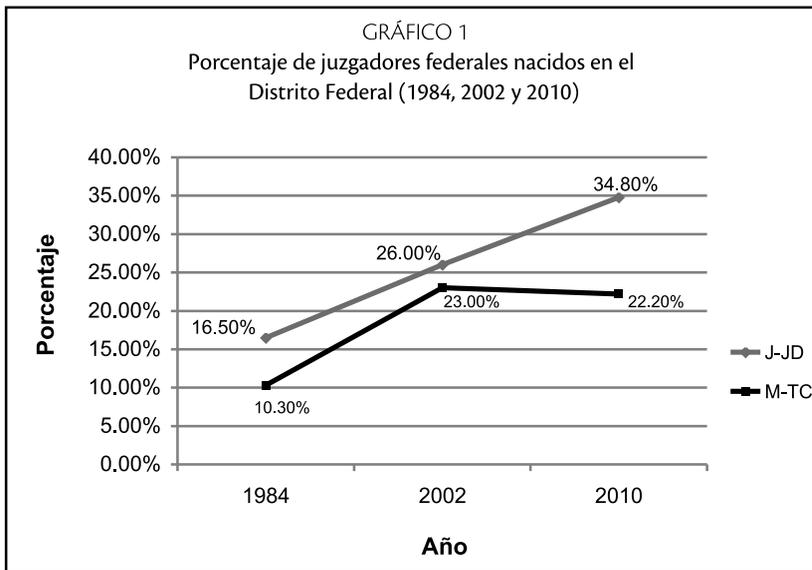
En este sentido, de acuerdo con la normativa sobre la carrera judicial federal, algunos de los elementos que se consideran para su ingreso, nombramiento, adscripción y ratificación son la acreditación de estudios de posgrado, las actividades académicas realizadas, la experiencia profesional y el desempeño en el Poder Judicial. A continuación expondremos un breve panorama actual sobre estos elementos, agregándole un elemento más, la remuneración, que en realidad más que elemento constituye prácticamente un aliciente importante de la carrera judicial para el juzgador federal, pues ciertamente contribuye a generar estabilidad económica y, por ende, independencia y autonomía judicial. En esta exposición, además, vincularemos este factor remuneratorio con el desempeño o productividad jurisdiccional realizados por cada juzgador, con el objetivo de observar en lo posible algunos de los costos que implica la función jurisdiccional ejercida por los integrantes de la carrera judicial federal.

Partiendo de la anterior brevísima referencia histórica y metodológica, creemos que actualmente se cuenta con elementos que permiten elaborar un pequeño “diagnóstico”, a través de una sólida investigación y análisis empíricos, sobre la situación de los juzgadores federales (y órganos en que se desenvuelven) antes y después de instrumentada la carrera judicial por parte del Consejo de la Judicatura Federal; con el objetivo de observar, de manera general, los cambios en los distintos rubros y los factores “estáticos” o poco “coherentes” en torno a ésta, en rubros específicos como equidad de género, adscripción, creación de órganos y costos.

II. Desarrollo

1. Perfil personal

A. Lugar de nacimiento



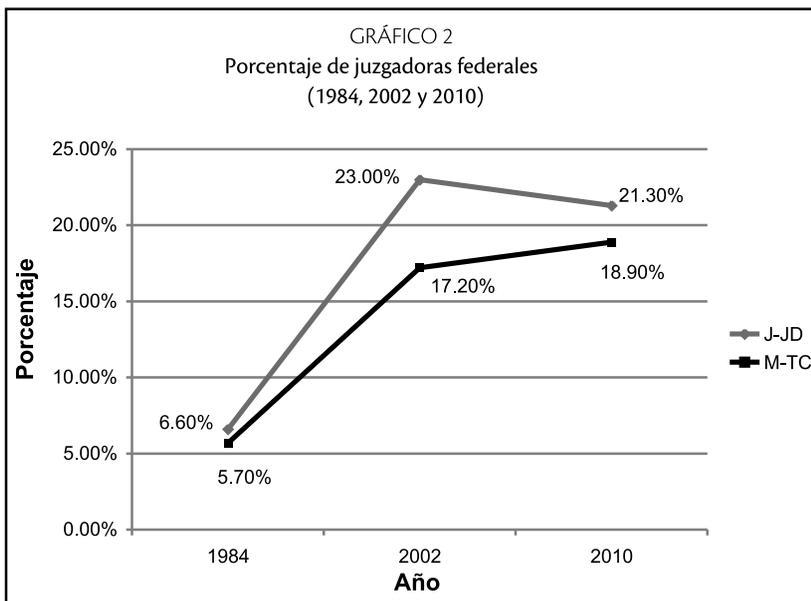
De acuerdo con el gráfico, en 1984 los jueces y magistrados eran oriundos de 20 de las 32 entidades federativas, aunque alrededor de la mitad de éstos habían nacido en sólo cinco entidades (Chiapas, Guanajuato, Jalisco, Michoacán y Veracruz). Llama fuertemente la atención que eran relativamente pocos los originarios del Distrito Federal, tomando en cuenta la histórica centralización que ha existido en esta entidad. La situación en el 2002 mostró algunas variantes, especialmente en cuanto a una mayor diversidad geográfica de los lugares de nacimiento de jueces y magistrados, así como en cuanto a un aumento de los juzgadores oriundos del Distrito Federal (López-Ayllón/Fix-Fierro, 2003, 475 y ss; 2006, 43 y ss).

En el 2010, por último, con respecto a los dos años anteriores analizados, observamos que la centralización judicial se ha vuelto más marcada, pues más de la tercera parte de los jueces de distrito actualmente en funciones nacieron en el Distrito Federal.

La cifra relativa a los magistrados de circuito es muy cercana a la anterior, en el sentido de que un cuarto de ellos son originarios también de la capital del país.²

Asimismo, cabe advertir que, en comparación con los años 1984 y 2002, en el 2010 el número de las entidades federativas de las que provienen los juzgadores federales se incrementó aún más, hasta llegar, en general, a las 32 entidades que conforman el país.³

B. Género



Este gráfico revela que una década antes del establecimiento de la carrera judicial el número de mujeres con cargos de juezas y magistradas apenas llegaba al 7% de la totalidad de juzgadores federales. Casi una década después de configurada la carrera judicial las mujeres juzgadoras representaban casi la cuarta parte, proporción que, en

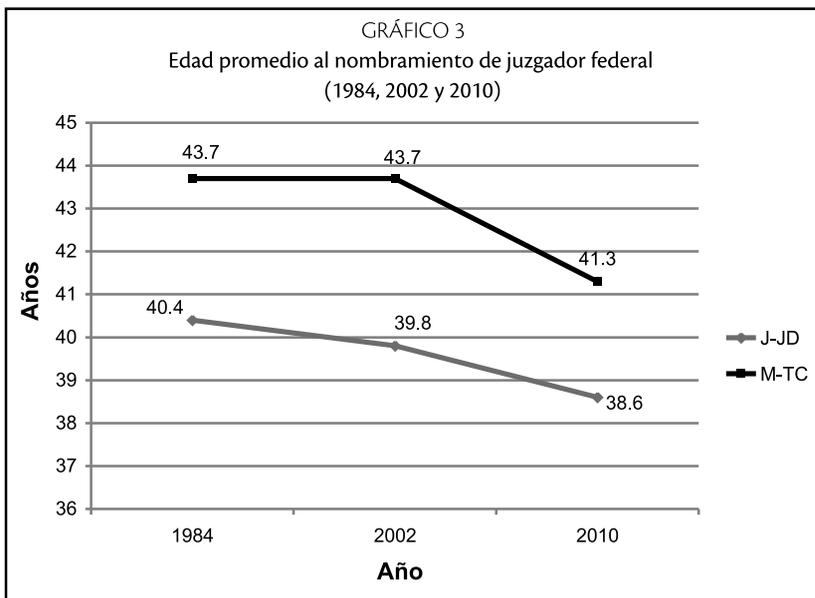
² El resto de las entidades federativas de origen de los jueces osciló entre el 1% y 6%, mientras que el número de las entidades restantes de procedencia de los magistrados de circuito también no sobrepasó el 6%, con la mínima excepción de las entidades de Jalisco y Michoacán, que entre ambas en promedio representaron el 6.2%.

³ La excepción la configuran los magistrados adscritos a tribunales unitarios de circuito, los cuales son originarios de 20 de las 32 entidades.

términos generales, se ha mantenido hasta el 2010. Es decir, en esta última década la tasa en el número de mujeres juzgadoras se detuvo, lo cual nos puede indicar que difícilmente se incrementará en el futuro inmediato.⁴

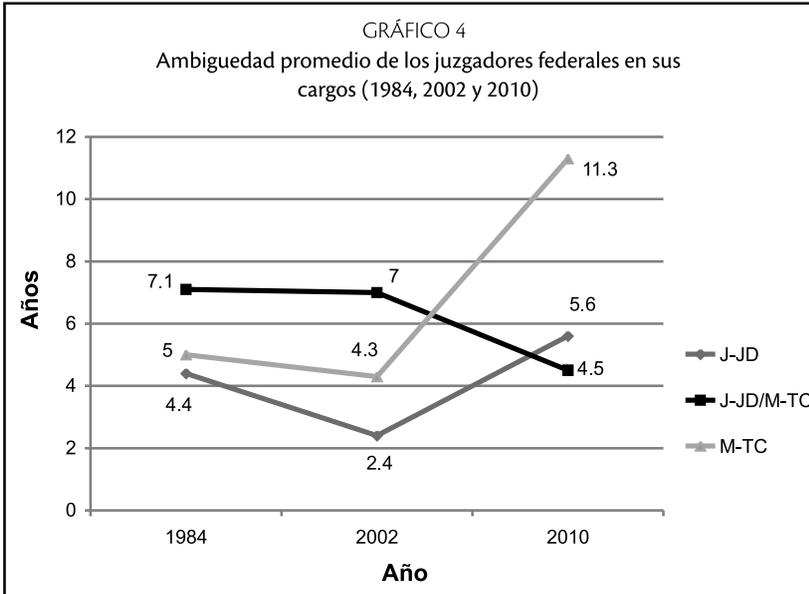
Lo anterior pone en entredicho lo que en el ámbito de una intensa rotación interna y constante incremento de órganos jurisdiccionales federales, el sistema escalafonario formal del Poder Judicial, que valora de manera considerable la aptitud y desarrollo profesional, no haya podido atraer en mayor medida al sexo femenino. Quizás esto se deba a la movilidad geográfica que en muchas ocasiones se deben de sujetar los juzgadores, lo cual para las mujeres se convierte en un obstáculo mayor que para el sexo masculino (López-Ayllón/Fix-Fierro, 2003, 581 y 582).

C. Edad al ocupar el cargo y antigüedad en el mismo



⁴ Cabe mencionar que a partir del último lustro el Poder Judicial federal ha manifestado interés por fomentar una mayor equidad en el acceso a la justicia. Para tal propósito, a través de un acuerdo general del Consejo de la Judicatura Federal, el 1o. de octubre de 2008 se creó la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación. Entre sus compromisos principales destacan los relativos a la defensa de los derechos de igualdad y no discriminación, protegidos en los artículos 1o. y 4o. constitucionales.

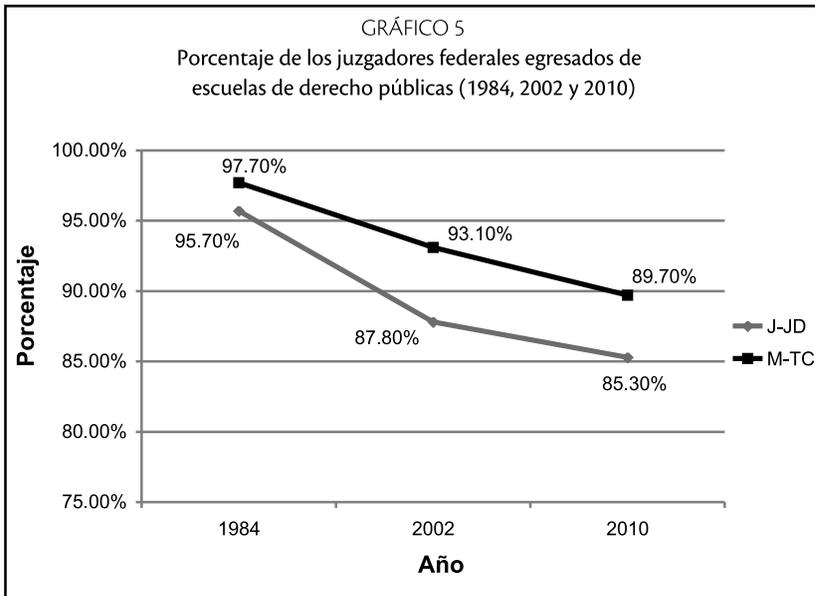
De conformidad con el presente gráfico, la edad promedio de los jueces de distrito y magistrados de circuito al momento de ser designados al cargo es muy semejante una década antes y otra después de implementada la carrera judicial. Sin embargo, actualmente la edad al nombramiento de juzgador federal empieza a reducirse un poco.



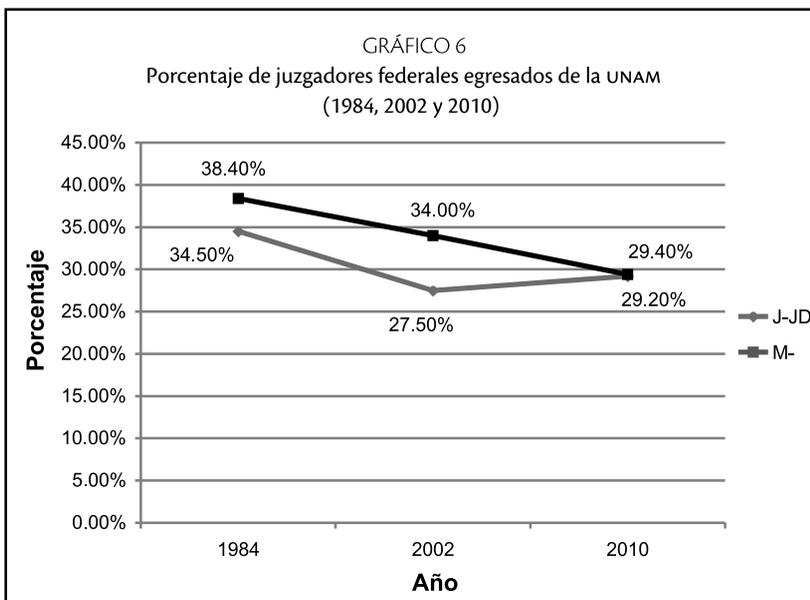
El gráfico muestra que hay un descenso significativo en el número de años que han permanecido en sus cargos los jueces de distrito en funciones, así como de los que lo fueron y actualmente son magistrados de circuito. Lo cual se entiende, debido a que, como se observará *infra*, el número de plazas de magistrados se ha disparado estrepitosamente con respecto al de jueces, provocando con ello una mayor rotación interna. Los jueces de distrito cumplen, en promedio, cuatro años en su cargo (y no seis como debiera ser su periodo normal, según la legislación) cuando son ascendidos al de magistrado de circuito. Cargo al que se incentiva desempeñarlo durante el sexenio ordinario no sólo por su observancia a la norma, sino porque constituye la puerta a la inamovilidad judicial. Lo anterior puede indicar, también, que es relativamente más sencillo lograr la inamovilidad siendo magistrado que juez.

2. *Escolaridad profesional y actividades académicas*

A. Licenciatura



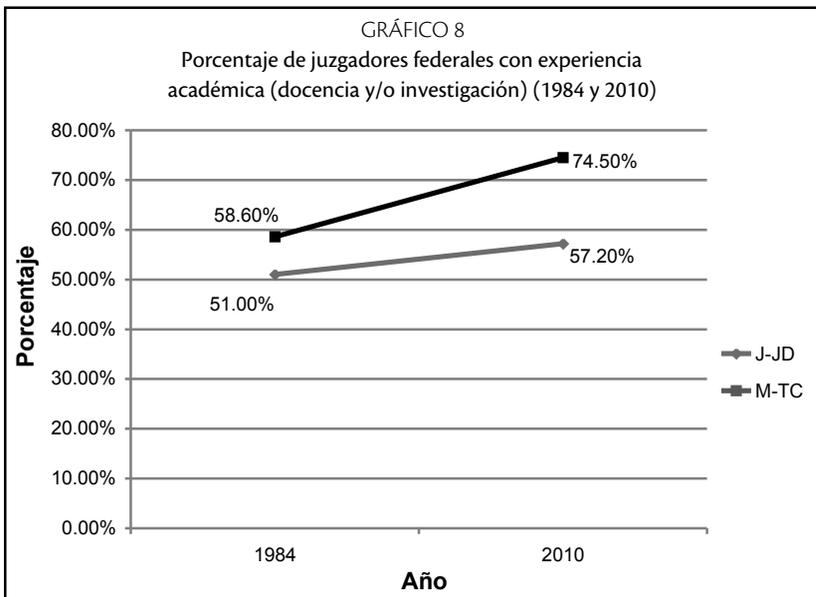
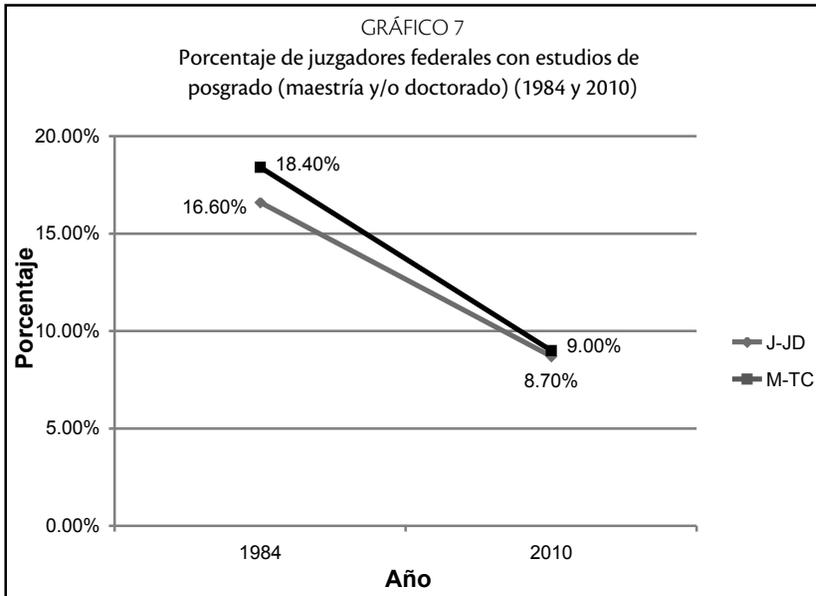
La situación en torno a los estudios profesionales realizados por los jueces y magistrados en los años 1984, 2002 y 2010, muestra interesantes similitudes y diferencias, según lo refleja el gráfico. En casi tres décadas el número de escuelas de derecho de las que son egresados los juzgadores federales ha aumentado considerablemente. Este incremento notable se ha visto especialmente en lo que concierne a las escuelas de derecho privadas. Sin embargo, desde casi treinta años hasta la fecha actual la tasa porcentual promedio de juzgadores egresados de escuelas privadas ha aumentado mínimamente, esto es, no más del 10%. Es decir, casi todos los jueces de distrito y magistrados de circuito continúan titulándose de escuelas y facultades de derecho de carácter público, entre las que se encuentra, en primer término, la UNAM, según lo indica el siguiente gráfico.



En casi tres décadas la UNAM ha sido la institución de educación superior de la que ha egresado un mayor número de juzgadores federales. En los años de 1984, 2002 y 2010, en términos generales, la tercera parte de los jueces y magistrados obtuvieron su título profesional de esta institución. Cabe también señalar que otra tercera parte de juzgadores federales egresó de escuelas de derecho públicas de cinco universidades de reconocido prestigio, como son la Universidad de Guadalajara, la Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, la Autónoma de Guanajuato, la Autónoma de San Luis Potosí y la Autónoma de Puebla.⁵ Con esto se observa una ligera pero constante descentralización de escuelas de derecho de calidad de donde egresan un alto número de jueces y magistrados y, por ende, se muestra también una mayor apertura del Poder Judicial federal al permitir el ingreso de abogados egresados de universidades públicas diversas a las existentes en la capital del país.

⁵ Llama la atención que un buen porcentaje de juzgadores federales egresados de dichas universidades públicas en diversos estados de la provincia, no nacieron en éstos, sino en el Distrito Federal.

B. Posgrado, docencia y/o investigación



En cuanto al aspecto docente y de investigación, según lo demuestra el gráfico anterior, en 1984, una década antes de formalizar la carrera judicial federal la mitad de los jueces de distrito y magistrados de circuito habían impartido al menos una clase o publicado al menos un escrito, mientras que 15 años después de establecido dicho sistema escalafonario, en el 2010, la gran mayoría de dichos juzgadores manifestaron haber realizado dichas actividades.

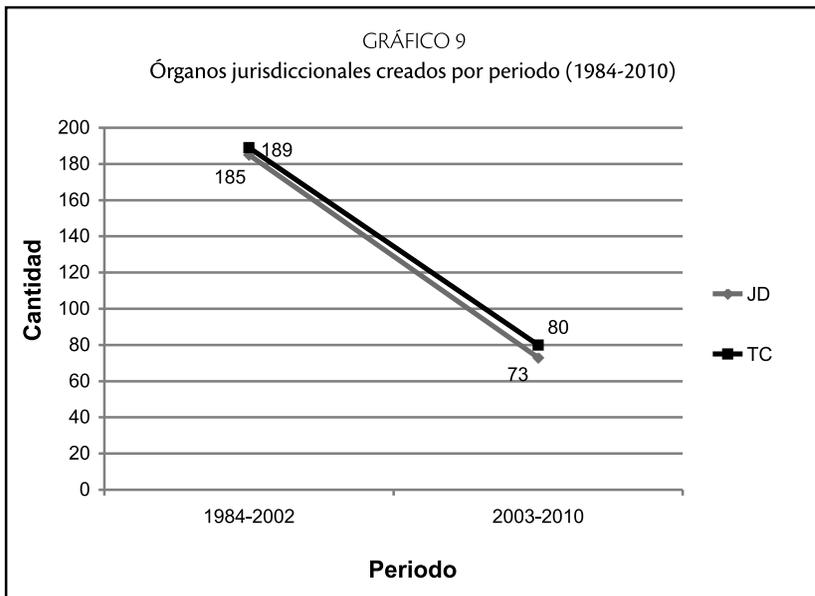
En contraste con lo anterior, el aliciente de la carrera judicial sobre la realización de estudios de posgrado (maestría y/o doctorado) ha repercutido mínimamente en los juzgadores federales, pues la tasa de egresados de un posgrado una década y media después de formalizarse dicho sistema escalafonario, en el 2010, se redujo estrepitosamente a la mitad con respecto de los juzgadores federales que en 1984, antes de institucionalizarse dicha carrera, informaron poseer una grado universitario.

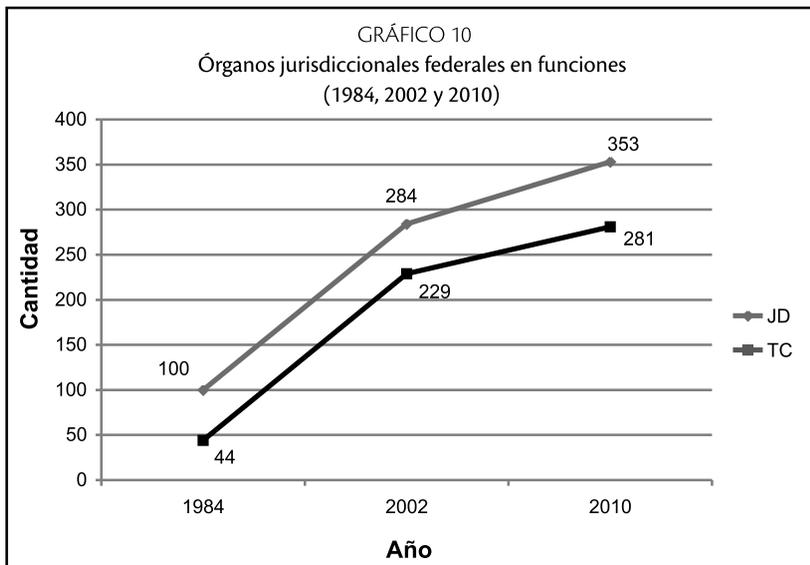
Lo anterior puede deberse a que para la impartición de una clase o para la elaboración de un escrito de publicación, regularmente no se requiere dejar mucho tiempo de lado las labores jurisdiccionales cotidianas, mientras que para la realización de un estudio de posgrado normalmente se necesita acudir de manera constante a una institución educativa y elaborar una tesis, lo cual resulta complicado por las altas cargas de trabajo que enfrentan algunos tribunales y no tanto a causa de la movilidad geográfica a la que son objeto, generalmente cada seis años, tiempo suficiente para concluir un posgrado. Ante esto, muchos jueces y magistrados prefieren acudir a la escuela judicial federal a tomar cursos, por la relativa facilidad y flexibilidad con que se ofrecen e imparten, además de que son indispensables para calificar al juzgador que pretenda obtener, por ejemplo, un nuevo nombramiento o adscripción. De estas figuras se hablará a continuación.

3. Órganos jurisdiccionales, nombramiento y adscripción

A. Órganos jurisdiccionales

De acuerdo con los dos gráficos siguientes (*ver gráficas 9 y 10*), en apenas un periodo de casi dos décadas (1984-2002) se crearon y estuvieron en funciones más órganos jurisdiccionales federales que en toda la historia del Poder Judicial (1825-1983: 143 = 100 JD y 43 TC), los cuales sumados a los órganos establecidos hasta el primer trimestre del 2010 dan como resultado 634.



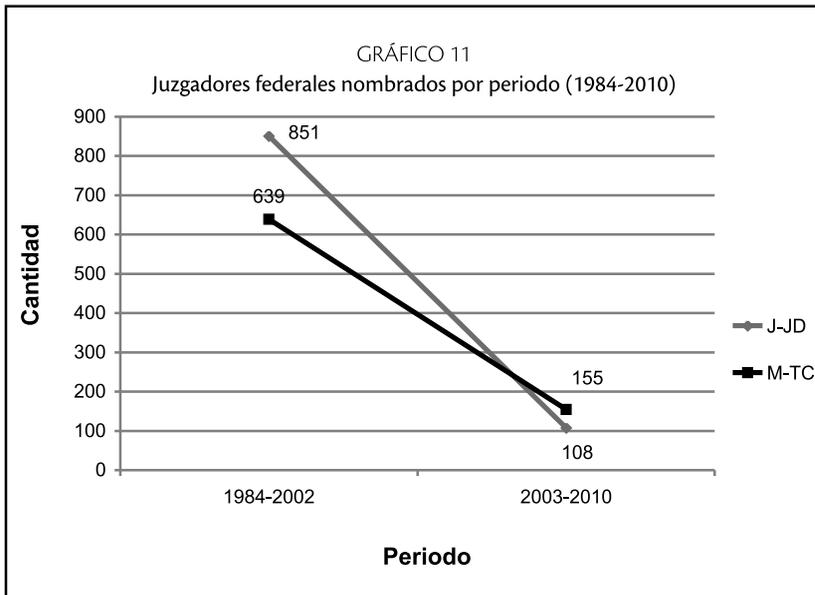


Esta explosión orgánica del Poder Judicial federal, según se ha comprobado (CIDAC, 1994, cap. 2: citado en López-Ayllón/Fix-Fierro, 2003, 539; Bustillos, 2008, cap. 7), ha obedecido a la pretensión de controlar las ascendentes cargas de trabajo y, por ende, el rezago de asuntos provocado por éstas. Una posible razón de esta situación gira en torno a la implementación de una política judicial que garantice al ciudadano un mayor acceso a la justicia federal, a través del establecimiento de más tribunales en todo el país. Otra posible causa de este incremento estrepitoso de órganos jurisdiccionales son las reformas constitucionales aprobadas en los años 1987, 1994 y 1999, de las cuales nos referiremos muy brevemente.

En la del 87 se propuso descongestionar radicalmente a la Suprema Corte de los amparos sobre cuestiones de legalidad, y transferir la facultad para conocer de este tipo de asuntos a los tribunales federales de inferior jerarquía. Con la reforma del 94 se le atribuyeron a la Corte mayores facultades de órgano de control constitucional, desprendiéndole, por ende, del conocimiento de negocios que no fueran estrictamente constitucionales o de relevante trascendencia, para dárselos para su resolución a los juzgados de distrito o tribunales de circuito. Por último, la reforma de 1999 aumentó particularmente la carga de trabajo a los TCC, pues estableció que la Corte les remitiría a éstos los asuntos en los que ya haya sentado jurisprudencia o los que estime que no requieran su participación, por no ser lo suficientemente trascendentes.

Ahora bien, ante el incremento orgánico de la jurisdicción federal, de igual manera aumentó la necesidad de ocupar un mayor número de plazas de jueces y magistrados, según lo expresa el siguiente gráfico.

B. Nombramiento



Según nos informa el presente gráfico, en las últimas casi tres décadas previas al 2010 se ha designado a cerca de 1,700 juzgadores federales, cifra que sobrepasa el número de los que han estado en funciones desde el comienzo de la historia del Poder Judicial, en 1825, hasta el año de 1983. Pero si sólo nos enfocamos a la carrera judicial actual, desglosando el primer periodo que ofrece este gráfico (84-2002), observamos que en la década previa a la existencia de la carrera, es decir del 84 al 94, se había nombrado arriba del medio millar de juzgadores (513), mientras que en la década y media posterior a la puesta en marcha de este sistema escalafonario, o sea del 95 al 2010, se disparó más arriba del triple el número de designaciones.

Ahora bien, siguiendo esta tendencia de crecimiento mayor al triple en el número de juzgadores nombrados durante el periodo general 1984-2010, podemos observar que, de conformidad con el gráfico anterior, la proporción coincide con el índice de crecimiento de los juzgados de distrito y tribunales unitarios de circuito en funciones también en el 84, año inicial de dicho periodo, y en el 2010, al final del mismo.⁶

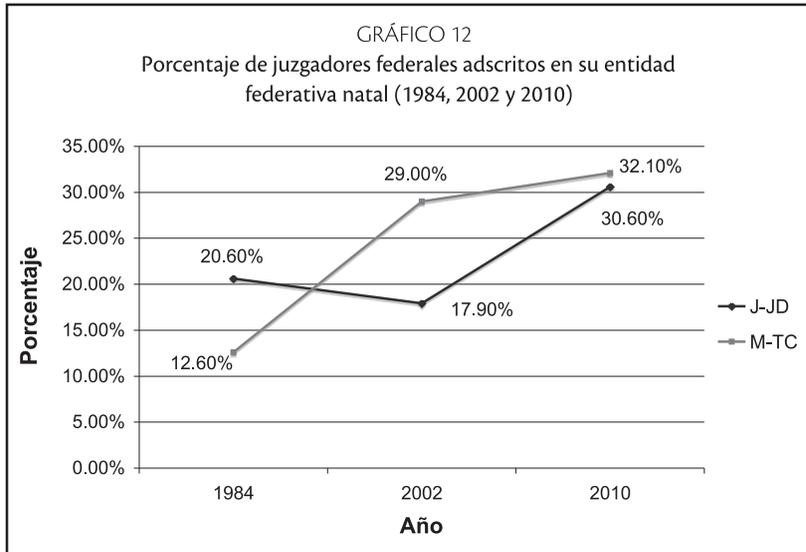
La excepción de dicha tendencia la configuran los tribunales colegiados de circuito, pues tanto el número de estos órganos en funciones como el de los magistrados que fueron designados para integrarlos se disparó estrepitosamente hasta siete veces más entre 1984 y el 2010.⁷ Esto es de singular importancia porque los tribunales colegiados, como órganos revisores que son de las resoluciones de los órganos de inferior jerarquía, y en atención a la pirámide jerárquica jurisdiccional, deberían crecer en menor cantidad que el número de tribunales que revisa. Crecimiento que, según comenta Héctor Fix-Zamudio, “resulta inconveniente, porque significa en realidad una duplicidad de funciones, y porque ha provocado que la estructura del Poder Judicial federal se invierta, es decir, que haya un número mayor de magistrados de circuito que de jueces de distrito”.⁸

⁶ En el caso de los juzgados de distrito y tribunales unitarios, el comparativo del crecimiento con respecto a sus integrantes es más fácil de observar, ya que cada uno de estos órganos es ocupado también por un solo juzgador. No ocurriendo así con los colegiados, por ser su integración tripartita.

⁷ En 1984 estaban funcionando 27 colegiados, mientras que en marzo del 2010, 209. En este periodo 1984-2010 se designaron a 186 magistrados de tribunales colegiados, los cuales integraron 62 de estos órganos, mientras que los 147 restantes tribunales colegiados los ocuparon jueces de distrito o, en mucha menor medida, candidatos externos al Poder Judicial, a través de exámenes derivados de convocatorias “abiertas”.

⁸ Prólogo a la obra de Bustillos (2008, XXI).

C. Adscripción

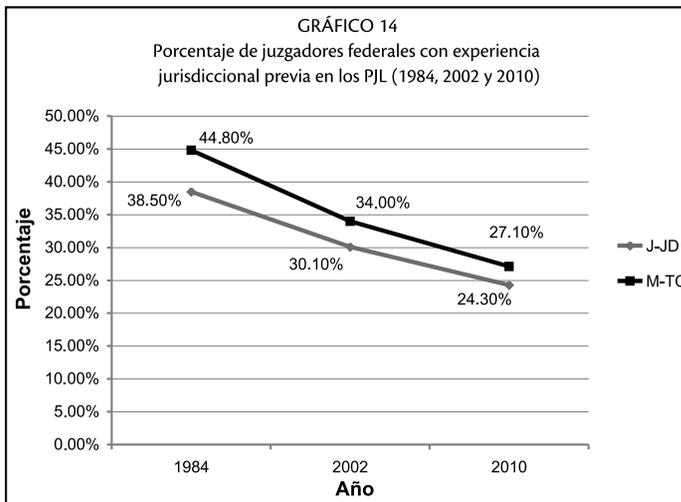
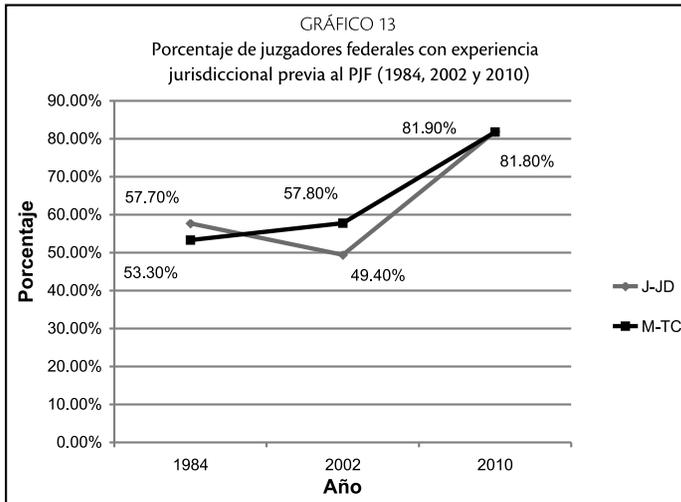


El gráfico revela que antes de la instrumentación de la carrera judicial alrededor de la quinta parte de los jueces de distrito y magistrados de circuito fueron adscritos en su lugar de origen. Esta proporción aumentó poco a partir del desarrollo de dicho sistema escalafonario, pues desde su comienzo hasta principios del 2010 sólo un tercio de los juzgadores federales gozaron del privilegio de haber sido designados para ejercer su labor jurisdiccional en su entidad federativa natal. Lo cual evidencia la movilidad geográfica de los integrantes del Poder Judicial.

4. Experiencia y desempeño jurisdiccionales, remuneración y costos

A. Experiencia jurisdiccional

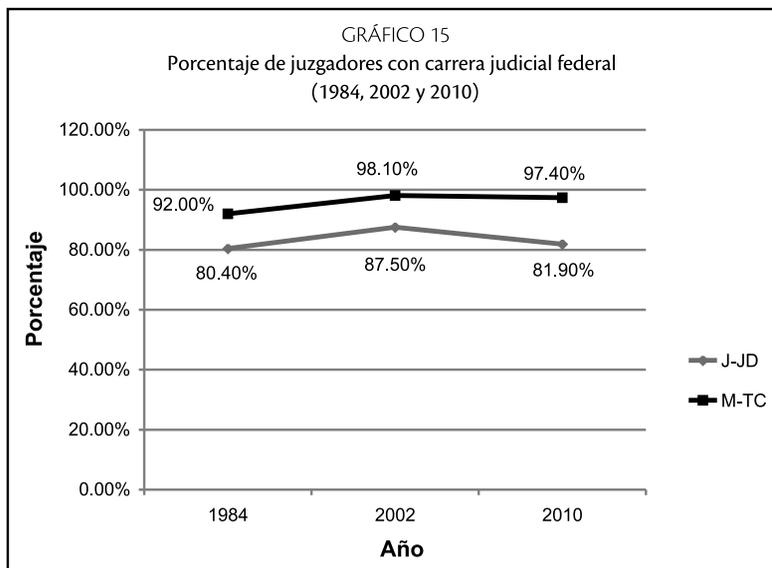
a) Fuera del Poder Judicial federal



De acuerdo con estos dos gráficos, una década previa y una después a la introducción de la carrera judicial, la mitad de los juzgadores federales manifestaron haber adquirido experiencia jurisdiccional fuera del Poder Judicial federal. Esta proporción se disparó arriba del 80% en el 2010. Lo cual nos indica que conforme se desarrolla temporalmente la carrera judicial, va aumentando el índice de los que ingresan al Poder Judicial federal con una formación jurisdiccional previa, fuera de éste. Asimismo, nos señala que de esa proporción, en el 84, casi la mitad de los juzgadores federales desempeñaron cargos jurisdiccionales en los poderes judiciales locales previos a su ingreso al Poder Judicial federal,⁹ proporción que paulatinamente se fue reduciendo hasta conformar sólo la cuarta parte de los jueces de distrito y magistrados de circuito en funciones en el 2010.

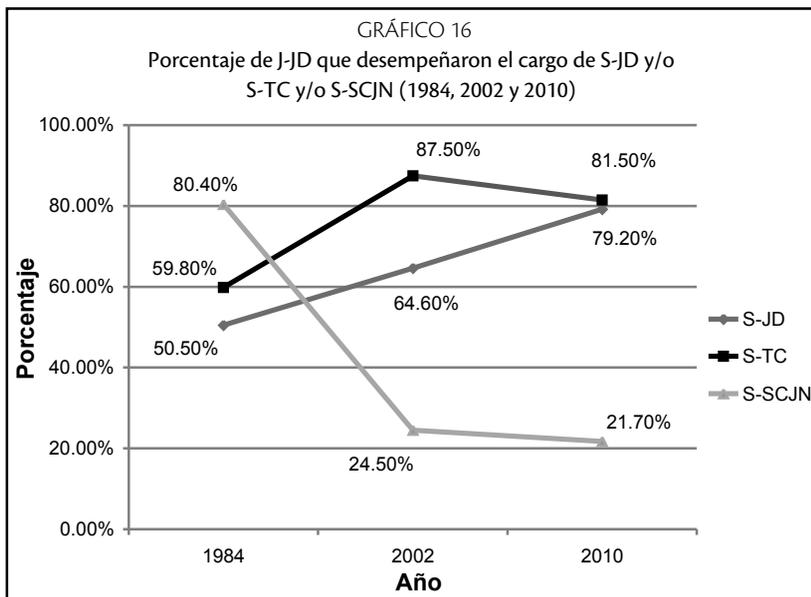
Esto nos revela también, como lo confirma el siguiente gráfico, que casi todos los juzgadores federales son designados de las filas de la carrera judicial.

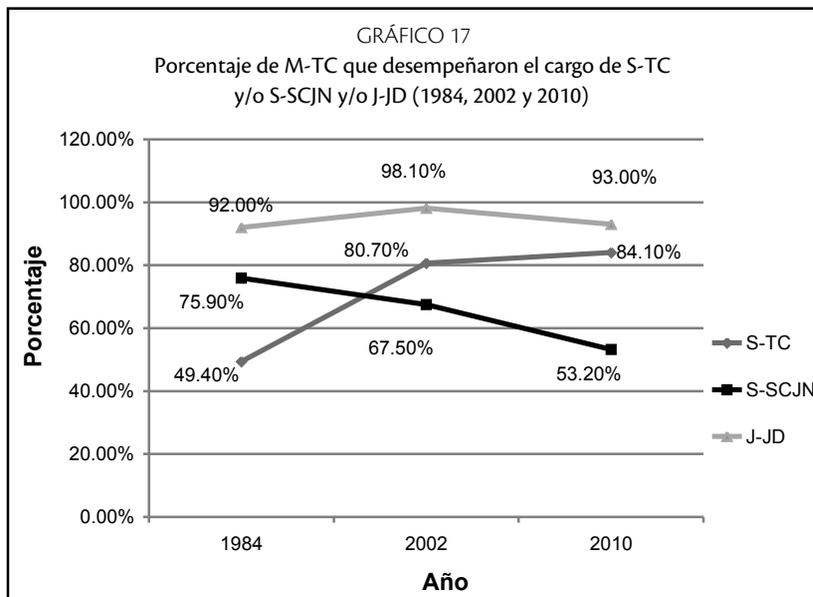
b) Dentro del Poder Judicial federal



⁹ El resto de los juzgadores federales que adujeron haber desempeñado cargos jurisdiccionales fuera del PJJF y en órganos diversos a los del PJJL, lo hicieron en tribunales pertenecientes a los PEF o PEL o en ambos.

La proporción de juzgadores federales procedentes de las filas del Poder Judicial ha sido prácticamente la misma antes y después de introducida la carrera judicial. De acuerdo con el gráfico, en casi tres décadas la tasa de juzgadores que se han formado jurisdiccionalmente en el Poder Judicial ha oscilado, en promedio, en el 90%. Sin embargo, encontramos que a partir de la carrera judicial formal no llegan ni al 10% los jueces de distrito y magistrados de circuito que han transitado sistemáticamente por todos sus peldaños. Pero si es pertinente destacar que la tercera parte de los juzgadores federales han recorrido al menos tres de los peldaños de este sistema escalafonario, inclusive desde el cargo de oficial judicial, el cual, aunque formalmente no pertenece a las categorías de la carrera judicial, lo han desempeñado casi la tercera parte de los juzgadores. A continuación se ofrece la referencia a una categoría que históricamente había sido el último de estos peldaños previo para alcanzar el puesto de juzgador, categoría que, como se verá, cambió drásticamente su carácter prevaleciente.

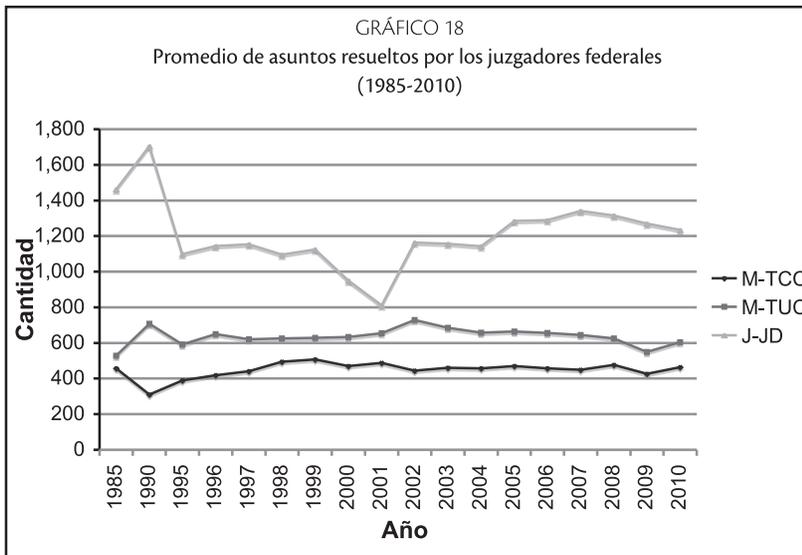




Según indican los gráficos, llama fuertemente la atención que la mayor parte de las plazas de jueces de distrito (alrededor del 80%) ya no son ocupadas directamente por secretarios de la Suprema Corte, sino por secretarios de tribunales de circuito o secretarios de juzgados de distrito. En el caso de los magistrados de circuito, se observa también que un porcentaje cada vez menor de ellos fue previamente secretario de estudio y cuenta en la Corte, incluso por debajo del porcentaje que se desempeñó como secretario de tribunal. En consecuencia, casi todos los magistrados obtuvieron este nombramiento después de haber sido jueces de distrito.

Lo anterior puede deberse al crecimiento acelerado de los órganos jurisdiccionales federales, que dificulta el acceso directo a los mismos por parte de secretarios de la Corte, además de que en ésta día a día se desarrollan funciones más especializadas, las cuales difieren de las propiamente ejercidas en los juzgados de distrito y tribunales de circuito. Por tanto, esto pudiera indicar una mayor independencia de la carrera judicial con respecto a la Corte y, por ende, una mayor autonomía en las actitudes y opiniones en el desempeño de los jueces y magistrados (López-Ayllón/Fix-Fierro, 2006, 46 y 47). Desempeño que ciertamente se refleja en la productividad jurisdiccional que realizan los juzgadores, como son en gran medida los asuntos que resuelven, según lo expone el siguiente gráfico.

B. Desempeño jurisdiccional (asuntos resueltos)



El gráfico evidencia la productividad jurisdiccional, reflejada en los asuntos resueltos, por parte de los jueces de distrito y magistrados de circuito desde una década previa al funcionamiento de la carrera judicial federal hasta la actualidad. Asuntos cuyas características, de acuerdo con la competencia otorgada a los órganos que pertenecen, se precisan a continuación.

Los jueces de distrito conocen y resuelven tanto amparos como asuntos federales ordinarios. En los amparos (concretamente amparos indirectos) se ventilan, por ejemplo, aquellos actos y resoluciones de las autoridades administrativas, incluyendo órdenes de aprehensión y resoluciones judiciales no definitivas. Los asuntos federales ordinarios no son del todo claro definirlos, pues si bien en materia penal está precisado (o sea, juzgar en materia de delitos federales, que están determinados en la ley), en materia civil-mercantil no resulta fácil dilucidarlo, ya que, de acuerdo con el artículo 104 de la Constitución federal, se tratan de controversias que se suscitan sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales. Sin embargo, cuando las mismas sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a

elección del actor, los tribunales federales o estatales, y se ventilarán normalmente en estos últimos, particularmente en materia mercantil, pues aunque es federal, lo común es que los asuntos en esa materia sean resueltos por los tribunales locales.

Respecto a los magistrados de circuito, se tiene que los adscritos a tribunales unitarios substancian y deciden sobre la apelación de asuntos federales ordinarios, en materias civil, administrativa y penal, siendo ésta última la más concurrida. Por otro lado, a los magistrados de tribunales colegiados les corresponde solucionar únicamente asuntos en amparo, de los cuales la Suprema Corte ha dejado de conocer, ya sea por considerarlos de poca relevancia y trascendencia, por tratarse de cuestiones de estricta legalidad o porque en dichos asuntos la propia Corte ya sentó jurisprudencia. Estos criterios han sido establecidos a través de reformas constitucionales, como las del 1988, 1994 y 1999 —de las cuales ya nos referimos arriba—, así como a través de su propia facultad interpretativa y de acuerdos.

Ahora bien, ya explicados brevemente los diversos tipos de asuntos que resuelven los juzgadores federales, a continuación ofrecemos una somera descripción cuantitativa general de los mismos, observando nuevamente el gráfico anterior.

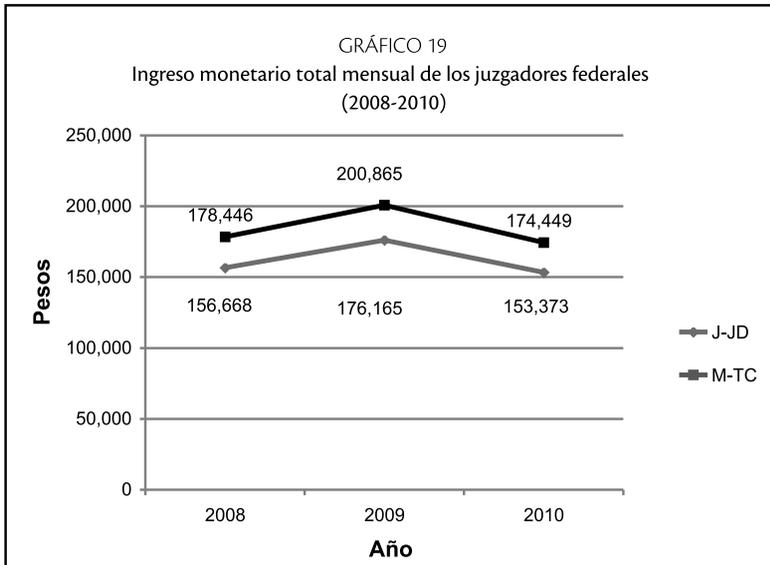
El comportamiento promedio de los asuntos resueltos por los jueces de distrito una década antes de implementada la carrera judicial muestra un alza que perdura hasta el siguiente lustro (1990). A partir de ese momento hasta el 95 se observa una caída estrepitosa en el número de asuntos resueltos, debido seguramente a la crisis económica impactada ese año. En el periodo 1995-1999 se aprecia un índice de despacho estable y casi semejante por parte de los jueces; sin embargo, en el 2000 y 2001 vuelve a presentarse un declive estruendoso en el número de casos resueltos. Llama fuertemente la atención que este descenso no se debió a un decremento de asuntos interpuestos ante los JD, sino todo lo contrario, ya que en ese bienio, con respecto al año anterior inmediato, aumentó hasta casi un cuarto de millón el número de negocios ingresados. La razón principal de esta “extraña” situación se debe a que al igual como se incrementó considerablemente la carga de trabajo, hubo una explosión en el aumento del número de JD. En sólo cuatro años, del 2000 al 2003, el número de JD se disparó de 217 hasta 317 (25 tribunales por año, en promedio), lo cual ya señalamos arriba.

Respecto a los magistrados de circuito, en estas tres décadas el comportamiento en el despacho de sus asuntos no varió mucho. Los magistrados de tribunales unitarios resolvieron, en promedio, 600 asuntos al año, de los cuales casi en su totalidad fueron en materia penal. Los de índole civil no llegaron a configurar ni el 10% con respecto a los penales.

En lo que toca a los magistrados de tribunales colegiados, se observa que en el mismo periodo cada uno de ellos resolvió, en promedio, alrededor de 500 asuntos, de los cuales una considerable parte corresponden a los llamados “amparos de legalidad”, en los que en la gran mayoría se impugnaron resoluciones de los jueces locales. También es pertinente indicar que a partir de 1997 hasta la actualidad la carga de trabajo en dichos tribunales aumentó explosivamente (desde alrededor de 168,000 asuntos hasta cerca de 400,000) y, por ende, la cantidad de resoluciones. Sin embargo, este cambio abrupto no se ve reflejado en el anterior gráfico, debido a que al igual que aumentó así el número de asuntos, también en dicho periodo se presentó, como ya lo anotamos con antelación, un incremento sin precedentes del número de tribunales colegiados (99 en 1998 y 207 en el 2009).

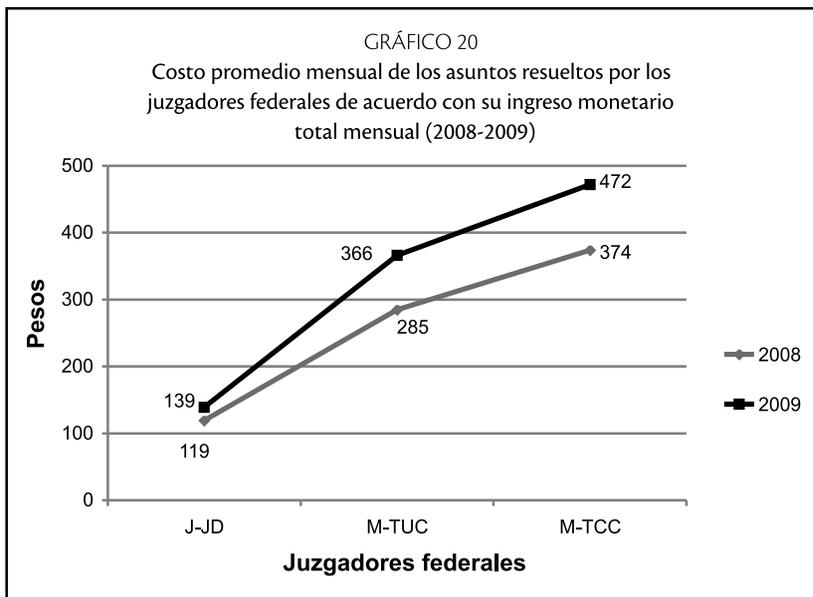
La aquí expuesta productividad jurisdiccional de los impartidores de justicia ha sido uno de los elementos más importantes a través del cual se puede evaluar su desempeño judicial. Sin embargo, para efectuar éste, con base en principios que establece la carrera judicial, los juzgadores federales gozan del factor remuneratorio, del cual se habla a continuación.

C. Remuneración



Según lo revela el gráfico, actualmente los magistrados de circuito perciben, en promedio, 185,000 pesos, mientras que los jueces de distrito, el 12% menos, es decir, 162,000 pesos. Se observa también que el incremento salarial del 11% que los juzgadores habían gozado hasta el 2009 se vio interrumpido y menoscabado con la reducción del 13% al mismo en el 2010, debido a la política nacional de austeridad, pese a lo establecido en la normativa que prohíbe la disminución del sueldo de los funcionarios judiciales durante su encargo.¹⁰ Por otro lado, el factor económico remuneratorio de los juzgadores, relacionado con su productividad jurisdiccional (asuntos resueltos), según creemos, nos puede permitir calcular, como a continuación se expone, el costo económico de éstos.

D. Costos (asuntos resueltos)



¹⁰ La excepción se efectuó como consecuencia de la política de austeridad promovida por el Ejecutivo federal, con el objetivo principal de que cada uno de los poderes de la Unión, de acuerdo con sus facultades y posibilidades, disminuyeran su presupuesto de egresos asignado, poniendo particular énfasis en el rubro del gasto corriente, el cual se configura básicamente con el sueldo de los servidores públicos. En el caso del PJF, la SCJN emitió un acuerdo general para poder modificar el tabulador.

De conformidad con el desempeño jurisdiccional y remuneración mensuales de los juzgadores federales, mostrado arriba, el costo promedio mensual de los asuntos resueltos actualmente por los jueces de distrito oscila alrededor de 125 pesos, mientras que por los resueltos por los magistrados de circuito, 375 pesos, es decir, tres veces más de lo resueltos por los jueces. Esto nos puede indicar que la justicia federal en segunda instancia (apelación, revisión...) es triplemente onerosa que la primera instancia.

III. Conclusión

Según nos indican los datos expuestos, a modo de conclusión y con cierto matiz de recapitulación, podemos señalar que la situación actual de la carrera judicial formal con respecto a la carrera informal del pasado en general se ha transformado, aunque aún existen elementos que se resisten al cambio.

En primer término, los factores de cambio que se pueden observar principalmente giran en torno a la selección y nombramiento de los juzgadores, ya que la mayor parte estas plazas ya no recaen en los secretarios de la Suprema Corte sino en los secretarios de tribunales de circuito o, en menor medida, de juzgados de distrito. Lo cual implica una desvinculación de éstos con la Corte, tanto de aptitudes como de opiniones. Algo similar está ocurriendo con la adscripción de los juzgadores, rubro en el cual se aprecia que un reducido número de ellos ha sido ubicado en sus lugares de origen, lo cual demuestra una mayor movilidad geográfica de los mismos, evitando con esto algún tipo de “presión”, dentro de su entidad de nacimiento, al resolver un asunto. En el mismo sentido, se muestra una mayor apertura para ocupar los cargos de juzgador federal a personas externas al Poder Judicial, a través de convocatorias abiertas, incluso la posibilidad para los internos o los propios externos de obtener una plaza de magistrado sin haber sido previamente juez de distrito.

También en cuestión geográfica, pero en relación a la universidad de origen de los juzgadores, se ha evidenciado otra situación con respecto a la existente en el pasado. La centralización en la formación universitaria jurídica de los impartidores de justicia, configurada principalmente por la UNAM, ha estado en constante disolución, es decir, la mayor parte de los juzgadores ya no son egresados únicamente de la UNAM, sino también de al menos otras cinco universidades públicas de provincia.

Otro factor de transformación ha sido el control de las cargas de trabajo por parte de los juzgadores. Sin embargo, colocando esto en su contexto real, se aprecia

que tal situación no se ha dado porque los impartidores de justicia sean algo más que eficientes, sino que el incremento constante de las cargas de trabajo se ha visto compensado por el aumento explosivo en el número de órganos jurisdiccionales y, por ende, de juzgadores.

Asimismo, se ha mostrado un cambio en lo que respecta a la experiencia de los juzgadores en actividades complementarias a las jurisdiccionales, como es la docencia, pues la mayoría de los ellos ha tenido al menos una experiencia en este ramo.

Un elemento más de evolución ha sido el de la remuneración, el cual, en general, se ha visto en constante ascenso, incluso por encima del percibido por la mayoría de los juzgadores del país. Lo cual ciertamente ha configurado un sólido factor de estabilidad económica y, en consecuencia, un desalentador de corrupción.

Por el otro lado, algunos de los elementos que aún continúan inertes son la centralización en la integración de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, debido a que la proporción más alta de juzgadores en funciones son oriundos de la capital del país. De igual manera, se observa una situación estática en el rubro de equidad de género, pues sólo una mínima parte del total de juzgadores son mujeres.

Un referente inmóvil más es el relativo al carácter socioeconómico de las escuelas de derecho de procedencia de los juzgadores, pues todavía las de carácter público continúan siendo de donde ellos mayormente egresan, mientras que las escuelas privadas aún representan una mínima parte de éstas. Dentro de este mismo ámbito, otros aspectos que se han resistido al cambio o mejora por parte de los juzgadores, son los respectivos a la continuación en su formación jurídica universitaria a través de estudios de posgrado, pues conforme transcurre el tiempo un número menor de ellos poseen un grado académico. La misma reducción proporcional se visualiza sobre la experiencia en la investigación, ya que es muy reducida la cantidad de juzgadores que manifiesta tener al menos una publicación de su autoría.

Por último, un par de referentes que involucran tanto un cambio de mejora como un elemento inmóvil o incluso de retroceso, tiene que ver, en primer término, con el crecimiento explosivo del número (duplicado) de tribunales de circuito (concretamente los colegiados) con respecto a los juzgados de distrito, lo cual implica invertir la pirámide jerárquica jurisdiccional y, por ende, duplicar funciones. El segundo aspecto puede ser el del costo económico que conlleva resolver los asuntos pues, de acuerdo con la remuneración de los juzgadores, la cual se incrementa paulatinamente, y su relación con las cargas de trabajo, mismas que se reducen día a día en razón del ya indicado aumento masivo de tribunales, el costo promedio por asunto resuelto también se está incrementando en demasía.

En suma, con la formalización y desarrollo de la carrera judicial federal se observa una concentración de inercias y transformaciones, es decir, una transición cuyos efectos ya empiezan a dilucidarse principalmente en materia de transparencia, objetividad y efectividad, tanto sobre el propio sistema escalafonario como sobre los juzgadores que lo integran.

IV. Fuentes de información

1. *Bibliohemerográficas*

BUSTILLOS, Julio, *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*, present.

Héctor Fix-Fierro, pról. Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-UNAM, 2008.

COSSÓ DÍAZ, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. (Cuadernos para la reforma de la justicia, 4)

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y FIX-FIERRO, Héctor, “‘¡Tan cerca, tan lejos!’ Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor, Friedman, Lawrence M. y Pérez Perdomo, Rogelio (eds.), *Culturas jurídicas latinas*

de Europa y América en tiempos de globalización, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

_____, “¿Muchos abogados, pero poca profesión? Derecho y profesión jurídica en el México contemporáneo”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Informes de labores*, México, 1984-2010.

2. *Electrónicas*

<http://www.cjf.gob.mx/>

<http://www.equidad.scjn.gob.mx/>

<http://www.scjn.gob.mx/>

Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)*

Fernando García Sais**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación*. III. *Legitimación*. IV. *Representación adecuada*.

I. Introducción

El acceso a la justicia en México ha dado un vuelco extraordinario, al menos en lo que se refiere al ámbito constitucional,¹ en la medida en que se ha incorporado al artículo 17 un mandato al legislador para regular las acciones colectivas y determinar las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Por disposición constitucional, se asignó competencia exclusiva de dichos procedimientos colectivos a los jueces federales; *i.e.*, a los juzgadores del Poder Judicial de la Federación.²

* Ponencia presentada el 7 de julio de 2011 en el Instituto de la Judicatura Federal en el marco del Diplomado sobre Acciones Colectivas.

** Licenciado en Derecho, ITAM. Estudios del Doctorado en Derecho Patrimonial, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Profesor de Derecho de los Consumidores del ITAM. Autor de *Derecho de los consumidores a la información*, Porrúa-ITAM, 2007 y de *Derecho concursal mexicano*, Porrúa, 2005.

¹ Hago hincapié de que el avance se hace en el ámbito de la Carta Fundamental, ya que la iniciativa que contiene el proyecto de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, fue objeto de un “manoseo” en la Cámara de Diputados que de aprobarse por el Presidente de la República en dichos términos, no permitirán al país transitar hacia el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho que inspiró la reforma constitucional. Iniciativa de 7 de diciembre de 2010.

² Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010. En virtud de su Segundo Transitorio, el Congreso deberá realizar las adecuaciones legislativas en un plazo de un año que vencerá el 30 de julio de 2011. En este mes. [N. E. La reforma legislativa fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 2011].

Como coautor de la reforma constitucional y del proyecto de reformas a la legislación secundaria presentado por el Senado, junto con destacados juristas como José Roldán Xopa (ITAM), Alberto Benitez Tiburcio (ITAM), Eduardo Ferrer MacGregor (UNAM), Antonio Gidi (Universidad de Houston), Jean Claude Tron Petit (Poder Judicial de la Federación), me deslindo y desconozco el eventual producto que se distancie sustancialmente del proyecto que los académicos entregamos de manera gratuita al Senado de la República.³

Por los motivos de disenso expresados, en este trabajo abordaré las instituciones procesales de la legitimación y representación adecuada, partiendo de la explicación que les ha dado la doctrina científica y la jurisprudencia comparada, evitando en la medida de lo posible acudir al dictamen del Senado o al dictamen de los Diputados, pues al día de hoy existe incertidumbre respecto de cuál será el derecho positivo en la materia. En todo caso, optaré por tomar como guía el proyecto del Senado, por parecerme el más adecuado, pertinente y apegado al mandato constitucional.

II. Aproximación

La tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos (a los que en lo sucesivo me referiré para efectos de esta exposición como “derechos colectivos”) representa un cambio paradigmático del modelo del sistema de protección de derechos, que en nuestra tradición parte de la tutela del derecho individualmente considerado.

Viejos principios deberán ser interpretados y ajustados a una nueva realidad: la cosa juzgada tendrá efectos *erga omnes*.

Preguntará alguno rasgándose las vestiduras, ¿y dónde queda el principio de *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest* que nos enseñaron en Teoría General del Proceso? Donde siempre ha estado, en el resto de los procedimientos.

La *res iudicata* ya no será inmutable ni inatacable, pues ahora se exigirá que “la sentencia recaída en autoridad de cosa juzgada haya sido precedida por un debido proceso de carácter contencioso con adecuada oportunidad de ‘audiencia y de prueba’”.⁴

³ Temas como la modificación del *opt-out* por el *opt-in*, la restricción a las materias protegidas (dejando fuera todo lo que no sea consumo y medio ambiente), el pésimo manejo que se le da a la cosa juzgada, entre otros aspectos, reflejan una clara ausencia de aptitud de los diputados para cumplir de manera adecuada con el mandato constitucional.

⁴ Capello, Nicolas Daniel, *Revisión de la cosa juzgada por falta de representación adecuada*. http://www.procesasantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Capello_Nicolas_CONSTCLYJP.pdf

Los precedentes en Estados Unidos han establecido como un principio el de permitir a los miembros ausentes desafiar su adecuada representación de tal manera que si la clase (grupo o colectividad) o alguno de sus miembros fueron inadecuadamente representados, la sentencia será invalidada respecto de ellos, bajo la garantía del debido proceso legal.⁵

Lo anterior conducirá a la aplicación del principio de “no obligatoriedad de la sentencia desfavorable” (*secundum eventum litis*), siempre que se haya afectado de manera trascendente al fallo, la defensa de los derechos e intereses del grupo o de la colectividad.

Notarán ustedes que para explicar el tema de la legitimación y representación adecuada, sin hacerlo aún, he tenido que recurrir a la institución de la cosa juzgada. He empezado por el final. Lo que sucede es que en este tipo peculiar de litigios, la parte actora no pretende —como en los otros juicios— ganar, sino obtener una sentencia que proteja de la mejor manera los derechos colectivos violados.

Ello se debe a una peculiar imposibilidad de disociación de dichos conceptos en las acciones colectivas. Siempre que pensemos en legitimación estaremos involucrando, consciente o subconscientemente, representación adecuada y cosa juzgada. Es un trinomio fundamental del proceso colectivo.

En otras palabras, a partir de la consideración (ficción) de que los afectados en sus derechos sustantivos están presentes en el litigio a través de un legitimado que no eligieron, el derecho a ser oído a través de ese “portavoz” (como lo denomina Gidi), debe ser escrupulosamente vigilado durante todo el procedimiento, inclusive después del dictado de la sentencia, a efecto de garantizar el debido proceso.

III. Legitimación

La legitimación la hemos distinguido y bifurcado en legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*. Es decir, claramente diferenciamos semánticamente entre presupuestos procesales y condiciones de la acción.

Así, la legitimación *ad procesum* es un requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam*, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.

La Segunda Sala de la Corte estableció que por *legitimación procesal activa* debe entenderse a “la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de

⁵ El mecanismo con que cuentan es el de “*Collateral attack*”. Vid. Klonoff, Robert H. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, USA, Thomson/West, 2007.

que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia”.⁶ Y ello acontece cuando la acción es ejercitada por quien se ostente como *titular* de ese derecho o bien porque cuente con la *representación* legal de dicho titular.

Esto es, la legitimación en el proceso (*ad procesum*), es un presupuesto del procedimiento que se refiere o (i) a la *capacidad* para comparecer al juicio, para lo cual se requiere que el compareciente esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o (ii) a la *representación* de quien comparece a nombre de otro.⁷

En la jurisprudencia se enfatiza en que “siendo la legitimación *ad procesum* un presupuesto procesal, *puede examinarse en cualquier momento del juicio*, pues si el actor carece de capacidad para comparecer a él o no justifica ser el representante legal del demandante, sería ociosa la continuación de un proceso seguido por quien no puede apersonarse en el mismo”.⁸

Según la jurisprudencia,⁹ la *legitimación en la causa* es una condición de la acción (por oposición a presupuesto procesal), y se distingue nítidamente entre legitimación en la causa desde el punto de vista activo de la legitimación en la causa desde el punto de vista pasivo, según se hable de actor o demandado, respectivamente:

[...]

En cambio, entre las condiciones de la acción se encuentra la legitimación en la causa, que consiste en la calidad en virtud de la que una acción o derecho puede ser ejercido, por o contra una persona en nombre propio. Así, la legitimación en la causa puede ser vista desde dos ángulos: *como la identidad de la persona del actor, con aquel a quien la ley concede la acción (legitimación activa), y como la identidad de la persona del demandado, con aquella contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)*. La legitimación en la causa constituye una condición de la acción porque únicamente en el supuesto de que se

⁶ Jurisprudencia, Segunda Sala, Tesis 2a./J. 75/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, VII, enero de 1998, p. 351, rubro: “LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO”. (Registro: 196956).

⁷ Jurisprudencia, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, tesis VI.3o.C. J/67, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, Julio de 2008, Civil, p. 1600, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA”. (Registro: 169271).

⁸ *Ídem*.

⁹ Uso el término “jurisprudencia” en su sentido amplio, equivalente a creación de normas generales abstractas y obligatorias.

acredite la legitimación del actor y del demandado, tiene posibilidad de éxito la demanda, pues si falta en una o en otra parte, la demanda tiene que ser desestimada”.¹⁰

En otras palabras, “el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde. La legitimación *ad causam* atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por tanto, lógicamente, sólo puede analizarse en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva.”¹¹

1. La legitimación para demandar en las acciones colectivas¹²

A. Introducción

En la iniciativa del Senado de 7 de diciembre de 2010, se declaró que respecto de las nuevas figuras procesales que se proponen en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de éstos.

Ello implica necesariamente, dice la iniciativa, que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que les auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de los procedimientos colectivos. Será necesario que revisen las interpretaciones en otras jurisdicciones y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano.¹³

¹⁰ Tesis aislada, Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, tesis XV.4o.16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, diciembre de 2010, p. 1777, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. CONSTITUYE UNA CONDICIÓN DE LA ACCIÓN Y NO UN PRESUPUESTO PROCESAL”. (Registro 163322).

¹¹ Jurisprudencia, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, Tesis VI.3o.C. J/67, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, julio de 2008, Civil, p. 1600, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA”. (Registro: 169271).

¹² Agradezco a Antonio Gidi haberme facilitado el material para la elaboración de este capítulo. En remembranza intitulé este capítulo de manera idéntica al suyo en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004, pp.107 y ss.

¹³ Se omitió en la iniciativa decir que es fundamental revisar la doctrina especializada, que con gusto debemos reconocer tenemos algunos exponentes mexicanos quienes desde hace años han venido impulsando este cambio procesal (como Eduardo Ferrer Mac-Gregor) así como otros académicos de otras nacionalidades que han contribuido de manera notoria (como Gidi). En esta tendencia se inscribe la senda jurisprudencial mexicana de la que abrevan algunos precedentes de los magistrados Jean Claude Tron Petit y Leonel Castillo González.

Efectivamente, para concebir adecuadamente a las acciones colectivas se necesita echar mano de nuevos conceptos, estructuras y mecanismos que permitan defender de manera apropiada los intereses que conciernen a la colectividad, dejando atrás, si se quiere, “superando” los conceptos inherentes de los procedimientos tradicionales e individualistas.

B. Doctrina de Gidi

De acuerdo con Gidi, y repetido por otros juristas, la cuestión de la legitimación para demandar en las acciones colectivas es un problema cronológicamente anterior al de la cosa juzgada pero también es un problema lógicamente posterior.¹⁴

Ello es así ya que derivado del hecho de que algunos (o muchos) de los interesados no hayan sido escuchados individualmente, inclusive, que no hayan participado en el procedimiento colectivo, se verán afectados por la *res iudicata*.

Precisamente en atención a esa peculiaridad de no participar activamente en el proceso pero que la inmutabilidad de lo juzgado le afecte, implica que el legislador no restrinja los instrumentos para permitir la revisión de la sentencia a efecto de garantizar que se hayan protegido adecuadamente los intereses de la colectividad.

Y dicho propósito se logrará, en parte, con las facultades de control que tengan los jueces. Pues, como ya dijimos, la propia jurisprudencia ya ha reconocido que la legitimación *ad procesum* debe ser revisada en cualquier momento del juicio.

La otra parte corresponde a una definición de política legislativa que importa resolver los siguientes aspectos:

- a) A quién se le otorga
- b) Qué condiciones debe reunir el legitimado procesal
- c) Cómo controlar si es “adecuado”, apto e idóneo para la defensa de los intereses reales del grupo o de la colectividad
- d) Qué tipo de legitimación habrá de preverse: concurrente, disyuntiva, exclusiva.
- e) Facultades de supervisión durante el procedimiento
- f) Quién puede supervisar al legitimado procesal

En relación con el primer aspecto, diversas legislaciones y la doctrina han explorado múltiples alternativas, cada una con sus problemas y sus beneficios.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 107.

Las propuestas transitan desde considerar que debería ser la propia colectividad afectada, con la necesidad de determinar qué debe considerarse por “afectada”, en quien debería reposar la legitimación procesal, previa designación de un representante —regulando el procedimiento de designación de este representante—, pasando por buscar que la legitimación recaiga en algún cuerpo intermedio entre el Estado y los ciudadanos; esto es, en las organizaciones de la sociedad civil (asociaciones civiles, fundaciones, ONG’s); o en alguna persona moral de derecho público que materialmente tenga competencia para conocer de la materia que atañe al interés colectivo en juego (Profeco, Condusef, Cofeco); u otros órganos del poder estatal que velan por los intereses de la comunidad como el Ministerio Público o el Ombudsman en materia de derechos humanos.

C. Legitimación concurrente, disyuntiva y exclusiva

La iniciativa distribuye entre diversos entes la legitimación procesal, creando así una *legitimación concurrente*.

Si bien, es la propia colectividad, bien sea a través de una grupo de afectados o en una organización civil, en quien debería recaer por ser la titular también del derecho sustantivo, no se estima prudente incurrir en el riesgo de que los individuos, sin la correcta conformación y estrategia alineada de un grupo sólido, puedan ser sometidos por el poder de la contraparte.

Que sea entonces no el individuo unido esporádicamente, sino a través de una entidad más permanente, la que tenga en exclusiva la legitimación, también implica convertir a esos entes en centros de poder y de opresión.

Tal parece que la legitimación concurrente de varias entidades, públicas y privadas, de la mano de ciertos controles, constituye un acierto.¹⁵

Cabe precisar que además de ser concurrente, la legitimación procesal prevista es disyuntiva y exclusiva.

Es *disyuntiva* en la medida que cualquiera de los entes *co-legitimados* puede interponer la acción colectiva, sin necesidad de autorización de los demás entes y sin que sea necesario —aunque pudiera ser voluntario— la formación de un litisconsorcio activo.

¹⁵ Inclusive, a lo anterior puede acompañarse la supervisión del Ministerio Público garantizándose su intervención obligatoria en todos los procedimientos colectivos para velar por la prevención de fraudes y chantajes.

Se dice que la legitimación es *exclusiva* porque el legislador prevé un modelo de *númerus clausus*, conforme al cual únicamente las entidades listadas tienen legitimación para interponer la demanda.

El carácter disyuntivo se aplica entre las asociaciones, en el caso de que hubiera varias asociaciones, por ejemplo, encargadas de la tutela del consumidor. Pero también se da entre las cuatro posibilidades genéricas de legitimados. No hay preferencia entre ellos, cualquiera que la ejercite está bien. Lo que se busca es proteger al derecho violado de la mejor manera, no preferir la promoción de alguna entidad. Seguramente la que promueva primero tendrá alguna cualidad por encima de las otras. Entramos al terreno de la competencia proactiva por la defensa de los derechos colectivos, generando incentivos legislativos que la detonen.

2. Entidades de Derecho público federal

En este aspecto, la iniciativa, en su artículo 584, otorga legitimación activa a las *personas de derecho público federal* a cargo de la protección o tutela de los derechos e intereses en materia de litigio, determinación a la que habrá que dirigirse al instrumento normativo que establezca la competencia del organismo, dependencia o entidad de que se trate.¹⁶

En el texto de la iniciativa no se observa control alguno respecto de estos entes públicos. Estaríamos en el caso de una presunción *iure et de jure*, por estimarse que por pertenecer a la esfera del Estado, cumplen adecuadamente su función.

3. Asociaciones civiles sin fines de lucro

También tienen legitimación para demandar las *asociaciones civiles* legalmente constituidas y cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate la acción colectiva por proponerse.

¹⁶ Respecto de la federalización de tanto de la competencia de los jueces como de la legitimación procesal, cabe indicar que es posible encontrar una eventual violación constitucional en aquellas materias, como la ambiental y la sanitaria, que son concurrentes entre Estados y Federación.

A. Controles (material, registral, temporal, legalidad)

Respecto de estas asociaciones civiles se introducen *diversos controles*.

En el propio artículo 584 se establece la *limitación material*. Solamente las asociaciones civiles cuyo objeto social coincida con el derecho o interés objeto del litigio tendrán la posibilidad de ejercitar la acción colectiva.

El otro control se ubica en el artículo 615 que establece que las asociaciones civiles deberán *registrarse* ante el Consejo de la Judicatura Federal. Para obtener dicho registro, el artículo 616 les exige que sus estatutos se ajusten a los requisitos del objeto social antes referidos, que tengan al menos un año de haberse constituido y que acrediten haber realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social.

En relación con el requisito de la *temporalidad*, constituye una verdadera *cláusula de ingenuidad*, pues nada se garantiza por sí solo con el transcurso del tiempo. Es más, inclusive, una asociación civil puede irse enfermando con el devenir de los años, por la entrada y salida de miembros, por la falta de constante profesionalización, etc.

Para *mantener el registro*, las asociaciones deben cumplir con las obligaciones establecidas en los artículos 618 y 619 que se refieren a no incurrir en conflicto de intereses, conducirse con diligencia, probidad y legalidad, utilizar los recursos del Fondo¹⁷ para los fines a que fue afecto, y entregar un informe anual al Consejo de la Judicatura Federal, respecto de sus operaciones, finanzas, uso de recursos y actividades del año inmediato anterior, a más tardar el último día hábil de abril de cada año.

Finalmente, aunque parece que podría omitirse por ser obvio, hay un control implícito de legalidad consistente en verificar la legal constitución de la persona moral en cuestión.

4. Grupo de diez personas

En tercer lugar, se establece dentro de ese esquema de legitimación procesal concurrente a cualquier *grupo de diez miembros de la colectividad o grupo afectados*. No se regula en el proyecto cómo se definirá el elemento consistente

¹⁷ El Fondo está regulado a partir del artículo 620, y se refiere al que se constituye para pagar daños y perjuicios causados a la colectividad o grupo y, subsidiariamente, para la tutela, promoción, investigación y difusión de los derechos colectivos.

en la “afectación” ni como esos diez miembros otorgarán la representación en juicio a un titular común o si comparecerán los diez.¹⁸

5. Procurador General de la República

Por último, se establece que el procurador general de la República tendrá legitimación procesal activa.

6. Controles generales: asistencia legal

Además de los controles particulares, como acontece con las asociaciones civiles, el artículo 585 establece que los legitimados para ejercer acciones colectivas deberán contar con asistencia legal profesional que vele por los derechos e intereses de la colectividad o grupo. Sobre este control habrá de referirse en el capítulo siguiente.

IV. Representación adecuada

Observamos que en los cuatro supuestos de legitimados se desplaza al individuo por un grupo organizado que debe atender no a intereses personales, sino a los intereses reales de la colectividad afectada, lo que conforma el *interés de la colectividad*.

1. Control legislativo y control judicial

Por ello, es preciso que el legislador además del sistema de controles que existen para las asociaciones civiles (*vid. supra*) y el general de asistencia legal, complemente el modelo con algún instrumento que permita al juzgador analizar, revisar y tomar las medidas oportunas que conlleven a garantizar la representación adecuada (control judicial), y en el supuesto de constatar que no están o no estuvieron adecuadamente representados los intereses del grupo, sustituir al legitimado procesal o permitir una nueva acción.

¹⁸ Respecto del número de este grupo, la doctrina lo ha discutido hasta el cansancio. Si debe el sistema contener un mínimo de personas como requisito de entrada parece una limitante, pues bastaría que un interesado lo haga valer para que el juez nombrara, en su caso, a un representante adecuado.

La idea es, pues, permitir las condiciones para el dictado de una sentencia en el marco de un procedimiento en el que se haya tenido cuidado de que la colectividad fue adecuadamente representada en sus derechos supraindividuales, evitando así que surta efectos la cosa juzgada en el caso de una inadecuada representación.

Con el control judicial se logra que, ante la falta de aptitud, idoneidad o negligencia del representante del grupo, el juez asuma una función activa y lejos de aceptar pasivamente la situación y pronunciar sentencia (como acontece en el modelo brasileño), tenga facultades para sustituir al legitimado de entre la lista cerrada de posibilidades, acudiendo a las entidades que por efecto de la presunción *iuris et de iure* fueron seleccionadas por el legislador como idóneas.¹⁹

Insisto, pues, en la importancia que tiene para el Derecho de que se garantice la posibilidad que tiene al actor, en convertirse en un adecuado portavoz de los intereses de la comunidad, analizando de manera constante su aptitud e idoneidad, rasgos que se exteriorizan desde la presentación de la demanda. Pero también es importante que se otorgue a las partes un rol de supervisar que en todo momento se cumpla con la adecuada representación.

Pensemos en el caso del control legislativo previsto para las asociaciones civiles. ¿Bastará que tengan determinados meses de constituidas para que puedan representar adecuadamente? Responder de manera afirmativa, significaría que por ello no hay cabida para la colusión, mala fe o impericia. Recordemos que no estamos hablando de derechos individuales sino colectivos.

Si por un lado, la concepción tradicional recogida en el artículo 1º del Código Procesal Civil Federal conforme a la cual sólo puede iniciar un procedimiento quien tenga interés, por el otro lado, cuando el derecho sea colectivo (difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva) se tendrá que reconocer, como ya se ha hecho en la iniciativa, legitimación procesal a alguien para defender en juicio a través de la acción colectiva dichos intereses y derechos.

Como en estos casos existe un titular del derecho subjetivo o material (colectividad, grupo o comunidad) y otro legitimado; es decir, hay una disociación entre titular de la acción colectiva que es el grupo y el legitimado, existen una serie de riesgos que pueden implicar, entre otras, una colusión entre las partes.

¹⁹ Sin que esto deje resuelta la problemática derivada de que la entidad pública realice una representación inadecuada, pues como dice Gidi: “una representación inadecuada perjudica los intereses del grupo, aunque esté cubierta de buena voluntad y de buena fe, y bendecida por el poder estatal”. *Vid.* Gidi, Antonio. “Representación adecuada” en *op. cit.*, p. 146.

Esa es una preocupación latente en todos los sistemas que han adoptado a las acciones colectivas como el mecanismo para hacer valer los derechos supraindividuales y está presente también en la iniciativa del Senado.

2. Control Judicial

El artículo 587 al regular los requisitos de procedencia de la acción establece los siguientes controles judiciales:

- a) Que los sujetos legitimados o quien preste la asistencia legal profesional, *representen adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo* y no se encuentren en conflicto de interés con éstos.
- b) El juez a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.²⁰

A. Sustitución del legitimado

El artículo 588 establece el control judicial de la sustitución del legitimado en los casos en que (i) dejare de haber un legitimado activo o (ii) el legitimado o el asesor legal profesional, dejare de representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo.

Puede dejar de haber legitimado activo por una actitud procesal (desistimiento), por abandono, o por pérdida del registro de la asociación ante el Consejo de la Judicatura Federal, lo que puede acontecer por muchas razones, tanto de las propias de la asociación como de las derivadas de la falta de cumplimiento a los requisitos que permiten su continuidad en el registro.

También puede dejar de haber legitimado si, atentos a lo dispuesto en el artículo 591, segundo párrafo, el juez modifica la certificación de los requisitos de procedencia.

²⁰ Hubiera sido conveniente que la actuación del juez hubiera quedado *ex officio*, pues con ello tenemos un tercer vigilante comprometido con el proceso y no como un simple espectador. Y digo tercer vigilante porque el primero es el grupo o colectividad y, el segundo, es el demandado, pues aunque parezca irracional, el sujeto legitimado pasivamente tiene interés en que se analice vigorosamente durante el juicio si se está preservando la representación adecuada, pues sólo así podrá oponer *erga omnes* la cosa juzgada. Al respecto, *vid. Gidi, op. cit.*, p.149; Klonoff, *op. cit.*, p. 52.

Lo anterior, a través de un incidente de sustitución del legitimado activo. De dicho procedimiento conviene rescatar su celeridad y la posibilidad de que cualquier ente legitimado genéricamente pueda acudir, estableciéndose de manera residual para el caso de que no exista interesado o no puedan asumir la representación de manera adecuada, a juicio del juez, la legitimación activa en la entidad de derecho público federal que resulte competente por la materia del derecho colectivo involucrado.

También habrá sustitución si el legitimado o el asesor legal profesional, dejare de representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo. Lo que se presentará cuando haya falta de aptitud, idoneidad o negligencia de cualquiera de ellos.

Cabe preguntarse si el juez podrá sustituir al ente público en caso de que se demuestre cualquiera de los extremos que incidan en una eventual representación inadecuada o si dado el esquema de la presunción fuerte, no se admite esta posibilidad.

B. ¿Ataque débil o ataque fuerte?

Como lo dejé indicado en la nota al pie 20, la parte demandada tiene interés en que el ataque que haga el legitimado con su asesor jurídico sea lo más fuerte posible.

Lo anterior no es un error ni de pensamiento ni de dicción. Tampoco es incongruente. Quizá en otro tipo de procedimientos, como en las peleas de box, lo que más le conviene a una de las partes es la debilidad del oponente. Aquí, no.

Al demandado le interesa asegurarse no dejar resquicio alguno para que la colectividad afectada pueda argumentar que la cosa juzgada no les afecta debido a la inadecuada representación.

Hubiera sido conveniente que, en la iniciativa, la actuación del juez hubiera quedado *ex officio*, pues con ello tendríamos un tercer vigilante comprometido con el proceso y no un simple espectador.

En términos llanos, si el demandado pierde, el grupo o colectividad gana. Si el demandado gana, tiene el riesgo de que su triunfo perezca por la inoponibilidad de la cosa juzgada.

3. La indisponibilidad de la materia

Con los controles, tanto legislativo como judicial, se pretende garantizar que los derechos colectivos hayan sido representados de manera adecuada, mediante una defensa vigorosa de los intereses del grupo, durante todas las etapas del procedimiento.

Del trabajo llevado a cabo por el actor en su demanda, podemos detenernos en analizar aspectos que van desde la redacción y claridad hasta la argumentación jurídica. La precisión del tipo de derecho colectivo puesto en riesgo o dañado, la identificación de las cuestiones comunes, la identificación de los elementos probatorios que conducirían a cerciorarse de que efectivamente hay una afectación y, por último, la petición de la mejor solución para proteger el derecho o interés afectado, constituyen algunos elementos respecto de los cuales la colectividad, quien posee la titularidad del derecho colectivo, tiene interés en que el representante legitimado lo haga de manera adecuada. No se exige perfección, sólo adecuación.²¹

Sin embargo, no sólo al grupo que participa activamente en el juicio, a través de su representante le interesa. Hay una porción de la comunidad afectada, inaudita, que también le interesará el resultado. Por tratarse de derechos colectivos, les interesa a todos. Por ello, se ha dicho en la doctrina que este tipo de derechos son indisponibles,²² por lo que no cabría siquiera una transacción judicial en tanto que se trataría de un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

En el caso mexicano, el legislador previendo una garantía adicional a los miembros del grupo, para prevenir que el representante renuncie a algún derecho, estableció la posibilidad de que la acción colectiva sea resuelta por convenio judicial (es un paso previo a que el juicio se abra a prueba) imponiendo que el juez revise de oficio que el convenio sea procedente legalmente y que los intereses de la colectividad estén protegidos debidamente.

Además, previo a que el convenio se eleve a categoría de cosa juzgada, para garantizar la legalidad, se deberá dar vista a las entidades federales legitimadas procesalmente, para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

²¹ Así lo han hecho constar los jueces norteamericanos. En particular, en el caso *Hansberry v. Lee*, 311, U.S. 32 (1940) se afirmó que “*requires only adequate class representatives and counsel, it does not require that the best possible plaintiffs and counsel be selected*”. *Vid.*, Klonoff, *op. cit.*, p. 51.

²² Solamente los derechos individuales homogéneos, una vez reconocidos individual y aisladamente, podrían ser considerados disponibles.

4. La cosa juzgada

La cosa juzgada en las acciones colectivas en defensa de intereses y derechos colectivos y difusos opera *erga omnes* y *ultra partes*.

Con ello se afirma que la sentencia juzgó de manera definitiva la controversia colectiva o difusa. La misma acción colectiva, en defensa del mismo derecho colectivo, no podrá proponerse de nueva cuenta, atentos a las siguientes posibilidades terminales:

- a) *Si la reclamación fue estimada procedente*, la sentencia extenderá sus efectos, para beneficiarse de la cosa juzgada, a todos los miembros del grupo. Con esto, cualquier individuo podría acudir a solicitar una indemnización, en virtud de la habilitación otorgada en la sentencia colectiva.
- b) *Si la reclamación fue estimada improcedente, y hubo adecuada representación*, la sentencia habrá juzgado de manera definitiva la cuestión, operando la cosa juzgada respecto del infundado reclamo. Subsistirá, empero, la posibilidad de que de manera individual el que se estime afectado por el acto o hecho lo ataque a través de una acción individual. Lo que ya no se puede volver a tramitar es la pretensión grupal, pues esa ya se juzgó.
- c) *Sin embargo, si la reclamación fue estimada improcedente, y no hubo adecuada representación que haya trascendido al resultado, la sentencia no hará cosa juzgada y se podrá proponer la misma acción*. Sobre este supuesto particular nos referiremos más adelante.

Como anticipé en la Aproximación (*supra*), la tutela jurisdiccional de los derechos colectivos representa un cambio de paradigma en el proceso. En las acciones colectivas, la cosa juzgada tiene efectos *erga omnes* o *ultra partes*, alcanzando la protección de los derechos dondequiera que, por la misma causa, hayan sido violados o estén siendo vulnerados con independencia de cuántos sean los afectados materialmente.

Barbosa Moreira, autor citado por Gidi, dice al referirse a los derechos indivisibles que “la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo como la lesión de uno constituye *ipso facto* la lesión de toda la colectividad”. En otras palabras, la decisión judicial afectará la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad, quienes son los verdaderos y únicos titulares del derecho en litigio.²³

²³ Gidi, Antonio, “Cosa juzgada en acciones colectivas”, en *op. cit.*, p. 261 y ss.

La extensión a terceros de la cosa juzgada es el tema que suele plantear más críticas, dudas, anticuerpos, rechazo. Pero también es el tema en el que convergen todos los comentarios positivos y de aceptación del sistema de las acciones colectivas.

Siguiendo al procesalista brasileño “si en las acciones colectivas no se autorizara la extensión de la inmutabilidad de lo juzgado a terceros, se multiplicarían innecesariamente acciones semejantes, con el mismo objetivo, con partes diferentes, pero con la misma causa de pedir y pretensiones. Esto empeoraría aún más el sistema judicial y haría inviable la efectiva prevención o reparación del daño, sin hablar de las decisiones contradictorias por todo el país [...]”.²⁴

Como dice Ada Pellegrini “es de la propia índole de las acciones colectivas la extensión de lo juzgado *ultra partes* o *erga omnes*”. Y concluye la procesalista sosteniendo que, en efecto, si con posterioridad al dictado de la sentencia, cualquier interesado tuviera que acudir a solicitar la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la acción colectiva.

Evidentemente, cuando de extensión de la sentencia hablamos, nos referimos de los efectos que tiene sobre personas que no estuvieron directamente representadas en la acción colectiva. Entonces tenemos claramente dos grupos de personas: los que lograron meterse al proceso y los que no lo hicieron (a la mejor ni se enteraron).

Respecto de los primeros, lo que participaron junto con el legitimado o al menos conociendo que se estaba ventilando un juicio colectivo, y no ejercieron su derecho de salida (*opt-out*²⁵) el tema no representa problema alguno. La sentencia les afectará, tanto en su beneficio como en su contra.

Las inquietudes, como pueden anticipar, se presentan con el resto de los miembros de la colectividad afectada que no acudieron al procedimiento y que, con los patrones de la escuela tradicional, no tendrían por qué beneficiarse y mucho menos *perjudicarse* con una sentencia de un procedimiento en el cual no participaron ¡Si no fue oído y vencido!

Es precisamente la falta de entendimiento de la naturaleza de los derechos colectivos lo que arroja consideraciones como la anterior.

Lo que sucede es que en los procedimientos colectivos, las personas somos un mero pretexto, indispensable porque el derecho regula conductas humanas, de tal suerte

²⁴ *Ibidem*, p. 263.

²⁵ El proyecto presentado por el Senado contiene este mecanismos de *opting out* (opción de salirse), por considerarse que es el que tutela de mejor y más amplia manera los derechos colectivos. En oposición, con efectos mucho más limitados, el esquema del *opting-in* (opción de entrar), conforme al cual el que se sienta afectado tendrá que acudir al procedimiento a levantar la mano. Este último mecanismo desnaturaliza a la acción colectiva, convirtiéndola en otra cosa.

que al referirse a derechos colectivos, su carácter supraindividual implica necesariamente una decisión respecto del derecho mismo que se estima está siendo vulnerado.

En otras palabras, la sentencia no es que esté ampliando sus efectos a “personas que no litigaron”. La sentencia está protegiendo el derecho vulnerado, sea quienes sean y cuantos sean sus titulares.

En el juicio ya se acreditó que existe algún titular y, lo más importante, que existe una afectación al derecho. Luego, se justifica de manera directa su tutela, con independencia de si el titular levantó o no la mano en el juicio. De lo contrario, la tutela de los derechos colectivos quedaría en un mero deseo doctrinario o de la conciencia y la acción colectiva sería inútil.

Mi tesis es que la sentencia con efectos *erga omnes* lo único que hace es extender sus efectos naturalmente sobre el derecho afectado, reponiéndolo o indemnizando en función del mismo a sus titulares. Es una cuestión de proporcionalidad. La sentencia tendrá la magnitud del derecho colectivo violado.

Claro está que habrá de distinguir el tipo de derecho colectivo en juego. Si se trata de derechos difusos y colectivos en estricto sentido, que son de naturaleza indivisible y cuya titularidad es una colectividad de personas, determinable o indeterminada, pero relacionadas entre sí por cuestiones de hecho o de derecho, estaremos frente una sentencia que naturalmente abarca al derecho vulnerado, sea quien sea su titular.

En el caso de los derechos individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza individual de los que sean titulares los miembros de una colectividad y que, debido a su origen común, pueden reclamarse en una acción colectiva, los efectos de la sentencia abarcarán a esa colectividad.

Tratándose de derechos difusos y colectivos, ello se deja ver muy claramente en las sentencias que ordenan un dejar de hacer. Por ejemplo, si se ordena la suspensión de publicidad engañosa, se ordenará la cesación para que nadie sea víctima de ella, no solamente quienes acudieron a juicio o fueron adecuadamente representados. Si se ordena a una fábrica dejar de verter desechos contaminantes sobre las aguas de un río, el agua se dejará de contaminar para todos.²⁶ Los efectos de la sentencia alcanzan a todos aquellos miembros del grupo cuyos derechos individuales correspondan con la controversia planteada en la acción colectiva.

²⁶ De no ser así, entonces valdría preguntarse cómo le haría un juez para limitar los efectos de su sentencia para incluir la protección sólo de quienes fungieron como parte. Es decir, se ordena a la empresa radiofónica o televisora a retirar de su programación determinado comercial engañoso, pero solamente en la señal que llegue a las siguientes personas: ... No suena sensato, ¿verdad?

Habrá quien argumente que respecto de los televidentes que no hayan visto el mensaje publicitario tildado de engañoso, no hubo ninguna afectación. Sin embargo, me parece que una de las noblezas de la acción colectiva es su efecto preventivo, pues es preferible evitar daños que repararlos.

En las sentencias de condena, la determinación es más difícil. Si se ordena que determinada entidad repare un daño y siendo ello imposible a través de una indemnización por naturaleza (devolviendo las cosas al estado que guardaban), deberá indemnizar por equivalente (daños y perjuicios).

Y claro está que lo ideal sería que cada uno de los sujetos afectados en sus derechos colectivos recibiera el monto correspondiente. Sin embargo, dada la eventual posibilidad de que no sea así, o de que, por ejemplo, en el caso de acciones colectivas provenientes de derechos individuales algún miembro del grupo no acuda a tramitar su pago, ese dinero se irá al Fondo que en la iniciativa se prevé.

Sin embargo, también en las de condena, habrá una determinación respecto de los actos o hechos que generaron el daño, prohibiéndose su repetición a efecto de salvaguardar el derecho colectivo de todos.

Respecto de las sentencias desfavorables, sus efectos también son generales. Pues si el juez ya determinó que no hubo violación al derecho colectivo objeto del litigio, no lo hay para nadie. Sin embargo, el tema plantea el problema de la ausencia de adecuada representación, pues los “terceros extraños” (si se quiere para sentirnos cómodos) argumentarán que nunca tuvieron oportunidad para defender el derecho del cual son titulares.

A. La no obligatoriedad de la sentencia desfavorable

Toca ahora explicar qué debe entenderse por inadecuada representación para efectos de la regla de la falta de vinculatoriedad de los efectos de la cosa juzgada respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo y, consecuente, estar en posibilidad de iniciar otra acción con idéntica pretensión.

En términos de la iniciativa, las sentencias en materia de acciones colectivas valen tanto en pro como en contra, tanto si se estima procedente como improcedente.

Efectivamente, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad o grupo, *excepto cuando se acredite plenamente que existió inadecuada representación* de dicha colectividad o grupo *que haya trascendido al resultado del juicio* (art. 611).

En dicho supuesto, podrá iniciarse otra acción con idéntica pretensión en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de los hechos, actos u omisiones que hayan causado la inadecuada representación (art. 611, *in fine*).

¿Qué significa que hubo inadecuada representación? ¿Qué significa que “haya trascendido al resultado del juicio”?

Por una parte se refiere el concepto a ineptitud de la parte actora para hacer valer un derecho en la medida que tal falta de aptitud se refleje en la sentencia.

Si durante el juicio, ninguno de los interesados se percató de que había condiciones para la sustitución si el legitimado procesal por falta de aptitud, idoneidad o por negligencia (tanto del legitimado como del asesor legal), sería conveniente que tras el dictado de la sentencia, se subsanara la deficiencia.

Así, si existía una prueba que no se señaló y que sería razonable haberla señalado, habrá ineptitud. Si no se precisa de manera cierta la colectividad afectada ni se dan parámetros que permitan determinarla, o si no se identifica de manera clara cuál es el interés o derecho colectivo que se pretende proteger, habrá ineptitud.

En el apartado 3 del capítulo III, al referirnos al carácter indisponible de los derechos colectivos, mencionamos que en la actividad procesal del actor se pueden revisar aspectos tales como, *inter alia*, la redacción, la argumentación jurídica, la precisión del tipo de derecho colectivo puesto en riesgo o dañado, la identificación de las cuestiones comunes, la identificación de los elementos probatorios que conducirían a cerciorarse de que efectivamente hay una afectación y, por último, la petición de la mejor solución para proteger el derecho o interés afectado.²⁷

Sobre los elementos antes identificados, podemos válidamente determinar si la calidad del trabajo realizado por el legitimado y por su asesor jurídico profesional fue adecuada. No se exige perfección, sólo adecuación, siguiendo la estela marcada por el precedente citado por Klonoff de *Hansberry v. Lee*.

Y la adecuación se logra realizando un trabajo jurídico procesal apegado que considere el estado de la ciencia jurídica, los criterios jurisprudenciales, el conocimiento del hecho o acto que vulnera el derecho colectivo, las pruebas

²⁷ Piénsese por ejemplo el caso de que el demandado deba concurrir con otros sujetos a dar cuenta en la demanda, por tratarse de actos u omisiones con responsabilidades compartidas. Si la parte actora no señala debidamente, a todos los eventuales demandados, pudiera ser el caso de una indefensión de ese grupo de demandados potenciales. Y en este caso, al demandado no ignorado sí le interesa llamar a juicio al corresponsable. Sería este quizá un caso de ineptitud del actor que daría pie a su sustitución o, en su caso, a la apertura de un nuevo procedimiento.

ofrecidas, etc., de forma similar a lo que acontece con las llamadas “obligaciones de medios” en las que el profesional no se compromete a lograr un resultado determinado sino a poner todo de su parte para que ello se dé (*lex artis*).

Así, la doctrina ha señalado algunos indicadores de falta de aptitud, idoneidad o negligencia, de los que podemos señalar la insuficiencia de pruebas, una mala instrucción en el proceso,²⁸ la aparición de nuevos documentos que eran ignorados o retenidos por un tercero o por el demandado, el avance científico (*state of the art*), el cambio de circunstancias que dieron origen al fallo, el trastocamiento de los juicios de valor políticos o morales, el error grosero y arbitrario (por ejemplo en la precisión de las cuestiones de hecho o de derecho), la desatención del orden público, y todo lo que sea una ostensible violación del derecho de defensa.²⁹

Luego, entonces, no puede extenderse los efectos de la cosa juzgada en los casos que *la reclamación fue estimada improcedente por no haber existido una adecuada representación y que dicha ausencia haya trascendido al resultado*.

En dicho caso, se podrá proponer la misma acción con idéntica pretensión. Al efecto, el artículo 611, segundo párrafo, de la iniciativa prevé un plazo de preclusión de 2 años, que se cuenta a partir del conocimiento de los hechos, actos u omisiones que hayan causado la inadecuada representación.

No es un recurso de revisión ni una acción de nulidad. Es un nuevo juicio, al que se aplican las mismas reglas que ya hemos señalado y explicado. La pregunta es ¿cuántas veces podrá abrirse un nuevo juicio en aplicación del principio de la no obligatoriedad de la sentencia desfavorable (*secundum eventum litis*)?

Tantas veces como sea necesario hasta que la cosa juzgada surta sus plenos efectos de acuerdo con los principios que inspiran a los juicios colectivos, respetándose el debido proceso en toda su magnitud.

Cerramos así el tema, retomando el trinomio fundamental integrado por legitimación, representación adecuada y cosa juzgada, elementos inescindibles de las acciones colectivas.

²⁸ Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 275.

²⁹ Capello, Nicolás Daniel, *Revisión de la Cosa Juzgada por Falta de Representación Adecuada*. http://www.procesasantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Capello_Nicolas_CONSTCLyJP.pdf

Las muletas morales del ciudadano en la democracia

Ernesto Garzón Valdés*

Pienso que es plausible suponer un consenso generalizado según el cual la democracia es, desde el punto de vista moral, el mejor de los sistemas políticos. Sin embargo, no obstante esta coincidencia valorativa, los argumentos a los que se recurre para fundamentar este juicio son muy diversos y una buena parte de ellos distan mucho de ser convincentes.

En lo que sigue me propongo recordar dos justificaciones supuestamente autosuficientes de la democracia entendida simplemente como gobierno de la mayoría; procuraré demostrar que ninguna de ellas es satisfactoria (I). Presentaré seguidamente limitaciones subjetivas a la voluntad mayoritaria, es decir, al derecho de sufragio del ciudadano en la democracia e intentaré poner de manifiesto su insuficiencia (II). Finalmente propondré limitaciones objetivas que, en mi opinión, son las “muletas morales” que el ciudadano necesita para comportarse dignamente en la democracia (III).

I

Las siguientes son dos justificaciones supuestamente autosuficientes de las decisiones mayoritarias que constituirían en sí mismas el núcleo de la democracia:

I.1. Una razón utilitarista: la satisfacción de las preferencias de la mayoría asegura un mayor *quantum* de felicidad social. De acuerdo con esta concepción, lo relevante es la satisfacción agregada de los deseos de las personas sin que importe cuáles sean estos deseos y quiénes los sustenten. En este sentido, la versión utilitarista podría prescindir de una determinada concepción de lo bueno ya que cada cual cuenta como individuo

* Universidad de Maguncia.

y nada más que como tal, sin que importen sus convicciones morales. Además, como se confiere prioridad a los deseos de las personas y no a sus intereses, la regla de la mayoría democrática constituiría una buena garantía en contra de todo intento de paternalismo o, de lo que sería peor aún, de perfeccionismo. La regla de la mayoría o, si se prefiere, el consenso mayoritario sería, en este sentido, el mejor antídoto contra la dictadura.

Cuanto mayor sea la suma de los deseos satisfechos, tanto mejor. El consenso mayoritario sería garantía de la felicidad social en su conjunto.

I.2. Una razón epistémica: es más difícil que la mayoría se equivoque. Si se acepta la existencia de verdades políticas, se dice, habría que admitir entonces que si cada votante tiene la tendencia a adoptar la decisión correcta, es mayor la probabilidad de que la decisión colectiva sea la correcta cuando cuenta con la aceptación de un número apreciable de votantes.

Esta argumentación fue formulada en el siglo XVIII por Condorcet y recogida en nuestro tiempo expresamente por Carlos S. Nino. Veámosla más de cerca.

En la concepción de Condorcet, la búsqueda de la verdad política es la razón para la acción del *Homo suffragans*. De lo que se trataría es de la búsqueda colectiva de la verdad, es decir, de lo probablemente verdadero. La pluralidad de personas que emiten su voto permitiría inferir que la probabilidad de error es menor que la probabilidad de verdad.¹ A diferencia de lo que sucede en la argumentación utilitarista, el *Homo suffragans* no expresa primordialmente un deseo sino un juicio de verdad. Las leyes votadas por la mayoría serían la formulación más cabal de una renovación del pacto social originario y la referencia más realista a la voluntad unánime de los ciudadanos en ese pacto.

Carlos S. Nino adopta como punto de partida lo que él llama “teorema de Condorcet”.² La democracia sería un “sucedáneo institucionalizado” de la discusión moral:

La democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo.³

[...] un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada [...] tiene mayor poder epistémico

¹ Cfr. G.-G. Granger 1989, p. 97: “el acto del *Homo suffragans* tendería a hacer aparecer en cada cuestión sometida a debate la verdad más probable.”

² Cfr. C. S. Nino 1997, p. 178.

³ *Ibid.*, p. 167.

para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas.⁴

Creo que ni el argumento utilitarista ni el epistémico son sostenibles. En efecto, por lo que respecta al argumento utilitarista y su afirmación de que la votación permite conocer las preferencias de los votantes, sabemos desde la llamada “paradoja de Borda”, retomada por el propio Condorcet, que ello suele no ser posible cuando se trata de elegir entre más de dos candidatos o programas de preferencias. Puede suceder entonces que obtenga la mayoría justamente la preferencia que no figura en el primer lugar de los programas de ninguno de los candidatos. Podría, además, ponerse en duda la conveniencia de tomar incondicionadamente en cuenta los deseos de las personas: no siempre es verdad que cada cual es el mejor juez de sus intereses, como creía John Stuart Mill.

Tampoco es verdad que siempre la satisfacción de las preferencias de la mayoría sea equivalga a un mayor *quantum* de felicidad social; todo depende de la intensidad de las mismas:

[...] una preferencia débil por parte de una gran mayoría de la población en el sentido de impedir que una minoría realice ciertas acciones (por ejemplo, practicar la homosexualidad o formas protestarias del culto religioso) puede superar, en el cálculo del agregado de satisfacción de deseos, una preferencia más intensa por parte de una minoría de realizarlos.⁵

Por lo que respecta al valor epistémico de la regla de la mayoría, hay que tener en cuenta que tanto en Condorcet como en Nino la obtención de este valor está supeditada a la existencia de condiciones fuertes. Condorcet sabía perfectamente que en la realidad,

[e]n el ejercicio concreto del sufragio el votante está expuesto a los juegos del interés, las pasiones, la corrupción y el error [...] Aun si la intervención de estas causas es mínima, ella es desde ya suficiente para volver ilusoria la hipótesis fundamental del modelo.⁶

⁴ *Ibid.*, p. 168.

⁵ B. Barry 1995, p. 135.

⁶ Cfr. R. Rashed 1974, p. 76.

Había, pues, que distinguir entre la votación como dato empírico, es decir, el fenómeno psicosocial de la votación, y el dato normativo, es decir, la concepción ideal del sufragio como un modo de determinar la verdad:

Hay un gran número de cuestiones importantes, complicadas o sometidas a la acción de los prejuicios y de las acciones, sobre las cuales es probable que una persona poco instruida sostendrá una opinión equivocada. Hay pues un gran número de puntos con respecto a los cuales cuánto más se multiplique el número de votantes tanto mayor será el temor de obtener con la pluralidad una decisión contraria a la verdad; de manera que una constitución puramente democrática será la peor de todas para todos los objetos sobre los cuales no conozca verdad alguna.⁷

Por ello, para que el modelo funcionara, las decisiones de los votantes debían ser

tomadas siempre bajo ciertas condiciones (o restricciones). El número de votantes, la mayoría exigida, la forma de la deliberación, la educación y la ilustración de los votantes, son condiciones necesarias para definir la situación de decisión. La verdad de la decisión no depende solamente de los votantes sino de las condiciones en las cuales el voto se efectúa, de la forma de la asamblea [...] como así también de su funcionamiento para llegar a una decisión.⁸

Y así afirmaba Condorcet:

Supondremos, ante todo, las asambleas compuestas de votantes que tienen una igual exactitud de espíritu y luces iguales: supondremos que ninguno de los votantes tiene influencia sobre los votos de los otros y que todos opinan de buena fe.⁹

[supondremos] una igual sagacidad, una igual perspicacia de espíritu de las que todos hacen igual uso, que todos están animados de un igual espíritu

⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁸ *Ibid.*, p. 70.

⁹ *Ibid.*, p. 152.

de justicia, en fin, que cada cual ha votado por sí mismo, como lo haría si ninguno tuviera sobre la opinión de otro una influencia mayor que la que ha recibido de sí mismo.¹⁰

Algo similar ocurre cuando se analizan más de cerca las condiciones que Nino enumera para que la discusión democrática sea realmente un sucedáneo institucionalizado de la discusión moral; uno se encuentra con requisitos que difícilmente se cumplen en la discusión parlamentaria real o en las votaciones ciudadanas. Veamos algunos:

- i. “Todo participante (debe) justificar sus propuestas frente a los demás”;
- ii. Las posiciones que se adopten deben ser “reales y genuinas”;
- iii. La discusión tiene que ser “auténtica”;
- iv. Las proposiciones tienen que ser aceptables “desde un punto de vista imparcial”;
- v. No puede tratarse de una “mera expresión de deseos o la descripción de intereses”;
- vi. No ha de limitarse a la “mera descripción de hechos”, como una tradición o una costumbre;
- vii. Ha de cumplirse con el requisito de universalidad;
- viii. Las personas no deben limitarse a la expresión de “razones prudenciales o estéticas” sino que tienen que intentar ser morales.

No cuesta mucho inferir que, si se aceptan las restricciones de Condorcet o de Nino, abandonamos el ámbito de la justificación de la democracia a través de la mera emisión de votos que expresan deseos o verdades políticas y entramos en el de las restricciones a las que estaría sometido el votante. El *Homo suffragans* es ahora un *Homo suffragans restrictus*.

II

Si lo expuesto en I es correcto, surge entonces el problema de las restricciones a los deseos o a los intereses individuales de quienes participan en el juego político de la democracia. Creo que no hay mayor inconveniente en suponer que estas restricciones,

¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

por lo que respecta a su génesis, pueden ser sólo de dos tipos: o bien son autoimpuestas o bien tienen un origen externo.

La idea de las restricciones subjetivas autoimpuestas (a las que llamaré “restricciones horizontales”, por estar todas ellas a un mismo nivel intersubjetivo) tiene en la historia del pensamiento político diversas variantes que deseo mencionar brevemente. Son, por lo menos, las siguientes:

II.1. La de Jean-Jacques Rousseau. Su principal preocupación en el diseño de un sistema político moralmente aceptable era conservar la autonomía personal que parecía estar dada en el estado de naturaleza. El problema consistía en

[e]ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes.¹¹

Para lograr este objetivo era necesario

la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad; porque [...] dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos, y siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás.¹²

La “enajenación total” significaba la renuncia al amor propio (conservando, desde luego, el amor de sí mismo) y la vigencia plena de la “voluntad general” como criterio de corrección moral de la “voluntad particular”. Dicho con otras palabras: el ciudadano que forma parte de la república rousseauiana es un sujeto que renuncia a sus preferencias individuales cada vez que ellas no coincidan con la persecución del bien común. A diferencia de la propuesta utilitarista, el votante rousseauiano no expresa sus preferencias personales sino su deseo de promover el bien común, tarea nada fácil ya que

¹¹ J.-J. Rousseau 1969, p. 360 (42). Utilizo para las citas la versión castellana de Fernando de los Ríos Urruti: *Contrato social*, Madrid: Espasa-Calpe 1987; las referencias a la edición castellana se indican entre paréntesis.

¹² *Ibid.*, p. 361 (42).

la voluntad particular tiende por su naturaleza al privilegio y la voluntad general a la igualdad.¹³

Pero dificultad no significa imposibilidad. Hay no pocos casos en los que el ciudadano está dispuesto a renunciar voluntariamente a la persecución de sus intereses egoístas y a seguir en su comportamiento políticas normas morales. Basta pensar en los costes de las votaciones que el ciudadano democrático asume a pesar de que ello pueda no redituarle ganancias inmediatas o mediatas, en la disposición a ayudar al prójimo o en la aceptación voluntaria del Estado social de derecho con los sacrificios fiscales que ello implica. En estos casos, el ciudadano contiene su tendencia natural y autónomamente acepta la norma político-jurídica en un sentido fuerte, es decir, la hace suya, la acepta como propia, adhiere a ella por razones morales. Es obvio entonces que, como ha señalado Robert Paul Wolff,

[e]n la medida en que cada cual pone lo mejor de su empeño en realizar el bien común, la colectividad es una genuina comunidad moral y política.¹⁴

En esta comunidad se supone que *todos* sus miembros en *todo* momento son auténticos ciudadanos democráticos.

Desde el punto de vista empírico, la exigencia rousseauiana de la renuncia voluntaria de todos al egoísmo como punto de partida para el surgimiento de una comunidad democrática es impracticable. El propio Rousseau lo sabía:

Si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Mas un gobierno tan perfecto no es propio de los hombres.¹⁵

II.2. La propuesta de David Hume del ciudadano como sujeto simpático, interesado en el bien común.

A través de la simpatía, nos dice Hume, “las mentes de las personas son espejos recíprocos”.¹⁶ La metáfora de los “espejos recíprocos” ilustra lo que ha solido llamarse “la socialización del egoísmo”¹⁷, la adopción de una actitud benevolente.

¹³ *Ibid.*, p. 368 (51).

¹⁴ R. P. Wolff 1970, p. 56.

¹⁵ J.-J. Rousseau 1969, p. 406 (95).

¹⁶ D. Hume 1981, tomo II, p. 555.

¹⁷ Cfr. J. Rohbeck 1978, p. 126.

Por la vía de la simpatía penetro en la mente del prójimo y hasta adopto su perspectiva para juzgar sus actos y sentimientos. En la medida en que comparto los sentimientos de otro, su felicidad y su miseria me interesarán. Me coloco en la posición del prójimo no por ‘compasión’ (*Mitleid*) sino por coparticipación de sentimientos (*Mitgefühl*).¹⁸ Esta coparticipación nos lleva a adoptar ya no sólo el punto de vista del otro sino, según J. L. Mackie, hasta el del observador imparcial.¹⁹

Por simpatía aprobamos las virtudes naturales (mansedumbre, beneficencia, caridad, generosidad, clemencia, moderación y equidad) y también la artificial (justicia). De esta manera, la simpatía “se convierte en el fundamento de toda la teoría moral de Hume”.²⁰ La caracterización moral de la justicia, por ejemplo, aun cuando su práctica surja primariamente del autointerés, se basa en la “identificación simpática con el interés público”.

El artificio de la simpatía permitiría que las personas, sin renunciar a sus inclinaciones egoístas, puedan ir socializando su egoísmo, es decir, reducir sus preferencias autocentradas en aras de una mayor tolerancia y benevolencia. La simpatía nos vuelve más morales, mejor dicho, sin ella sería imposible entender la moralidad pública. Y en la medida en que mantengamos una identificación simpática con el interés público, menor será el conflicto entre nuestra autonomía y la imposición de las reglas heterónomas de la justicia. Por ello es que estamos dispuestos a aceptar la virtud artificial de la justicia aun cuando en algún caso particular su aplicación pueda significar un sacrificio de nuestros intereses inmediatos.

En una comunidad democrática de ciudadanos humanamente “simpáticos” los resultados de las votaciones serán, por definición, la expresión de un egoísmo socializado y significarán también un avance hacia el descubrimiento de la “verdad política”. No habría, en este sentido, mayor inconveniente en conferir calidad moral a esta comunidad que restringe sus impulsos egoístas en aras del bien común.

Hume estaba convencido de que su propuesta era más realista que la de su contemporáneo francés, el *little nice man* (“ese hombrecillo”) como llamaba a Rousseau²¹ que la tendencia a la adopción de actitudes simpáticas estaría enraizada en la propia naturaleza humana y, por ello, para la superación del egoísmo no sería necesario recurrir a suposiciones supraempíricas tales como la existencia de una “voluntad general”. Sin embargo,

¹⁸ Cfr. J. L. Mackie 1980, p. 120.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 84 y 120.

²⁰ *Ibid.*, p. 5.

²¹ Cfr. la nota N° 38 del editor de la versión castellana de David Hume: *Tratado de la naturaleza humana*, traducción de Félix Duque, Barcelona: Editora Nacional 1981, tomo I, p. 66.

aun admitiendo la posibilidad de una comunidad de ciudadanos simpáticos dispuestos a aceptar los principios de la democracia, dado el alcance limitado de la simpatía, que el propio Hume reconocía, estas comunidades tenían que ser relativamente pequeñas y culturalmente homogéneas. En este sentido, en el caso de democracias populosas y heterogéneas, sobre la propuesta humana pesan los mismos inconvenientes que padecía la versión rousseauiana.

II.3. La idea del ciudadano razonable, capaz de renunciar a la imposición unilateral de su concepción de lo bueno, parecería ser una buena solución para asegurar la obtención de acuerdos democráticos en sociedades populosas y culturalmente heterogéneas. Es la propuesta de John Rawls y es también la de Brian Barry. En el modelo de Rawls, el ciudadano democrático no debe necesariamente ser un agente moral, como quería Rousseau, o simpático, como pensaba Hume, basta que sea razonable.

John Rawls recurre, como es sabido, al criterio de razonabilidad para la justificación de los sistemas políticos:

la idea de lo razonable es más adecuada como parte de la base de la justificación pública de un régimen constitucional que la idea de verdad moral. El sostener que una concepción política es verdadera y sólo por esta razón la única base adecuada de la razón pública, es excluyente y, por ello, hasta sectario y es probable que estimule la división política.²²

La concepción rawlsiana de la justicia política prescinde, pues, del concepto de verdad política —es, por ello, más modesta epistémicamente que la versión Condorcet-Nino— y se limita a la idea de lo razonable ya que ella haría posible “el solapamiento consensual de las doctrinas razonables de una manera que no puede lograrlo el concepto de verdad”.²³ La tesis central de *Political Liberalism* de John Rawls es que una teoría de la justicia está justificada si es aceptable por toda persona razonable. Como es sabido, Rawls establece una diferencia entre racionalidad práctica y razonabilidad. Un agente puramente racional carecería de aquello que Kant llamaba “predisposición para la personalidad moral”. Esta capacidad es la que tendría el agente razonable:

²² J. Rawls 1993, p. 129.

²³ *Ibid.*, p. 94.

La disposición a ser razonable no se deriva de ni se opone a lo racional pero es incompatible con el egoísmo, porque está relacionada con la disposición a actuar moralmente.²⁴

Sobre la base de su concepto de razonabilidad, Rawls formula lo que podría llamarse la *tesis del ciudadano razonable*, cuyo comportamiento político confiere calidad moral al sistema político. Brian Barry en *Justice as Impartiality*, sobre la base de la concepción de la posición originaria de Thomas Scanlon, recurre también a la idea de razonabilidad para definir su concepción de la justicia:

Llamaré una teoría de la justicia como imparcialidad, a aquella teoría de la justicia que recurre a los términos del acuerdo razonable.²⁵

Tanto en el caso de Rawls como en el de Barry, la razonabilidad es el freno al egoísmo, es decir, a la imposición incondicionada de las propias preferencias. Una democracia integrada por ciudadanos razonables alcanzaría el más alto nivel posible de justicia y, por lo tanto, estaría internamente justificada. Su legitimidad procedería de “la disposición a actuar moralmente” que animaría a sus miembros.

Desde luego, *el overlapping consensus* al que llegarían los ciudadanos razonables es también una versión más débil —y, por ello, más realista— de la idea del consenso rousseauniano: no todas las personas en una sociedad democrática son razonables. Estarían también, entre otras personas irrazonables, los perfeccionistas, los nostálgicos de la esclavitud²⁶, los tomistas, los nietzscheanos y los católicos romanos a quienes habría que derrotar políticamente y, si es necesario, reprimir por la fuerza.²⁷

Así, pues, tanto la teoría de Rawls como la de Barry recurren al criterio de razonabilidad como pauta de corrección de justicia política para sociedades multiculturales cuando sus miembros están dispuestos a renunciar a la imposición de sus concepciones de lo bueno a fin de lograr la paz social. Ambas teorías pretenden ser neutrales con respecto a las diferentes concepciones de lo bueno; no presuponen ninguna concepción de lo bueno. En cierto modo, podría decirse que se bastan a sí mismas: “se presentan, pues, como la solución al problema del acuerdo”.²⁸ Según Barry, lo único que se necesita

²⁴ *Ibid.*, nota 1, p. 49.

²⁵ B. Barry 1995, p. 7.

²⁶ *Ibid.*, p. 196.

²⁷ *Ibid.*, pp. 168 s.

²⁸ *Ibid.*, p. 168.

es que los acuerdos sociales puedan “ser razonablemente aceptados por personas libres e iguales”.²⁹ También Rawls requiere que los sujetos de los acuerdos razonables sean “ciudadanos libres e iguales”.³⁰

La propuesta Rawls-Barry del ciudadano razonable tiene ciertas ventajas con respecto al modelo humano ya que el alcance de la razonabilidad no está limitado por factores de homogeneidad cultural o étnica. Pero podría ponerse en duda el aspecto de la neutralidad moral: los valores de libertad e igualdad que deben ser respetados en la sociedad de ciudadanos razonables presuponen una toma de posición axiológica, que no podría ser lograda a través del acuerdo razonable ya que éste los presupone. Queda también abierta la duda acerca de si un acuerdo es razonable cuando llegan a él personas razonables o, si al revés, las personas son razonables cuando el acuerdo al que llegan lo es. Creo que tiene razón Gerald Gaus cuando afirma:

En vez de considerar que una creencia es razonable si a ella ha llegado una persona razonable, la teoría política debería invocar directamente pautas para la razonabilidad de las creencias mismas.³¹

¿No habrá entonces que abandonar la idea de la neutralidad y avanzar hacia la vía de refuerzos externos de justificación de la democracia? Quiero mencionar brevemente un intento que podría ser interpretado en este sentido.

II.4. Amy Gutmann y Dennis Thompson han propuesto una versión justificante de la democracia en la que los ciudadanos actúan deliberativamente:

La democracia deliberativa es una concepción de la política democrática en la cual las decisiones y las políticas son justificadas en un proceso de discusión entre ciudadanos libres e iguales o entre sus representantes responsables. Según nuestra concepción, una democracia deliberativa contiene un conjunto de principios que prescribe términos equitativos de cooperación. Su principio fundamental es que los ciudadanos se deben recíprocamente justificaciones de las leyes que colectivamente se imponen. La teoría es deliberativa porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un

²⁹ *Ibid.*, p. 112.

³⁰ J. Rawls 1993, p. 55.

³¹ G. Gaus 1995, p. 253. Citado según L. Yelin 1995.

continuado proceso de justificación mutua. Las razones no son meramente procedimentales (“porque la mayoría está de acuerdo”) o puramente substantivas (“porque es un derecho humano”). Ellas apelan a principios morales (tales como la libertad básica o la igualdad de oportunidades) que ciudadanos que desean encontrar términos equitativos de cooperación pueden razonablemente aceptar.³²

La apelación a los principios morales significa el abandono del ideal de neutralidad: “la neutralidad no es deseable y es inalcanzable”.³³ Si ello es así, podría suponerse que estos principios enmarcan el comportamiento del ciudadano deliberativo; en este caso, la justificación del procedimiento democrático no surgiría del procedimiento mismo (tal como se infiere de la frase citada) sino que sería externa a él. Pero quizás ésta sería una conclusión apresurada si tiene en cuenta que:

Primero, el contenido de los propios principios se forma parcialmente a través de la discusión moral en el proceso político [...] Segundo, las restricciones a los principios de libertad y de igualdad de oportunidades —en particular la limitación de recursos— son menos rígidas de lo que suele suponerse. El debate moral en la política puede revelar nuevas posibilidades y sugerir nuevas direcciones que hagan más viables los principios que lo que se había inicialmente pensado. Porque la deliberación puede mejorar la comprensión colectiva de la libertad y la igualdad de oportunidades, las condiciones de la deliberación son una parte indispensable de toda perspectiva interesada en asegurar la libertad y la igualdad de oportunidades para todos.³⁴

y que:

En la democracia deliberativa [...] la búsqueda de respuestas justificables tiene lugar a través de argumentos acotados por principios constitucionales que, a su vez, son desarrollados a través de la deliberación.³⁵

³² Cfr. A. Gutmann y D. Thompson 2000, p. 161.

³³ *Ibid.*, p. 162.

³⁴ A. Gutmann y D. Thompson 1996, p. 224.

³⁵ *Ibid.*, p. 229.

Tengo ahora cierta dificultad por lo que respecta a la gestación de los principios constitucionales que limitan los argumentos en la deliberación democrática: ellos surgen precisamente en una deliberación democrática acotada por esos mismos principios. Los ciudadanos deliberativos presentan una inquietante similitud con el barón que se tiraba de los cabellos para salir del pantano.

Si me he detenido en estas diferentes versiones de la justificación de la democracia a partir del comportamiento ciudadano, deliberadamente presentadas de manera algo sesgada, ha sido para poner de manifiesto la insuficiencia de las mismas y apuntar a la necesidad de apoyos externos.

III

El argumento que quiero aquí esbozar es el siguiente: si no podemos confiar en el carácter angélico, simpático, razonable o deliberativo de los miembros de una sociedad ya que habrá que contar siempre con los diabólicos, los antipáticos, los irrazonables y los vehementes, ¿no será mejor recurrir al artificio de restricciones institucionales, “verticales” (es decir, impuestas desde arriba hacia abajo), que rijan para todos y nos libere de la inseguridad que trae consigo la naturaleza poco confiable del ser humano?

Desde Platón y Aristóteles hasta Kant, pasando por Hobbes y Locke, la desconfianza en la naturaleza humana ha sido la razón principal para justificar moralmente la existencia del Estado como artificio normativo destinado a asegurar la supervivencia pacífica. Kant es el pensador que con mayor claridad vio la necesidad de prescindir de las peculiaridades empíricas personales en la fundamentación de las normas morales. Porque sabía que el ciudadano es un ser de carne y hueso propenso a dejarse guiar por sus tendencias autocentradas, heterónomas, propiciaba un sistema político que pudiera regir en una sociedad de egoístas que desean también vivir en sociedad. Su idea de la “sociabilidad asocial” condensa esta idea. Para decirlo con palabras de Kant:

El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios [...] y el problema se formula así: “ordenar una muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aun cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y

establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones”.³⁶

Estos criterios no podían ser obtenidos de un juego democrático basado meramente en el consenso mayoritario y de un ordenamiento jurídico cuya función se agotara en la superación de un supuesto belicoso estado de naturaleza. Había que buscar criterios externos, una especie de “muletas morales”, como podríamos llamarlos, que asegurarían una marcha moralmente aceptable del ciudadano en la democracia y una vigencia equitativa de las leyes.

La idea básica que subyace al recurso de las “muletas” es que no hay que confundir la legitimidad moral de un sistema jurídico-político con su estabilidad. La legitimidad depende de la concordancia de los principios y reglas del sistema con los principios y reglas de una moral crítica; la estabilidad, de la calidad moral de los ciudadanos. Para asegurar la legitimidad es necesario fijar limitaciones a la pretensión de dominio de la mayoría; la promoción de comportamientos morales de los ciudadanos es un problema de pedagogía político-moral. Voy a referirme sólo a la primera de estas cuestiones y concentrarme en la limitación del poder de la mayoría parlamentaria. De lo que se trata es de poner coto a la tentación de hacer valer el egoísmo legislativo, aquello que Macaulay llamaba el “despotismo elegido” o como lo formula William Nelson:

En términos más generales: si sospechamos que nos será difícil resistir a las tentaciones, ello puede ser una razón, para adoptar estrategias autoobligantes; y una forma de autoobligación consiste simplemente en evitar tener el derecho a sucumbir a la tentación. Los límites constitucionales a la autoridad legislativa pueden ser considerados como una estrategia de autoobligación de este tipo.³⁷

Estas limitaciones fueron impuestas por las constituciones liberales con sentido social. En ellas, la *rule of law* de origen anglosajón dio origen, primero, al “Estado de derecho”, al sumar al principio de seguridad el respeto a los derechos individuales³⁸, y después al “Estado social del derecho”, al incorporar los deberes estatales de protección de los sectores sociales económicamente débiles.

³⁶ I. Kant 1964, p. 224 (citado según la versión castellana de Joaquín Abellán 1985, pp. 38 s.).

³⁷ W. Nelson 2000, p. 196.

³⁸ Cfr. J. Waldron 1999, p. 7.

Son estos principios y reglas los que confieren carácter moral al orden republicano o, si se quiere, democrático liberal, y le garantizan su función moralizante. Son ellos los que constituyen el contenido de lo que suelo llamar “coto vedado” a la deliberación democrática. El “coto vedado” no surge porque los ciudadanos sean agentes morales o sujetos que simpatizan con el bien común sino que es él el que fija las condiciones para ser un ciudadano moral. La génesis de la moralidad ciudadana proviene de este “coto vedado” y no al revés. Si ello es así, ejercicio de la libertad moralmente aceptable no es el que resulta de la eliminación del poder de las instituciones del Estado, como pretende el anarquista o reduciéndolo, como quiere el neoliberal, sino justamente al revés: asegurando la vigencia plena del “coto vedado” institucional de los derechos fundamentales de la persona. Este es el sentido que tiene una frase algo paradójica y frecuentemente citada de Emile Durkheim: “Cuanto más fuerte es el Estado, tanto más libre es el ciudadano”.

La introducción de un “coto vedado” constitucional transforma el “dominio de la mayoría” en “principio de la mayoría”, como diría Hans Kelsen. El dominio de la mayoría queda entonces sujeto a los límites impuestos por el “coto vedado” de los derechos fundamentales inmunes a la decisión mayoritaria. Para la estabilidad de este sistema es relevante, desde luego, la actitud que los ciudadanos y sus representantes asuman frente a él. Sin un “punto de vista interno” que reconozca la importancia moral de las restricciones constitucionales, para usar la expresión de Herbert Hart, no hay coto vedado que valga ni disposición de eternidad como la del artículo 79 (3) de la Ley Fundamental alemana que asegure la vigencia de la democracia. Este es el problema de las limitaciones jurídicas del soberano, que no habré de considerar aquí. La creación de un orden jurídico liberal (o republicano en la terminología de Karst) cumple así una función moralizante precisamente porque se basa en una concepción general de lo bueno público que se expresa en las reglas de un derecho republicano. Pero ello no tiene nada que ver con la concepción del ciudadano como agente moral sino con la función que Kant atribuye al Estado republicano:

los hombres se aproximan mucho en su conducta externa a lo que prescribe la idea del derecho, aunque con toda seguridad no es la moralidad la causa de ese comportamiento (como tampoco es causa de la buena constitución del Estado, sino más bien al contrario; de esta última hay que esperar la formación moral de un pueblo).³⁹

³⁹ *Ibid.*, p. 39.

Si se acepta esta concepción y se admite que en una democracia liberal lo que debe imperar es el “principio de la mayoría” y no el “dominio de la mayoría” y que ello supone la existencia de un área de decisiones que no puede estar sujeta a la voluntad de los individuos, la relación entre autonomía y heteronomía que, con razón, preocupa a los anarquistas ya que ella se encuentra en la base de toda posible justificación moral del Estado, puede ser planteada de la siguiente manera:

a) En el ámbito del “coto vedado” no se plantea el problema del conflicto entre autonomía y heteronomía ya que los principios y reglas que en este ámbito rigen tienen carácter moral y escapan al poder de decisión de los ciudadanos. Es justamente aquí donde se imponen las restricciones al *Homo suffragans*, a las que metafóricamente he llamado “muletas morales”. Quizás la metáfora no es muy desacertada: sin estas restricciones constitucionales, externas, impuestas ‘verticalmente’, dada la precariedad de nuestra naturaleza moral —empíricamente comprobada a través de las seculares calamidades que los seres humanos provocamos— la probabilidad de tambalear y provocar el suicidio de la democracia no es un peligro remoto.

b) Fuera del “coto vedado”, rige el dominio de la mayoría. En este campo, tampoco se produce un conflicto entre autonomía y heteronomía porque se supone que autónomamente los ciudadanos han aceptado las reglas del dominio de la mayoría. Cualquiera que sea el resultado de una votación, este resultado ha sido aceptado de antemano desde el momento en que los ciudadanos están dispuestos a jugar el juego de la democracia. Cada ciudadano se ha colocado voluntariamente bajo la obligación de obedecer el resultado de la votación. Le ha prestado su consentimiento. Como han señalado Geoffrey Brennan y Loren Lomasky:

[El consentimiento] tiene autoridad normativa precisamente porque un acto de consentimiento voluntario significa ponerse bajo la obligación de cumplir —*sin que importe el hecho de que uno prefiera aquello a lo que ha consentido*. Esto significa tomar el núcleo del consentimiento como *deontológico* más que como *teleológico*.

La analogía que inmediatamente viene a la mente es la de la *promesa*. Quien promete hacer *x* se coloca bajo la obligación de hacer *x* aun si después descubre que cumplir la promesa es más costoso que lo que se había esperado.⁴⁰

⁴⁰ G. Brennan y L. Lomasky 1984, p. 162, Subrayado en el original.

c) Cuando la aceptación del sistema democrático responde a un punto de vista interno, puede hablarse también de una aceptación desde el punto de vista moral. Este punto de vista interno es condición necesaria para la existencia de todo sistema político. Si quienes sustentan el punto de vista interno tienen poder de imponerlo, se dan entonces las condiciones necesarias y suficientes para la existencia del sistema.

d) Quien no adopta el punto de vista interno en el sentido fuerte de aceptación moral, puede aceptar el sistema en un sentido débil, retórico, declamatorio: ajusta voluntariamente su comportamiento a las reglas del sistema. Es el caso del hipócrita, aliado circunstancial del sujeto auténticamente democrático. Su comportamiento contribuye a la estabilidad del sistema.

e) Quien no acepta el sistema democrático no sólo no acepta un sistema político sino que no acepta el único sistema político susceptible de aprobación moral. Quien ve como imposición heterónoma la imposición de normas morales no es que resulte lesionado en su autonomía sino que carece de ella ya que el valor moral de la autonomía depende del contenido de las decisiones que se adopten en virtud de la libertad de elección y ella está condicionada por el carácter normativo de la moralidad. Existe en este caso una imposibilidad deóntica de ser inmoral. Autonomía inmoral sería, en este sentido, una contradicción y por ello también es redundante hablar de autonomía moral.

f) No es posible fundamentar el valor moral de la democracia invocando simplemente consensos reales o hipotéticos basados en características reales o supuestas de los ciudadanos. El *Homo suffragans* necesita recurrir a las muletas que le proporciona el orden constitucional a fin de poder contribuir a la legitimidad del sistema democrático.

Bibliografía

- Abellán, J. 1985: *La paz perpetua*, Madrid: Tecnos.
- Barry, B. 1995: *Justice as Impartiality*, Oxford: Clarendon Press.
- Brennan, G. y Lomasky L. 1984: "Inefficient Unanimity" en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 1, N° 1, pp. 151-163.
- Gaus, G. 1995: "The Rational, the Reasonable, and Justification", en *The Journal of Political Philosophy* 3, 3 (septiembre 1995), pp. 234-258.
- Granger, G.-G. 1989: *La mathématique sociale du marquis de Condorcet*, París: Odile Jacob.
- Gutmann, A. y Thompson, D. 1996: *Democracy and disagreement*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

- Gutmann, A. y THOMPSON, D. 2000: "Why Deliberative Democracy is Different" en *Social Philosophy & Policy*, Vol. 17, 1 (Winter 2000), pp. 161 -180.
- Hume, D. 1981: *Tratado de la naturaleza humana*, traducción de Félix Duque, Barcelona: Editora Nacional.
- Kant, I. 1964: "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf" en *Werke*, Francfort del Meno: Insel, tomo VI.
- Mackie, J. L. 1980: *Hume's Moral Theory*, Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Nelson, W. 2000: "The Institutions of Deliberative Democracy" en *Social Philosophy & Policy*, Vol. 17, 1, pp. 181-202.
- Nino, C. S. 1997: *La construcción de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.
- Rashed, R. 1974: *Condorcet. Mathématique et société*, selección de textos e introducción de Roshdi Rashed, París: Hermann.
- Rawls, J. 1993: *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press.
- Rohbeck, J. 1978: *Egoismus und Sympathie. David Humes Gesellhchafts- und Erkenntnistheorie*, Francfort/Nueva York: Campus.
- Rousseau, J.-J. 1969: "Du Contrat Social; ou, Principes du Droit Politique" en *Oeuvres complètes*, París: Gallimard, tomo III, pp. 347-470.
- Waldron, J. 1999: *The Dignity of Legislation*, Cambridge: University Press.
- Wolff, R. P. 1970: *In Defense of Anarchism*, Nueva York: Harper & Row.
- Yelin, L. 1995: "Jelin reviews Gaus" *Brown Electronic Article Review Service*, Jamie Dreier/David Estlund (eds.) World Wide Web (<http://www.brown.edu/Departments/Philoso-phy/bears/homepage.html>), Posted 19.9.95.

La construcción del Derecho urbanístico mexicano a partir de las resoluciones judiciales federales. Los retos de la Décima Época*

Manuel Jiménez Dorantes**

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Apuntes breves sobre la conformación del Derecho urbanístico mexicano*. III. *Doctrina jurisdiccional sobre el urbanismo mexicano*. IV. *Reflexión final. Bibliografía*.

I. Planteamiento

La apertura de la Décima época del *Seminario Judicial de la Federación* a partir de 4 de octubre de 2011¹ está determinada por el Acuerdo 9/2011, de 29 de agosto de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia de las reformas constitucionales federales, de 6 y 10 de junio de 2011, “que implican una modificación a la estructura del Poder Judicial de la Federación, así como a la competencia de los órganos que la integran...”², y resulta un momento idóneo para analizar las diferentes resoluciones judiciales federales que tienen relación directa con el Derecho urbanístico mexicano.

* Este trabajo se desarrolló como parte de la intervención del autor en el Seminario Permanente de Derecho Administrativo y Municipal (2011-2) que semestralmente se lleva a cabo en la Universidad Autónoma de Chiapas.

** Profesor titular de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT) y Líder del Cuerpo Académico Consolidado de Derecho Administrativo y Municipal (ProMeP-SEP). manueljd@unach.mx

¹ Ver Acuerdo General 9/2011.

http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/NormativaexpedidaporelPleno/Documents/AcuerdosGeneralesPlenarios/2011/AGP_9_11.pdf

² Considerando Segundo del mismo Acuerdo 9/2011.

El análisis permitirá identificar la aportación que los tribunales federales han realizado a través de sus resoluciones (tesis y jurisprudencia) y, en consecuencia, comprender —desde la dimensión judicial— al urbanismo mexicano, finalmente, orientar una posible tendencia judicial para este novísima década.

Para una ordenada exposición se ha dividido temáticamente, de tal forma que el lector tenga identificación concreta de cada tema. Una advertencia necesaria deriva del carácter concurrente de la materia de urbanismo, por lo que el lector deberá tener especial precaución en trasladar —con todas sus consecuencias— a la legislación estatal respectiva, ya que pueden existir casos en los que no haya similitud entre las legislaciones y, por ende, en el sentido de la resolución judicial correspondiente.

Este trabajo se centra en las resoluciones más representativas que —a criterio del autor— deben ser destacadas como ejes centrales en la construcción judicial del Derecho urbanístico en México.

Para facilitar la lectura, las resoluciones judiciales utilizadas serán distinguidas a través de la época, el código de registro de tesis (aislada o jurisprudencia) y el número de registro asignado del Sistema de Consulta Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS³.

II. Apuntes breves sobre la conformación del Derecho urbanístico mexicano

El punto de referencia que aquí se utiliza para la conformación del Derecho urbanístico es la vigente Constitución federal, de 5 de febrero de 1917⁴ (desde ahora CF) que inicialmente (1917-1975) no reguló la materia urbanística de forma específica y sistematizada sino que más bien la regulación de referencia para las ciudades se desarrolló —en términos generales— a través de diversos títulos competenciales en materia de población, sanidad de las construcciones y creación de nuevos centros de población, monumentos arqueológicos, medio ambiente, entre otros, pero sin que pudiera considerarse de un Derecho urbanístico sistemático u ordenado.

Por ejemplo, el Código Sanitario, de 13 de marzo de 1973, estableció que las construcciones y edificaciones debían cumplir con estándares sanitarios (ventilación, iluminación, baños, desagües, etcétera) así como un repertorio de obligaciones e infracciones para los propietarios de construcciones y terrenos urbanos. Asimismo, las

³ Accesible desde www.scjn.gob.mx

⁴ Última reforma de 13 de octubre de 2011.

leyes estatales fueron diversas y colateralmente abordaban la cuestión urbana como un objeto preciso de regulación, mientras que las normas municipales regularon el ornato de las construcciones, la corrección del peligro público de las mismas y la alineación de calles.

No obstante, resulta pacífica entre la doctrina jurídica especializada que la reforma constitucional de 6 de febrero de 1976 representa el momento jurídico más relevante en la conformación del Derecho urbanístico mexicano⁵ sistemático, específico, preciso y coherente. La reforma urbanística de 1976 posiciona al Urbanismo o Asentamientos humanos como título competencial específico con efectos en diversas disposiciones constitucionales.

Por un lado se adicionó en el párrafo tercero del artículo 27 CF que

se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...

Asimismo, la reforma constitucional determinó que sobre esta materia tanto la Federación como las entidades federativas y los municipios ejercen sus competencias (normativas, ejecutivas y jurisdiccionales) a partir de la facultad del Congreso federal para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los objetivos previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución” (artículo 73, fracción XXIX-C).

La misma reforma urbanística modificó las fracciones V y VI del artículo 115 CF para garantizar la intervención municipal en la formulación, aprobación, administración, modificación de los planes de desarrollo urbano municipal así como la administración de las reservas, usos y destinos en su territorio o en régimen de colaboración con la Federación o la propia entidad federativa en casos de conurbaciones.

⁵ Azuela de la Cueva, Antonio, “El Derecho urbanístico. La evolución del Derecho urbanístico mexicano en los últimos diez años”, *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 10, t. I, julio, México, 1978, p. 598. Fernández Ruiz, Jorge, “Derecho urbano en México. Administración federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 79, enero-abril, México, UNAM, 1994, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/79/art/art2.htm. Jiménez Dorantes, Manuel, *Constitución y urbanismo*, México, UNAM, 2006, pp. 25 a 30. Azuela de la Cueva, Antonio y Cancino, Miguel Ángel, “Los asentamientos humanos y la mirada parcial del constitucionalismo mexicano”, *La Constitución y el medio ambiente*, Rabasa O., Emilio (coord.), México, UNAM, 2007, pp. 260 y 261. Sin considerar una fecha exacta (época de los 70), Ruiz-Massieu, José Francisco, *Introducción al Derecho mexicano. Derecho urbanístico*, México, UNAM, 1981, p. 21 y 22.

Finalmente, la fracción V, base primera del artículo 122 CF, establece a favor del Distrito Federal la facultad de legislar en materia de desarrollo urbano, uso del suelo, construcciones y edificaciones.

En el ámbito legislativo, el Congreso de la Unión aprobó la primera Ley General de Asentamientos Humanos, de 26 de mayo de 1976 (desde ahora LGAH76), cuyo objetivo consistió en organizar y sistematizar las bases jurídicas a las que debían sujetarse las leyes estatales y normas municipales. Además, dicha legislación urbanística diseñó un sistema de planeamiento del suelo federal, estatal, regional, conurbado, municipal, centro de población y especial⁶.

El 21 de julio de 1993⁷, la Federación aprobó la vigente Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH) para perfeccionar la regulación urbanística básica, otorgar mayores competencias a los municipios, garantizar la participación ciudadana, ampliar las opciones de inversión (pública y privada) en el desarrollo urbano, entre muchas otras.

A la par del desarrollo legislativo, el poder judicial federal también inicio una destacada labor por resolver asuntos relacionados con el urbanismo, especialmente, en la Novena Época que recién termina. Es esencialmente, el momento de desarrollo judicial de la materia urbanística en México.

III. Doctrina jurisdiccional sobre el urbanismo mexicano

1. Facultad concurrente: coordinación legislativa federal limitada

Como se ha señalado, la CF (artículo 73, fracción XXIX-C) establece el carácter concurrente de la materia de urbanismo o asentamientos humanos en el que las entidades jurídico-públicas de carácter territorial que integran el Estado mexicano ejercen sus competencias (normativas, ejecutivas y jurisdiccionales) sobre la misma materia.

Precisamente, la materia de urbanismo (al igual que el resto de asuntos concurrentes) requirieron diferenciar su posición en el ordenamiento jurídico mexicano, especialmente, respecto de la cláusula residual a favor de las entidades federativas (artículo 124).

⁶ Artículo 4 LGAH76.

⁷ Última reforma, de 30 de noviembre de 2010.

Ahora bien, sobre las facultades concurrentes resulta necesario responder a: *i)* ¿cómo se produce la concurrencia en materia urbanística?, *ii)* ¿cuáles son los instrumentos normativos que se utilizan para coordinar dicha concurrencia? y, finalmente, *iii)* ¿cuáles son los límites derivados de la disposición constitucional concurrente?

Durante la Octava Época, el Pleno de la SCJN determinó que la materia de asentamientos humanos era un asunto de competencia de las entidades federativas precisamente derivado de la cláusula residual a favor de éstas —artículo 124 CF—. Señaló el Alto Tribunal que

tomando en cuenta que el artículo 70, fracción XLIII, de la Constitución Política del Estado de México, otorga facultades a la legislatura de dicho Estado para legislar sobre todo aquello que no se oponga a las prescripciones de la Constitución General de la República y que, por su parte, el artículo 124 de esta última, precisa con claridad que las facultades que no están expresamente concedidas por dicha ley fundamental a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados, sin que en sus diversas fracciones el artículo 73, de la propia Constitución, reserve de manera exclusiva al Congreso de la Unión, la facultad de legislar en materia de Asentamientos Humanos; debe concluirse que la legislatura del Estado de México sí goza de facultades para legislar en esa materia.⁸

Posteriormente, los tribunales federales matizaron los alcances de la cláusula residual en el urbanismo, derivados de régimen de concurrencia material, para ello, el Pleno de la SCJN advirtió que

Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios, e inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3º., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4º.,

⁸ 8ª. Época, 1993, Aislada: P. XXII/93. IUS: 205572.

párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las Entidades federativas, incluso el Distrito federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.⁹

En consecuencia, se produce aquí el mandato constitucional de colaboración entre las entidades territoriales a partir de la acción coordinadora federal mediante la ley general (o de bases) que irán desarrollando o complementando las leyes de cada entidad federativa (ley de bases + ley de desarrollo), configurándose así la necesaria relación normativa equilibrada entre la ley federal y la ley estatal.

Al respecto, el mismo Pleno ofrece un claro ejemplo de la compleja relación entre ley general (bases) y ley estatal (de desarrollo) al señalar que el

artículo 32, fracción I, de la Ley General de Asentamientos Humanos, que prevé que la legislación estatal de desarrollo urbano establecerá las disposiciones para la asignación de usos y destinos compatibles, no es violatorio del artículo 27 constitucional, pues con ello no se está permitiendo la imposición de modalidades a la propiedad privada, que puedan nulificar o extinguir a la misma, sino sólo se está coordinando el ejercicio del derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y que consagra el precepto constitucional referido, definiendo que tal función corresponde a las Legislaturas de las entidades federativas, en virtud del ejercicio concurrente que sobre la materia ejercen la Federación, los Estados y los Municipios, y que requiere de una delimitación clara de las funciones que cada uno debe realizar conforme al sistema de competencias que les determina la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual expresamente alude en su numeral 27 a usos y destino como modalidades a la propiedad privada que podrán imponerse en virtud de la función social del derecho de propiedad bastando, por tanto, que la Ley General de Asentamientos Humanos

⁹ 9ª. Época, Jurisprudencia: P/J. 142/2001. IUS: 187982.

defina los conceptos de usos y destinos en su artículo 2º., fracciones IX y XIX, pues corresponde a las Legislaturas Locales la determinación precisa de cuáles son esos usos y destinos compatibles que podrán imponerse¹⁰.

El Alto Tribunal mexicano confirma su doctrina sobre las facultades concurrentes al establecer que

*Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta.*¹¹

En resumen, la concurrencia en materia urbanística se produce a partir del artículo 73, fracción XXIX-C CF que establece como primera técnica de coordinación la ley de bases (federal) + ley de desarrollo (estatal), sin que la ley de bases federal pueda llevar a cabo una regulación completa, detallada o exhaustiva de la materia concurrente porque vaciaría de contenido a la competencia legislativa de la entidad federativa, cuestión que sin duda, queda fuera del concepto de concurrencia constitucionalmente admitido.

En este orden de ideas, las posteriores intervenciones del poder judicial federal en la Décima Época consistirán en analizar, paulatinamente, el carácter básico de cada una de las disposiciones legales federales para determinar el ámbito de desarrollo legislativo de las entidades federativas.

¹⁰ 9ª. Época, 1998, Aislada: P. IX/98. IUS: 196814.

¹¹ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 5/2010. IUS: 165224.

2. Competencias urbanísticas municipales: mayor decisión municipal y la oportunidad para desarrollar el principio de diferenciación o diversidad para la evolución municipal mexicana

En el caso de los municipios hay que señalar que también tienen reconocimiento constitucional en materia de urbanismo (artículo 73, fracción XXIX-C CF), por lo que, aunado a la autonomía, tienen garantizado un ámbito propio y exclusivo de intervención efectiva en la materia urbanística.

La primera señal que aportó la doctrina judicial federal fue una interpretación restrictiva del artículo 115 CF para los municipios al *i*) no establecer límites a las bases normativas del legislador estatal en materia municipal y *ii*) vincular la competencia municipal de la fracción V, artículo 115 CF al contenido de las leyes.

Al respecto resulta representativa la tesis del Alto Tribunal que estableció:

lo dispuesto por el artículo 115, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que los Municipios están facultados para expedir los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales, y controlar y vigilar la utilización del suelo en sus respectivas jurisdicciones territoriales, de conformidad con los fines del artículo 27 constitucional, de acuerdo con la fracción II del mismo precepto fundamental, esa facultad debe regirse por la bases normativas que deberán establecer la legislaturas de los Estados. Por consiguiente, tal facultad no corresponde originalmente a los Ayuntamientos, sino que la tienen derivada, esto es, que su desempeño debe someterse a las bases normativas que establezcan las legislaturas de las entidades federativas, apoyadas en las mencionadas fracciones del artículo 115 de la Constitución Política.¹²

No obstante, las reformas constitucionales, de 3 de febrero de 1983 y de 23 de diciembre de 1999 (especialmente), influyeron en las decisiones del poder judicial federal con un efecto expansivo del ámbito de autonomía de los municipios frente a las injerencias federales y estatales.

¹² 9ª, Época, 1996, Aislada: P. CXIX/96. IUS: 200050.

Para ello, la SCJN determinó, ahora, que

de conformidad con el artículo 115, fracciones II y V, de la Constitución Federal, los Municipios están facultados para expedir los bandos de policía y buen gobierno, así como los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las Legislaturas de los Estados, obligación que ha sido recogida en la Constitución y Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Nuevo León, que disponen la bases generales a las que deberán sujetarse los Ayuntamientos para la formulación de sus reglamentos, entre ellas las relativas al control y vigilancia del uso del suelo dentro de los Municipios. Ahora bien, la circunstancia de que en los artículos 11, apartado B, fracción XX, inciso i), y 195 de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Nuevo León, se atribuya al secretario de Desarrollo Urbano y Obras Públicas de ese Estado, la potestad para autorizar, modificar o rechazar los usos o cambios de uso o destino del suelo y de diversas edificaciones y se faculte a la Secretaría de Desarrollo Urbano para aplicar las medidas de seguridad que correspondan, no resulta violatoria del referido artículo 115, fracción V, constitucional. Ello es así, porque al conferir dichos preceptos esa potestad al citado secretario, que sólo se ejerce tratándose de la “modalidad general” de administración de Municipios a que se refiere la fracción I del artículo 15 bis de la ley impugnada y apoyando en el Sistema Estatal de Coordinación Urbana previsto en los artículos 15 y 15 bis de la misma ley, se actualiza la norma constitucional referida, es decir, se establecen las bases conforme las cuales se debe controlar y vigilar la utilización y uso del suelo dentro de los Municipios correspondientes.¹³

El mismo Pleno de la SCJN, más adelante, limitó los alcances de la legislación estatal respecto de las normas jurídicas municipales derivadas de la reformas al artículo 115 CF:

el órgano reformador de la Constitución en 1999 modificó el segundo párrafo de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con un doble propósito: delimitar el objeto y alcance de las leyes estatales en materia municipal y ampliar la facultad reglamentaria del Municipio en determinados aspectos, según se advierte del dictamen de la

¹³ 9ª. Época, 2000, Aislada: P. LVI/2000. IUS: 191971.

Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, en el cual se dispone que el contenido de las ahora denominadas “leyes estatales en materia municipal” debe orientarse a las cuestiones generales sustantivas y adjetivas que den un marco normativo homogéneo a los Municipios de un Estado, sin intervenir en las cuestiones específicas de cada uno de ellos, lo que se traduce en que la competencia reglamentaria municipal abarque exclusivamente los aspectos fundamentales para su desarrollo. Esto es, al preverse que los Ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las Legislaturas de los Estados, bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal, se buscó establecer un equilibrio competencial en el que prevaleciera la regla de que un nivel de autoridad no tiene facultades mayores o más importantes que el otro, sino un esquema en el que cada uno tenga las atribuciones que constitucionalmente le corresponden; de manera que al Estado compete sentar las bases generales a fin de que existe similitud en los aspectos fundamentales en todos sus Municipios, y a éstos corresponde dictar sus normas específicas, dentro de su jurisdicción, sin contradecir esas bases generales.¹⁴

Aunado a que se amplió el margen de regulación municipal también se precisaron los alcances de la reglamentación municipal de manera que se estableciera un ámbito de actuación municipal propio y diferenciado de la legislación ya que, a

raíz de la reforma constitucional de 1999 se amplió la esfera competencial de los Municipios en lo relativo a su facultad reglamentaria en los temas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; derivado de aquélla, los Ayuntamientos pueden expedir dos tipos de normas reglamentarias: a) el reglamento tradicional de detalle de las normas, que funciona similarmente a los derivados de la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal y de los expedidos por los Gobernadores de los Estados, en los cuales la extensión normativa y

¹⁴ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 133/2005. IUS: 176948.

su capacidad de invocación está limitada, pues el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida; y b) los reglamentos derivados de la fracción II del artículo 115 constitucional, que tienen una mayor extensión normativa, ya que los Municipios, respetando las bases generales establecidas por las legislaturas, pueden regular con autonomía aquellos aspectos específicos de la vida municipal en el ámbito de sus competencias, lo cual les permite adoptar una variedad de formas adecuadas para regular su vida interna, tanto en lo referente a su organización administrativa y sus competencias constitucionales exclusivas, como en la relación con sus gobernados, atendiendo a las características sociales, económicas, biogeográficas, poblacionales, culturales y urbanísticas, entre otras, pues los Municipios deben ser iguales en lo que es consustancial a todos —lo cual se logra con la emisión de las bases generales que emite la Legislatura del Estado—, pero tienen derecho, derivado de la Constitución Federal de ser distintos en lo que es propio de cada uno de ellos, extremo que se consigue a través de la facultad normativa exclusiva que les confiere la citada fracción II.¹⁵

No obstante, la actividad normativa municipal garantizada por el mismo artículo 115 CF también encuentra límites en sus alcances, especialmente, en las materias sobre las que se ejercen facultades concurrentes —como el Urbanismo— para que, entonces, se produzca una acción coordinada de la Federación, las entidades federativas y los municipios en el ámbito de sus respectivas competencias.

Sobre este aspecto, en agosto de 2011, el Pleno de la SCJN ha señalado que

las facultades de los Municipios en materia de asentamientos humanos previstas en la fracción V del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entendidas en el sistema constitucional concurrente, no son normativas exclusivas ni definitivas, ya que el acápite de dicha fracción indica claramente que siempre se desarrollarán en los términos de las leyes federales y estatales relativas; así, aquéllas deben entenderse siempre en el contexto de las facultades concurrentes distribuidas constitucional y legalmente; sin embargo, en virtud de las reformas constitucionales destinadas a reforzar la autonomía municipal, concretamente las de 1983 y 1999, debe tenerse

¹⁵ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 132/2005. IUS: 176929.

presente que el Municipio siempre goza de un grado de autonomía cierta frente a la planeación estatal, debiendo tener una intervención real y efectiva en ella y no ser un mero ejecutor.¹⁶

En resumen, la legislación federal y, especialmente, la legislación estatal están limitadas a respetar un margen de regulación municipal propio que permita al ayuntamiento la autoregulación de sus asuntos conforme sus características y necesidades pero a partir de las bases establecidas por el legislador.

Un último apunte que resulta preceptivo señalar consiste en el principio de diferenciación o diversidad municipal¹⁷ que no ha sido tratado en las resoluciones judiciales en materia urbanística y que, desde mi punto de vista, debe ser uno de los temas centrales de la Décima Época.

La CF ha garantizado un cúmulo de asuntos municipales para atender en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, por lo que el legislador encuentra límite a su actividad sobre estas materias y, especialmente, tiene un mandato objetivo de atribución de competencias municipales en un mayor número de asuntos o materias de las que constitucionalmente se ha dotado a todos los municipios mexicanos.

En este orden de ideas, el mismo artículo 115, fracción III, inciso i) CF¹⁸ manda al legislador estatal para incrementar los asuntos (funciones o servicios) a algunos municipios de su Estado siempre que cada municipio tenga posibilidades (objetivamente) de encargarse de nuevas materias y que la intervención municipal represente mayores ventajas y beneficios en su ejecución (eficacia), por lo que, desde mi perspectiva, cuando alguno de los municipios demuestre capacidad y condiciones para hacerse cargo de un asunto bajo su responsabilidad, la ley estatal tiene el mandato constitucional para trasladar la materia al ámbito de competencias municipales, lo que implica, que cuando el legislador niegue dicho traslado a un concreto ámbito municipal estará contraviniendo el sentido del principio de diferenciación o diversidad municipal constitucionalmente previsto.

¹⁶ 9ª. Época, Jurisprudencia: P/J. 17/2011. IUS: 161383.

¹⁷ Sobre este tema concreto remito al lector a Jiménez Dorantes, Manuel, *Autonomía municipal y planeamiento urbanístico*, México, Fontamara, 2007, pp. 87-92. Así como los enriquecedores datos estadísticos que ofrece García Enríquez, Rabell, "El camino a la diversidad municipal", *Cuestiones Constitucionales*, No. 24, enero-junio, México, unam, 2011, pp. 247-270.

¹⁸ Artículo 115, fracción III CF: "Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: [...] i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las *condiciones* territoriales y socioeconómicas de los Municipios, así como su *capacidad* administrativa y financiera" (destacado mío).

3. *Propiedad privada y su función social con fines urbanísticos*

La relación entre propiedad privada y Urbanismo resulta esencial para determinar los alcances de la misma sobre la disposición y utilización racional del suelo con fines urbanísticos.

El modelo constitucional mexicano de 1917 utiliza lo que se ha denominado “tesis patrimonialista”¹⁹, en la que la propiedad de las aguas y tierras son propiedad originaria de la nación que traslada parte de su dominio a los particulares configurando el concepto de “propiedad privada”²⁰ vinculada en todo momento a la función social que constitucionalmente está llamada a cumplir.

En consecuencia, el Pleno de la SCJN señaló que la CF

en sus artículos 14, 16 y principalmente el 27, reconoce como derecho fundamental el de la propiedad privada; sin embargo, lo delimita fijando su contenido, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respecto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Luego, tratándose de aquel derecho, la Constitución Federal lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.²¹

Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN ha indicado, que dicho artículo 27, párrafo primero CF,

señala expresamente que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, quien ejerce un poder máximo sobre aquéllas y, con base en él, puede

¹⁹ Azuela de la Cueva, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, México, El Colegio de México, 1999, pp. 24-31.

²⁰ Ver artículo 27, párrafos primero, segundo y tercero CF.

²¹ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 37/2006. IUS: 175498.

cederlas a los particulares para constituir la propiedad privada, o bien, una vez transmitido su dominio, si es necesario, disponer de aquéllas por medio de las vías previstas en la propia Ley Suprema, siento que tanto el Congreso Constituyente de 1916, como la doctrina han denominado a dicha propiedad como “propiedad absoluta”, “dominio supremo”, “dominio pleno” o “dominio eminente”, similar al existente en el derecho colonial o virreinal, delimitado actualmente por el derecho internacional. Así, aunque la propiedad de las tierras y aguas puede transmitirse a particulares, no implica que siempre se transfiera el dominio de los recursos naturales encontrados en ellas, porque los párrafos cuarto y quinto del referido precepto constitucional establecen que corresponde a la Nación su dominio directo, es decir, sólo ella puede disponer de los recursos o bienes, vivos o no, descritos en esos párrafos, pero en uso de esa soberanía autoriza a los gobernados —sin que en estos casos puede constituirse la propiedad privada—, su explotación y aprovechamiento temporal a través de una concesión, salvo los casos de excepción previstos en el sexto párrafo del artículo 27 de la Ley Fundamental.²²

Ahora bien, una señal adicional de la función social de la propiedad con fines urbanísticos radica en la habilitación constitucional para que el legislador federal como el legislador estatal puedan determinar los límites y modalidades que pueden imponerse administrativamente a la propiedad privada, por lo que i) se reafirma el carácter concurrente de la materia de Urbanismo y ii) la reserva de ley para concretar las posibilidades sociales que debe cumplir la propiedad privada. De ahí que la misma SCJN orientó su afirmación para reconocer la habilitación constitucional de las entidades federativas para involucrarse en las determinaciones sobre la propiedad privada bajo el principio de competencia, especialmente, las concurrentes a favor de las entidades federativas.

Así, en 1998, el Tribunal Pleno destacó que la LGAH

está coordinando el ejercicio del derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y que consagra el precepto constitucional referido, definiendo que tal función corresponde a las Legislaturas de las entidades federativas, en virtud del ejercicio concurrente que sobre la materia ejercen la Federación, los Estados y los Municipios, y que

²² 9ª. Época, 2010, Aislada: 2a. LXXVIII/2010. IUS: 163981.

requiere de una delimitación clara de las funciones que cada uno debe realizar conforme al sistema de competencias que les determina la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual expresamente alude en su numeral 27 a usos y destinos como modalidades a la propiedad privada que podrán imponerse en virtud de la función social del derecho de propiedad bastando, por tanto, que la Ley General de Asentamientos Humanos defina los conceptos de usos y destinos en su artículo 2o., fracción IX y XIX, pues corresponde a las Legislaturas Locales la determinación precisa de cuáles son esos usos y destinos compatibles que podrán imponerse.²³

Posteriormente, ambas Salas de la SCJN señalaron que

si bien es cierto que el Congreso de la Unión está facultado para imponer modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio de *lex rei sitae*, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se registrarán por el ley del lugar de su ubicación. Así al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de

²³ 9ª. Época, 1998, Aislada: P. IX/98. IUS: 196814.

dicho órganos legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades necesarias en función del interés público²⁴.

A. Modalidades

Para iniciar hay que señalar que la mención constitucional del artículo 27, párrafo tercero CF —siguiendo las resoluciones judiciales—,

por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente de la norma que la impone y el segundo, la modificación sustancial del derecho de propiedad en su concepción vigente. El primer elemento requiere que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, que introduzca un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una situación jurídica estable. El segundo elemento implica una limitación o transformación del derecho de propiedad; así la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los efectos de la modalidad que se imponga a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extinción actual de su derecho.²⁵

Como se ha señalado, resulta que las limitaciones que se pueden imponer a la propiedad privada únicamente las puede establecer el legislador (federal o estatal) para que la Administración pública tenga posibilidades de utilizar dichas limitaciones

²⁴ 9ª. Época, 2000, Aislada: 1a. XLII/2000. IUS: 190598. En el mismo sentido la Segunda sala, 9ª. Época, 2000, Aislada: 2a. LVII/2000. IUS: 191538.

²⁵ 7ª. Época, Pleno, Jurisprudencia. SJF 157-162, primera parte, p. 315. IUS: 232486. En el mismo sentido 5a. Época, Sala Auxiliar, SJF CXX, p. 590. IUS: 340930; así como 5ª. Época, Tercera Sala, SJF CXIX, p. 293. IUS: 341073, entre otras.

legales mediante reglamentos o actos administrativos, pero sin posibilidades de innovar limitaciones a la propiedad que no haya sido previstos por el legislador competente.

En un caso sobre modalidades a la propiedad en el centro histórico de la ciudad de Oaxaca, se ha señalado que —derivado del párrafo tercero del artículo 27 (modalidades y límites) y el artículo 73, fracción XXIX-C CF (facultades concurrentes)—

el ordenamiento legal aplicable expedido por dicho órgano legislativo [federal] es la Ley General de Asentamiento Humanos, la que en sus artículos 27, 28, 31 y 35 establece que el ejercicio del derecho de propiedad, de posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en los centros de población, cualquier que sea su régimen jurídico, debe sujetarse a las provisiones, reservas, usos y destinos que determinen las autoridades competentes en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables; asimismo, que tales planes o programas deben señalar y contener las acciones específicas para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población y establecerán la zonificación correspondiente; además que esta última debe comprender los usos y destinos permitidos, prohibidos o condicionados, las disposiciones aplicables a los usos y destinos condicionados, la compatibilidad entre los usos y destinos permitidos, así como las densidades de población. Por su parte, el artículo 37 de la Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca dispone que los planes de centros de población estratégicos y los de centros de población municipales deben contener, entre otros requisitos, la identificación de problemas existentes y previstos en base al análisis de los distintos usos del suelo y la forma en que se interrelacionan, la determinación de objetivos particulares para el desarrollo de los centros de población y los medios para lograr tales objetivos. Ahora bien, el Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico de la ciudad de Oaxaca de Juárez, Oaxaca, identifica como problemas en la zona del centro de la ciudad, entre otros, el crecimiento del uso del suelo para comercio, con reducción del uso habitacional; como objetivos, mantener la función y el carácter del centro histórico como un centro de ciudad dinámico y vivo, con la diversidad de actividades comerciales, turísticas, culturales, recreativas y sociales que ofrece, así como preservar y fomentar la habitación de dicha zona, y las actividades tradicionales del centro histórico, para reforzar el arraigo de la población y su atractivo turístico, pero entre los medios o mecanismos para lograr tales objetivos no aparece el implementar la imposición de modalidades a la propiedad privada en cuan-

to a la superficie. Por tanto, si en el artículo 29 del Reglamento General de Aplicación del Plan Parcial de Conservación del Centro Histórico, publicado en el *Periódico Oficial* de la entidad, el 23 de diciembre de 1997, se establecen limitaciones al derecho de propiedad, como es la de limitar el uso de los inmuebles ubicados en esa zona, según la superficie de la construcción respectiva y el uso habitacional, habitacional mixto, comercial y comercial mixto, que se le pretenda dar, es evidente que al introducirse una cuestión no prevista en el plan parcial de conservación, se contravienen los artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C, del Pacto Federal, en relación con los numerales 27, 28, 32 y 35, fracciones III, V y VI de la Ley General de Asentamientos Humanos, y 37, fracción IV, de la Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca.²⁶

Aunque en un principio las resoluciones judiciales determinaron que en los casos de imposición de modalidades a la propiedad privada no operaba el principio de audiencia previa del artículo 14 CF, ya que

la garantía de audiencia previa, consagrada en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, opera siempre y cuando no se modifique por otro precepto constitucional. En el caso, el artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución, sin señalar como requisito la previa audiencia, establece el derecho de la nación a imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación señalando que, en consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos. Así, esta disposición, al no contemplar la previa audiencia de los particulares afectados, establece un régimen de excepción a dicha garantía cuando se trata de limitar o restringir el derecho de propiedad en materia de asentamientos humanos. La exclusión de tal garantía de la órbita del particular busca privilegiar los intereses colectivos de carácter social por encima de los intereses individuales encontrando su explicación en la función social que debe cumplir la propiedad privada en estos casos. No existe contradicción entre ambos preceptos pues el primero de ellos establece la garantía de audiencia como regla general que, como tal, rige tratándose de derechos públicos subjetivos, mientras que el segundo tutela garantías sociales que, por su propia naturaleza, están por encima

²⁶ 9ª, Época, 2005, Aislada: XII.1o.15 A. IUS: 179358.

de las individuales, a las que restringe y condiciona en su alcance liberal. En consecuencia, la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, que no prevé un procedimiento que otorgue audiencia a los particulares afectados, no resulta inconstitucional, amén de que es de orden público e interés social que se aplique sin trabas de ninguna clase.²⁷

Sin embargo, cabe precisar que —en el Derecho urbanístico mexicano— dicha oportunidad de audiencia previa se produce en la etapa de formulación del planeamiento urbanístico correspondiente (que determina los usos y destinos del suelo) en el que, por disposición legal,²⁸ la autoridad planificadora establece una fase de participación ciudadana y de audiencias públicas para que cualquier habitante de la ciudad sujeta a planeamiento puede hacer sus intervenciones y alegaciones que considere oportunas y, en consecuencia, la autoridad planificadora debe dar respuesta fundada y motivada a la participación ciudadana.

B. Expropiación

En el mismo artículo 27 CF se establece la posibilidad de expropiación de la propiedad particular a favor de una causa de utilidad pública. Al respecto, el Pleno de la SCJN reconoció la intervención del legislador federal y estatal para configurar el concepto de utilidad pública, ya que

corresponde a las leyes de la Federación y de los Estados, en sus respectivos ámbitos competenciales, señalar los casos en que sea de utilidad pública expropiar un bien, correspondiendo a la autoridad administrativa realizar dicha declaración y fijar las reglas generales sobre el precio e indemnización. Esto es,

²⁷ 9ª. Época, 2004, Aislada: I.4o.A.412 A. IUS: 182478.

²⁸ La LGAH determina en el artículo 16: “La legislación estatal de desarrollo urbano determinará la forma y procedimientos para que los sectores social y privado participen en la formulación, modificación, evaluación y vigilancia de los planes o programas de desarrollo urbano.

En la aprobación y modificación de los planes o programas se deberá contemplar el siguiente procedimiento: I. La autoridad estatal o municipal competente dará *aviso público* del inicio del proceso de planeación [...] difundiéndolo ampliamente; II.- Se establecerá un plazo y calendario de audiencias públicas para que los interesados presenten por escrito a las autoridades competentes, los planeamientos que consideren respecto del proyecto [...]; III.- Las respuestas a los planteamientos improcedentes y las modificaciones del proyecto deberán fundamentarse y estarán a consulta de los interesados en las oficinas [...] previamente a la aprobación del plan o programa de desarrollo urbano o de sus modificaciones...” (destacado mío).

la expropiación constituye un acto de carácter administrativo mediante al cual se priva a los particulares de la propiedad de un bien inmueble, en aras del interés, necesidad o utilidad social, es decir, se trata de una figura a través de la cual el Estado logra determinados fines relacionados con el interés colectivo, de ahí que se sujete la expropiación a causas de utilidad pública. Ahora bien, toda vez que la Constitución federal no establece un concepto de utilidad pública, el que por abstracto, mutable y relativo es difícil de definir y sólo es determinable por las condiciones políticas, sociales y económicas que imperen en cierta época y lugar, el Constituyente otorgó al Congreso de la Unión y a las Legislaturas Estatales la facultad de establecer, en la ley y dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, las causas de utilidad pública que, en aras del bien común, sustenten el acto administrativo expropiatorio.²⁹

Ahora bien, en el concreto tema de la “audiencia previa” en materia expropiatoria ha experimentado un cambio sustancial en los últimos años en la doctrina del poder judicial federal, ya que, era doctrina consolidada que la potestad expropiatoria “constituye un acto típico de soberanía”,³⁰ por lo que, consecuentemente,

en materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política, pues el artículo 27 del mismo ordenamiento previene que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización y que las leyes de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, tocando a las autoridades administrativas hacer, de acuerdo con esas leyes, la declaración correspondiente; por tanto al no considerarse entre las condiciones necesarias para la procedencia de la expropiación, la previa audiencia del interesado, es lógico y jurídico reconocer que no rige en la materia de que se trata la garantía antes expresada, y, a mayor abundamiento, debe decirse que, en la mayoría de los casos, la

²⁹ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 38/2006. IUS: 175592. Al respecto ver también la 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 39/2006, IUS: 175593 así como 5ª. Época, Segunda Sala, Aislada, SJF CII, p. 321. IUS: 322867.

³⁰ 5ª. Época, Pleno, SJF LXXXVII, p. 1789. IUS: 322167.

expropiación obedece a circunstancias urgentes que requieren una determinación rápida, al cual no podrá tener lugar si fuera necesario dar intervención a la autoridad judicial, cuyos procedimientos y trámites, de por sí, son tardados.³¹

La interpretación constitucional cambió sustancialmente a partir de la determinación de la Segunda Sala de la SCJN,

porque de una nueva reflexión se concluye que la interpretación del artículo 145, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”. Las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En este sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es

³¹ 6ª. Época, Pleno, SJF primera parte, XCVI, p. 31. IUS: 801275. Así como, 9ª. Época, Jurisprudencia P./J. 65/95. IUS: 198404. 8ª. Época, 1995, Aislada: VI.2o. 264 A. IUS: 209496. 6ª. Época, Aislada, SJF Primera parte, XCVI, p. 29. IUS: 801242.

una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretara por el Estado, con el fin de adquirirlo.³²

En resumen, la propiedad privada lleva implícita la función social que está llamada a cumplir a partir de las determinaciones legales que la Federación o las entidades federativas establezcan para que las respectivas Administraciones públicas, previa garantía de audiencia, puedan afectar mediante acto concreto la disposición del suelo o, en su caso, poseer la propiedad.

4. *Planeamiento urbanístico*

A. Sistema de planeamiento urbanístico

Las legislación urbanística general trasladó la precisión de sus determinaciones a un conjunto de instrumentos de planeamiento para que, sistemáticamente, se llevara a cabo la programación de modelos urbanísticos ordenados y coordinados a partir de la coordinación federal mediante al Plan Nacional de Desarrollo Urbano. En consecuencia, las entidades federativas llevan a cabo la planeación del territorio estatal mediante el Plan Estatal de Desarrollo Urbano y Planes Regionales de Desarrollo Urbano, finalmente, el municipio también ejerce facultades de programación del suelo mediante el Plan Municipal de Desarrollo Urbano y el Plan de Desarrollo Urbano de Centro de Población. Adicionalmente, la LGAH prevé Planes para las Zonas Conurbadas y planes especiales sobre una materia concreta (vivienda, industria, turismo, etcétera).

Este sistema de planeamiento ha sido delimitado con mayor precisión por la misma SCJN, especialmente, sobre la relación jurídica que existe entre los diversos instrumentos de planeamiento urbanístico para precisar los ámbitos de actuación de cada una de las autoridades urbanísticas (federal, estatal y municipal).

La relación entre instrumentos de planeamiento urbanístico en el Estado de Nuevo León es un buen ejemplo de la sistematización que el Pleno de la SCJN considera debe prevalecer:

³² 9ª. Época, Jurisprudencia: 2a./J. 124/2006. IUS: 174253.

el cumplimiento del requisito de congruencia establecido en el indicado precepto, previamente a la publicación del programa correspondiente y a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, deriva de las obligaciones contenidas en las diversas fracciones del artículo 51 de la Ley citada, de donde se advierte la necesidad de congruencia y no contravención de los planes y programas municipales respecto a lo determinado en los estatales y federales en la materia. Esta situación, analizada en el contexto de las facultades concurrentes a las que se refieren los distintos incisos de la fracción V del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que las acciones de formulación, aprobación y administración de planes de desarrollo urbano municipal previstas en el inciso a) de la fracción V del artículo constitucional señalado, deben entenderse sujetas a los lineamientos y formalidades establecidos en las leyes federales y estatales en la materia, y nunca como un ámbito exclusivo y asilado del Municipio sin posibilidad de hacerlo congruente con la planeación realizada en los otros dos niveles de gobierno, sin que lo anterior lleve a considerar que el Municipio queda a merced de las decisiones del Estado cuando pueden ser potencialmente arbitrarias al no contar con un control de la actuación del órgano que debe realizarlas, como es la Secretaría de Desarrollo Sustentable perteneciente al Gobierno del Estado, pues la no arbitrariedad de las decisiones debe tener su límite y control en el propio dictamen de congruencia que emita la Secretaría una vez que analice y verifique que los planes y programas municipales guardan congruencia entre los distintos niveles de planeación, dictamen que en todos los casos debe contener los motivos y las razones por las cuales el gobierno local decida sobre la congruencia o falta de ella de los planes y programas municipales, justificando clara y expresamente las recomendaciones que considere pertinentes en caso de detectar incongruencias. De este modo, siempre que el dictamen de congruencia reúna los requisitos aludidos, como requisito previo para la publicación e inscripción en el registro público, no podrá entenderse como arbitrario, de ahí que el artículo 52 de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Nuevo León, analizado en el contexto de las facultades constitucionales concurrentes en la materia de asentamientos humanos, es constitucional.³³

³³ 9ª. Época, Jurisprudencia P./J. 18/2011. IUS: 161385.

En consecuencia, la relación jurídica que se produce entre los instrumentos de planeamiento urbanístico exige tener como referencia la pertenencia a un sistema de planeamiento que requiere, en primer lugar, una relación clara y precisa en el alcance de cada uno de los instrumentos de planeamiento y, en segundo lugar, la limitación necesaria de los instrumentos para permitir la acción planificadora de las instancias públicas intervinientes.

Al respecto, el Pleno de la SCJN señaló que

la facultad constitucional concurrente en materia de asentamientos humanos prevista en el artículo 73, fracción XXIX-C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe interpretarse en el contexto normativo que establece el sistema general de planeación del desarrollo nacional establecido en el artículo 11 de la Ley General de Asentamientos Humanos, ya que estas facultades de planeación de los distintos niveles de gobierno no funcionan en una relación jerárquico-normativa o de distribución competencial, sino que tienen injerencia directa en las políticas públicas desarrolladas por aquéllos, cuya autonomía tiene un impacto directo en la relación de la planeación de las distintas jurisdicciones. En este sentido, existen dos vías de análisis de los ámbitos de competencia en esta materia que son paralelas y complementarias: a) La normativa, que establece las relaciones jerárquicas o de división competencial de la que deriva la validez de las distintas disposiciones emitidas por los diferentes niveles de gobierno; y, b) La de los planes, programas y acciones relacionadas con la planeación que, si bien derivan y tienen una relación directa con la primera vertiente, se relacionan entre ellas de manera distinta a la validez, con criterios como congruencia, coordinación y ajuste.³⁴

B. Características normativas de los instrumentos de planeamiento urbanístico

La naturaleza jurídica de los planes y programas de desarrollo urbano es uno de los temas centrales del debate jurídico y que definen sus características y, por ende, los medios de defensa aplicables.

³⁴ 9ª. Época, Jurisprudencia P./J. 16/2011. IUS: 161382. Ver también, 9ª. Época, 2005, Aislada: XII.1o.15 A. IUS: 179358.

La primera idea sobre este tema, se centró en determinar que los planes urbanísticos eran “actos administrativos” al considerar que

por acto administrativo se entiende toda manifestación de voluntad, deseo, conocimiento o juicio que realiza la administración pública en ejercicio de la potestad administrativa. Ahora bien, el Programa Delegacional de Desarrollo Urbano de Cuajimalpa de Morelos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de abril de 1997, expedido con base en el artículo 27 constitucional y en la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, tiene como objetivos mejorar la calidad de vida de la población propiciando su arraigo; diversificar los usos del suelo; generar empleos y satisfacer el déficit de equipamiento, infraestructura y vivienda, entre otros, encauzando el futuro crecimiento poblacional de la delegación, de suerte que, en cuanto a esos objetivos, contiene algunas características de abstracción y generalidad; sin embargo, éstas se encuentran acotadas a situaciones específicas y concretas como lo son la zona y la clase de tierras que incluye, por lo que es menester motivar la elecciones de determinados inmuebles y la decisión en cuanto a los efectos que esto conlleva, esto es, una relación de causa-efecto. Así, el programa no es más que una norma individualizada en tanto se refiere a una zona geográfica delimitada (Delegación de Cuajimalpa de Morelos) que afecta a determinados sujetos claramente identificados (habitantes, propietarios y poseedores cualificados de dicha demarcación), lo que obliga a argumentar sobre el porqué determinado inmueble es candidato idóneo para ser afectado. En otros términos, se está en presencia de un acto administrativo que no es una regla de conducta en abstracto, sino que crea, modifica o extingue una situación jurídica y relación precedente de un derecho y restricción de otro y, por tanto, debe ser explicado y no ser un acto arbitrario que no motiva la causa legal que da lugar al acto de molestia o privación. Cabe poner de relevancia que un acto administrativo —aun con efectos generales— no es igual que una ley, de manera que los requisitos de validez respectivos difieren, especialmente los concernientes a la motivación. En conclusión, el programa, en la medida que implica la expresión de voluntad de la administración pública, es un acto administrativo que, si bien se encuentra referido a múltiples destinatarios de una zona determinada, no por ello queda exceptuado de explicar y demostrar la subsunción en la hipótesis legal de las circunstancias *de facto* y *de jure* del caso particular pues, como acto administrativo con efectos generales se agota en un supuesto

concreto, a diferencia de la ley que es aplicable a situaciones abstractas que pueden o no actualizarse. En ese orden de ideas, si el programa en cuestión no expone en forma pormenorizada las razones que llevaron a expedirlo y los motivos para destinar determinado terreno al área de preservación ecológica de la delegación, es claro que no cumple con la garantía de fundamentación y motivación.³⁵

No obstante, la evolución jurisprudencial mexicana terminó evidenciando las debilidades de la consideración del plan urbanístico como “acto” y lo posicionó en el ámbito de las normas jurídicas.

Una aproximación a esta concepción normativa del instrumento de planificación se produjo en el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito que señaló que

el artículo 82 del Reglamento del Plan Parcial de Desarrollo urbano de San Pedro Garza García, Nuevo León 1990-2010, no da ningún efecto retroactivo a la ley, toda vez que la obligación que impone para el otorgamiento de la licencia de uso del suelo de una edificación construida con anterioridad a su entrada en vigor, consistente en tener el número de cajones de estacionamiento suficientes para satisfacer la demanda, obra hacia el futuro y no hacia el pasado, pues impera indiscutiblemente a partir de la vigencia del reglamento en cuestión; resultando incierto que modifique derechos adquiridos el tenor de los ordenamientos vigentes en el momento en que se construyó alguna edificación, ya que si bien es cierto que en la época en que se empezó a dar un uso del suelo comercial no existía ninguna disposición que reglamentara el otorgamiento de la licencia para el uso de las edificaciones y por ello había libertad para darle cualquier uso, también lo es que tal libertad o derecho desaparece al surgir la reglamentación que no existía; de manera que si el dispositivo regula una situación hasta entonces no reglamentada, ello obra hacia el futuro y no hacia el pasado, al amparar obligaciones a partir de su vigencia y no por el hecho de que la disposición en comento se refiera al caso de construcciones edificadas con anterioridad a su entrada en vigor y no a nuevas construcciones.³⁶

³⁵ 9ª. Época, 2004, Aislada: I.4o.A.413 A. IUS: 182245.

³⁶ 9ª. Época, 2001, Aislada: IV.3o.A.T.46 A. IUS: 190432.

Definitivamente, los instrumentos de planeamiento tienen un carácter normativo, para sostener esta afirmación también sirve la referencia al caso de los instrumentos de planeamiento urbanístico del Distrito federal, del Séptimo Tribunal Colegiado del primer circuito que determina que el

artículo 13, primera parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, entendiéndose como tales aquellas que estén dirigidas a personas en lo particular, con exclusión de las demás, y que después de aplicarse el caso previsto y determinado, pierden su vigencia. La circunstancia de que los programas parciales de desarrollo urbano del Distrito Federal se refieran concretamente al uso del suelo en un área determinada, no les confiere la característica de leyes privativas, ya que aquéllos tendrán efectos sobre todos y cada uno de los predios que se encuentren dentro del polígono respectivo, y su vigencia no está circunscrita a un solo acto de aplicación, es decir, solamente se trata de una disposición gubernativa con un ámbito de vigencia territorial delimitado, lo cual no atenta contra ningún principio constitucional, sino que es coherente con los postulados previstos por los artículos 27, tercer párrafo, 73, fracciones XXIX-C y XXIX-G y 122, inciso C, base primera, fracción V, subinciso j), de la Carta Magna, ya que la ordenación de los asentamientos humanos debe hacerse tomando en cuenta las particularidades que revista una zona en particular, a efecto de mejorar los centros de población y preservar el equilibrio ecológico imperante en ese lugar.³⁷

Al respecto, también resulta representativa la resolución del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito:

De acuerdo con lo establecido en los artículos 15, fracciones I, II y último párrafo, 26, 35, 36 y 46 de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Puebla, los planes y programas de desarrollo urbano son aprobados, publicados en forma abreviada e inscritos en el registro correspondiente, regulan y ordenan los asentamientos humanos y son obligatorios para las autoridades y para los particulares, es decir, se incorporan al régimen jurídico correspondiente, y dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, rigen para un número indeterminado

³⁷ 9ª. Época, 2005, Aislada: I.7o.A.369 A. IUS: 178663.

de gobernados y son de carácter permanente, en tanto no agotan su aplicación en un caso concreto sino que su finalidad es la de registrar un número de casos también indeterminado, por lo que constituyen normas de carácter general pues el legislador otorgó facultades al gobernador y a los Ayuntamientos municipales del Estado de Puebla, que son autoridades administrativas, para emitir este tipo de normas obligatorias, mas no constituyen una ley en sentido material no comparten la jerarquía de éstas sino que su formación, aplicación y ámbito de validez están determinados por la ley que les da origen.³⁸

C. Publicación de planes

Como cualquier norma jurídica, los planes y programas de desarrollo urbano siguen un procedimiento de formulación, aprobación y modificación que concluye con la publicación oficial del decreto correspondiente para dar plenos efectos jurídicos a los mismos. No obstante, resulta práctica habitual la publicación “parcial” del instrumento de planeamiento urbanístico lo que debilita la publicidad de la norma. Otro caso que viene aparejado a la publicación consiste en el posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad, cuestión que —desde mi punto de vista— no anula la eficacia de la norma de planeamiento publicada de manera oficial.

Al respecto, los tribunales colegiados de circuito han señalado —sobre el modelo del Distrito Federal— que mediante el

mencionado decreto, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal aprobó los dieciséis programas delegacionales de desarrollo urbano de la misma entidad, junto con sus planos y anexos técnicos que forman parte inseparable de cada uno de ellos y, además, ordenó remitir esos programas al Presidente de la República para su publicación. En este sentido, toda vez que con la promulgación de ese decreto por parte del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos y su publicación en la *Gaceta Oficial* local y en el *Diario Oficial de la Federación* los días 7 y 8 de abril de 1997, respectivamente, se otorgó plena eficacia y fuerza legal al decreto en sí mismo y por consiguiente, a los dieciséis programas delegacionales aprobados, era innecesaria la emisión de diversos decretos promulgatorios por parte del Ejecutivo Federal con el objeto

³⁸ 9ª, Época, 2005, Aislada: VI.1o.A.173 A. IUS: 178370.

de cumplir con el mandato del legislador de publicar o dar a conocer a los gobernados cada uno de los programas autorizados, puesto que tal obligación se acató con la promulgación del decreto primigenio, y sólo restaba cumplir cabalmente la referida resolución, publicando el texto íntegro de los programas y de sus anexos.³⁹

Los efectos de la publicación oficial de los planes y programas de desarrollo urbano también ejercen su influencia normativa sobre los instrumentos de planeamiento restantes que pueden ser abrogados por el nuevo instrumento publicado. Al respecto, resulta enriquecedora la tesis aislada siguiente:

No obstante que el artículo segundo transitorio del decreto por el que se aprueban los programas delegacionales de desarrollo urbano del Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de abril de 1997, señale que: “Se abrogan todos y cada uno de los programas parciales de desarrollo urbano correspondientes a cada delegación del Distrito Federal”, a efecto de estar en posibilidad de afirmar categóricamente que algún programa parcial fue efectivamente abrogado, debe realizarse una interpretación sistemática de los programas delegacionales emitidos por la entonces Asamblea de Representantes, en relación con el artículo sexto transitorio de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, que contempla la posibilidad de que los programas parciales preexistentes se incorporen a aquéllos. Por tanto, si un programa delegacional confirma algún programa parcial previamente emitido, es indudable que no fue abrogado por el artículo transitorio invocado en primer término, y consecuentemente, tiene plena validez temporal.⁴⁰

5. Derecho sancionador del Urbanismo

Uno de los temas debatidos en el Derecho público mexicano ha sido, por un lado, *i*) la relación e independencia entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, así como, *ii*) la capacidad sancionadora de la Administración pública, discusiones que no han pasado por alto en el debate sobre el Derecho urbanístico mexicano.

³⁹ 9ª. Época, 2007, Aislada: I.15o.A.74 A. IUS: 173498. Ver también la tesis: 9ª. Época, 2005, Aislada: I.5o.A.8 A. IUS: 179231.

⁴⁰ 9ª. Época, 2005, Aislada: I.7o.A.368 A. IUS: 178662.

En el primer caso, vale la pena recordar como el mismo Pleno de la SCJN ha intentado delimitar los ámbitos del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, aunque se trata de una resolución general, resulta valiosa traerla a esta exposición:

De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo del administrativo sancionador —apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal— irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.⁴¹

Ahora bien, sobre el segundo asunto, la SCJN se pronunció acerca de las posibilidades de regulación de figuras sancionadoras por parte de las normas administrativas y la limitación constitucional a las 3 figuras de sanción:⁴² multa (no excesiva⁴³), arresto hasta por 36 horas y trabajo a favor de la comunidad. Sobre el particular señaló que,

⁴¹ 9ª. Época, Jurisprudencia: P./J. 99/2006. IUS: 174488.

⁴² Ver reforma constitucional federal al artículo 21, de 18 de junio de 2008.

⁴³ Artículo 22 CF.

al establecer el artículo 140, fracción II de la Ley General de Asentamientos Humanos del Estado de México que las infracciones a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos así como a las determinaciones de las autoridades competentes, se sancionarán por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas o los Ayuntamientos, según corresponda, atendiendo a la naturaleza, gravedad y circunstancias del hecho, con la demolición total o parcial de las construcciones, no viola el artículo 21 constitucional que impone como limitantes sancionadoras a las autoridades administrativas en relación con la infracción a reglamentos gubernativos o de policía, la multa o el arresto, en virtud de que esa disposición constitucional no rige tratándose de actos formal y materialmente legislativos, pues estatuyen situaciones jurídicas distintas y sus regímenes son también diferentes, porque mientras el reglamento del tipo señalado se limita a cuestiones de carácter administrativo, las leyes carecen de esa cortapisa y sólo se encuentran delimitadas en el aspecto aludido, fundamentalmente por el artículo 22 constitucional.⁴⁴

Como se ha mencionado, las multas por las infracciones urbanísticas están vinculadas a los principios constitucionales de la potestad punitiva estatal para impedir, como establece el mismo artículo 22 CF, la aplicación de multas excesivas. Al respecto, se ha señalado que

la circunstancia de que ni el referido precepto legal ni en algún otro dispositivo del propio cuerpo jurídico, se prevean los parámetros que debe tomar en cuenta la autoridad administrativa para determinar el monto al que debe ascender la multa aplicables por incumplir alguna de las obligaciones que establece la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Nuevo León, no conlleva a una transgresión del derecho fundamental a la seguridad jurídica garantizado en su expresión genérica en los artículos 14 y 16 constitucionales, en virtud de que con lo dispuesto en el citado artículo 201, fracción II, el gobernado no queda en estado de incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de su conducta, pues tiene la seguridad de que en caso de incurrir en el incumplimiento de alguna de las señaladas obligaciones lo podrá ser impuesta una sanción pecuniaria que oscilará entre un mínimo y un máximo, margen que además de permitir a la autoridad individualizar la sanción, impide su actuación arbitraria, toda vez

⁴⁴ 9ª. Época, 1995, Aislada: P. LI/95. IUS: 200343.

que, por una parte, el monto por el que la sanción pecuniaria se determine no podrá ascender de veinte mil días de salario mínimo y, por la otra, cuando la cuantía de la referida sanción pecuniaria supere el mínimo, esto es, cien días del mencionado salario, la respectiva autoridad sancionadora, en términos de los dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 16, deberá expresar en un mandamiento escrito la valoración de las circunstancias que rodearon la conducta ilícita y que justifican el monto impuesto, para la cual atenderá tanto a la afectación que la conducta ilícita ha generado al bien jurídico tutelado en el respectivo ordenamiento, como a la capacidad económica del infractor, la reincidencia o cualquier otro elemento del que puede inferirse la levedad o gravedad de aquélla.⁴⁵

Finalmente, otro de los casos sobre los que se ha pronunciado los tribunales federales consiste en la garantía de audiencia y cumplimiento de formalidades del procedimiento en el que se ha señalado que

conforme a lo establecido en aquel precepto “La Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas del Estado (actualmente Secretaría de Desarrollo Urbano, Ecología y Obras Públicas del Estado de Puebla), determinará los casos y el procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad y para la imposición de sanciones, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias particulares del caso y la reincidencia.”; por tanto, si bien se faculta a dicha secretaría a determinar los casos y el procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad y la imposición de sanciones, también lo es que en contra de esas determinaciones procede el recurso de inconformidad, establecido en los artículos 96 a 105 de la propia ley, que prevé la suspensión del acto, en el que se da oportunidad al interesado de aportar las pruebas que estime conducentes para su defensa, que son admisibles con excepción de la confesional; existe una audiencia de recepción de pruebas —que también se entiende como de desahogo de las mismas, de otra manera no tendría caso que fueran admitidas—, en la que además se puede alegar por escrito, y se obliga a la autoridad a resolver en un plazo de diez días; resolución en contra de la cual procede, a su vez, el recurso de revisión previsto en el artículo 106 de la citada

⁴⁵ 9ª. Época, 2000, Aislada: 2a. CLXII/2000. IUS: 190650.

ley, ante el gobernador del Estado. Por tanto, si bien en la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Puebla no se establece la garantía de audiencia previa a la aplicación de la medida de seguridad e imposición de sanción, sí se otorga con posterioridad a la decisión administrativa, con oportunidad amplia de defensa, en respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, por lo cual su artículo 95 no resulta violatorio del artículo 14 de la Constitución General de la República, ya que la aplicación y ejecución definitiva de la medida sólo debe realizarse una vez que la decisión ha quedado firma y no inmediatamente después del dictado de la resolución.⁴⁶

6. *Derecho penal urbanístico*

Además del régimen sancionador del Urbanismo, el legislador ha establecido al Derecho penal como reducto final para proteger los bienes y valores urbanísticos. Una de las cuestiones centrales de los tipos penales en el Urbanismo radica en las acciones de disposición del suelo sin habilitación urbanística correspondiente (licencias, permisos, autorizaciones, entre otras).

En este caso generalizado, el Pleno de la SCJN ha señalado sobre el delito de fraccionamiento ilícito, en el modelo veracruzano, que

el artículo 285 del Código Penal del Estado de Veracruz sanciona al que sin contar con el permiso o la licencia de la autoridad correspondiente, inicie obra de construcción de fraccionamiento o de lotificación, ilícito de los llamados de resultado anticipado, en los que (atendiendo al bien jurídico tutelado), para la integración del delito no se requiere que los actos lleguen hasta obtener la totalidad del fin deseado (construcción de fraccionamiento o lotificación), sino que basta la simple conducta encaminada a ese fin para la actualización del tipo, de ahí que lo que en otros casos serían simplemente tentativas, en éstos se tiene por agotado el delito.⁴⁷

Otro caso relevante se refiere al modelo penal urbanístico del Distrito Federal en el que los artículos 107 y 18 de la Ley urbanística correspondiente

⁴⁶ 9ª. Época, 2001, Aislada: VI.3o.A.43 A. IUS: 188841.

⁴⁷ 9ª. Época, 1999, Aislada: P. XXX/99. IUS: 194076.

son de índole penal, ya que la primera define la conducta constitutiva de delito “contra la regulación urbana”, que se configura cuando se ejecuta, prepara, instala o modifica un anuncio autosoportado en azotea, adosado, tapial o valla, sin contar con la licencia o permisos que exija la ley de la materia; mientras que en la segunda, como complemento, se prevén las sanciones (prisión y pecuniaria) con las cuales se punirá a la persona —física— que despliegue cualquier de esas hipótesis delictivas; por ende, dada su naturaleza, su sola vigencia no causa perjuicio alguno a los gobernados, tornándose necesaria la existencia de un acto posterior de aplicación que produzca el agravio personal y directo que haga factible la procedencia del juicio de amparo en su contra; consecuentemente, cuando los citados preceptos se combaten como “autoaplicativos”, desprendiéndose de las propias manifestaciones del promovente la inexistencia del referido acto de aplicación al momento de la presentación de la demanda, es correcto su desechamiento, ya que la improcedencia del juicio constitucional en las relatadas circunstancias es manifiesta e indudable, siendo irrelevante alegar que se tienen anuncios previamente colocados y las aludidas disposiciones impiden a la accionante continuar sus actividades relacionadas con éstos, pues se itera, las leyes penales únicamente sancionan conductas catalogadas como delictivas mediante actos concretos de aplicación, sobre lo cual es innecesario realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pues es notoria su naturaleza heteroaplicativa.⁴⁸

Los tribunales colegiados en materia penal también se han pronunciado sobre la prescripción de los delitos urbanísticos de fraccionamiento indebido y venta o promesa de venta, en los que incurre la autoridad urbanística, en este caso, en el modelo veracruzano, al señalar que

los delitos de que se trata se perseguirán a querrela del particular o de la autoridad facultada para conceder el permiso o licencia correspondiente, tal como lo previene el artículo 287 del código punitivo local. Por otra parte, el numeral 95 *ibídem* dispone que el derecho para formular querrela prescribirá en un año a partir del día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito, y en tres años, independientemente de esta circunstancia; por lo que en el caso

⁴⁸ 9ª. Época, 2011, Jurisprudencia: I.2o.PJ/34. IUS: 161859. Sobre la tipicidad de estas conductas ver 9ª. Época, 2011, Jurisprudencia: I.9o.PJ/12. IUS: 162171.

justiciable el derecho para formularla se encuentra prescrito, si se toma en cuenta que en el ocurso de querrela el Secretario de Desarrollo Urbano del Estado dijo haber tenido conocimiento de la lotificación del predio en cuestión cuando el término de un año, a que se refiere el artículo 95 del citado ordenamiento legal, ya había vencido.⁴⁹

IV. Reflexión final

El Poder Judicial de la Federación, a través de sus órganos jurisdiccionales, ha consolidado su doctrina sobre las facultades concurrentes en el federalismo mexicano. En principio, dedicaron sus esfuerzos a señalar la intervención federal y estatal conforme la ley general (o de bases). Posteriormente, matizaron los alcances de la legislación federal de bases para garantizar un espacio de regulación estatal propio y diferenciada que permitiera atender las características urbanísticas de cada estado sin que dicho espacio traspasara las bases de la materia establecidas por el legislador federal.

En este mismo ámbito de concurrencia, los municipios tienen una relevante intervención para planear, regular, ordenar, administrar y vigilar el desarrollo urbano y el crecimiento ordenado de sus centros de población. Para ello, la SCJN ha mantenido su tendencia hacia el fortalecimiento de las competencias municipales y ha precisado los alcances de la legislación. No obstante, desde mi punto de vista, aún está pendiente el tema de la diferenciación municipal derivado del mismo artículo 115, fracción III, inciso I) CF, que permitirá a una regulación y tratamiento diferenciado entre municipios de un mismo Estado.

Naturalmente queda una larga labor de los tribunales federales para aportar criterios jurídicos en la evolución del Derecho urbanístico mexicano, pero también los tribunales constitucionales y contencioso-administrativos estatales requieren fortalecer y afianzar sus posturas sobre esta materia concreta.

⁴⁹ 9ª. Época, 1998, Aislada: VII.P.72 P. IUS: 196566.

Bibliografía

- Azuela de la Cueva, Antonio, “El Derecho urbanístico. La evolución del Derecho urbanístico mexicano en los últimos diez años”, *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 10, t. I, julio, México, 1978.
- _____, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, México, El Colegio de México, 1999.
- Azuela de la Cueva, Antonio y Cancino, Miguel Ángel, “Los asentamientos humanos y la mirada parcial del constitucionalismo mexicano”, *La Constitución y el medio ambiente*, Rabasa O., Emilio (coord.), México, UNAM, 2007.
- Fernández Ruiz, Jorge, “Derecho urbano en México. Administración federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 79, enero-abril, México, UNAM, 1994.
- García Enríquez, Rabell, “El camino a la diversidad municipal”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 24, enero-junio, México, UNAM, 2011.
- Jiménez Dorantes, Manuel, *Constitución y urbanismo*, México, UNAM, 2006.
- _____, *Autonomía municipal y planeamiento urbanístico*, México, Fontamara, 2007.
- Ruiz-Massieu, José Francisco, *Introducción al Derecho mexicano. Derecho urbanístico*, México, UNAM, 1981.

La trata de personas en la legislación mexicana

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco jurídico internacional*. III. *Marco jurídico nacional*. IV. *El tipo penal de trata de personas*. V. *Legislaciones estatales*. VI. *Retos y obstáculos*. VII. *La reforma en el ámbito federal*. VIII. *Conclusión*. *Referencias*.

Lilia Mónica López Benítez*

I. Introducción

El comercio y la explotación de seres humanos no surgen en el siglo XXI, es un problema antaño que ha lacerado al mundo desde tiempos inmemorables, pero que se ubica de manera destacada con la esclavitud.

Muchos países se sumaron a prácticas que pisoteaban la dignidad humana, a vejaciones y humillaciones, incluso aquellos donde la civilización y el derecho florecían como Grecia y Roma.

A la trata de personas durante mucho tiempo se le relacionó con la esclavitud y la prostitución. Particularmente las mujeres y los menores eran separados de sus lugares de origen y de sus familias con el propósito de ocuparlos como esclavos, servidumbre o para explotar sus capacidades laborales y su cuerpo.

Poco a poco la trata de personas ha ido evolucionando y en la actualidad todos los seres humanos en condiciones de vulnerabilidad se convierten en el blanco perfecto de explotación; hombres, mujeres, migrantes e infantes, en pocas palabras, a todos los que se ubiquen en grupos proclives a perjudicar se les somete, explota o comercia como mercancía sexual, laboral y orgánica, lo que sin duda lesiona los derechos humanos más sensibles de una persona, como la libertad en todas sus vertientes y la vida.

*Magistrada de Circuito. Secretaria Ejecutiva de Vigilancia, Información y Evaluación del Consejo de la Judicatura Federal.

Nuestro país, por su ubicación, se ha convertido en paso de migrantes; esta situación ha desencadenado en los últimos tiempos serios problemas para los grupos en situación de riesgo que los convierte en presa codiciada de este ilícito.

Esta circunstancia ha alertado al mundo entero desencadenando una serie de acciones desde el ámbito nacional de diversos países, así como en el plano internacional se han creado mecanismos contra este problema, al que se ha considerado la esclavitud de nuestro siglo.

II. Marco jurídico internacional

México se ha sumado a los esfuerzos internacionales para prevenir y luchar contra este negocio lucrativo; desde 1921 ha suscrito diversos instrumentos internacionales que tienden a combatir la trata de personas.

Dado que estas conductas son de carácter transnacional, traspasan las fronteras y para combatirlas ha sido necesario sumarse al esfuerzo internacional y adoptar diversos tratados que, de conformidad con el artículo 133 constitucional, constituyen la ley suprema de la unión.

Existen numerosos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México, sólo habremos de mencionar algunos a manera de ejemplo.

La Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) convoca a eliminar la trata de mujeres, a otorgar protección a las víctimas y a combatirla mediante acciones de análisis y erradicación de todas las formas de este ilícito, especialmente fortaleciendo la legislación mediante la creación de programas sociales y con la asignación de presupuestos adecuados que permitan la protección de los grupos vulnerables.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, 1979) tiende a suprimir el delito de trata de mujeres en todas sus manifestaciones. Incluso se ha recomendado a México instrumentar medidas para combatir el tráfico y la trata, rehabilitar a las víctimas y reintegrarlas a la sociedad, haciendo hincapié en la capacitación de todos los operadores de la justicia y, sobre todo, en acciones preventivas y estrategias económicas y sociales que permitan inhibir el problema.

Otro instrumento importante es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), cuyo objetivo es evitar

que se lesionen los derechos humanos y las libertades fundamentales de las víctimas del delito a través de la implementación de políticas públicas que prevengan y en su caso sancionen la violencia contra la mujer.

Los niños son otro sector desprotegido. Para paliar la problemática que surge por las condiciones especiales de este grupo vulnerable se suscribe la Convención sobre los Derechos de la Niñez (1989), que insta a los Estados parte a la salvaguarda de atropellos físicos y psicológicos, explotación, abuso sexual, descuido, a través de la expedición de medidas legislativas, educativas y sociales, especialmente con asistencia que prevea la reintegración de las víctimas a la vida en sociedad.

Sin duda un instrumento internacional que destaca es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños de 2001, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Su propósito se centra en la prevención y combate a la trata de personas, procurando el respeto a los derechos humanos y la cooperación de los Estados; pugna por una lucha decidida a este ilícito, la protección de las víctimas y testigos, así como su recuperación física y psicológica.

El artículo 3º del Protocolo define al delito como la captación, el transporte, traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, fraude, engaño, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, a la concesión o recepción de pagos y/o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación en todas sus vertientes, sexual, laboral, esclavitud, servidumbre o la extracción de órganos.

Esta conceptualización del delito ha sido sustento de muchas legislaciones en el mundo y México no es la excepción.

III. Marco jurídico nacional

Nuestro país se ha ocupado de legislar en torno al tema teniendo como sustento la norma constitucional, sobre todo con la reciente inclusión al título primero, capítulo primero, intitulado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, en cuyo artículo 1º categóricamente se dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, así como de las garantías para su protección. Tales postulados

constituyen una obligación de la autoridad, que deberá ocuparse de la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, dejando para el Estado la prevención, investigación, sanción y reparación de los citados derechos.

La Constitución Política prohíbe la discriminación de toda índole, sea por razón de origen, género, edad, condición social y cuando se atente contra la dignidad humana lesionando los derechos y libertades de las personas.

Afortunadamente México ha plasmado en su texto constitucional diversos derechos que rigen la vida política y social de la nación, como el respeto a su conformación pluricultural, el derecho a la educación, la protección de la salud, a garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, el derecho a vivienda digna y decorosa, a alimentación, salud y educación especialmente para los niños y las niñas; libertad de ocupación y de tránsito, entre otras.

Tal ha sido la preocupación, que entre las facultades del Congreso de la Unión está la de tutelar la libertad y dignidad de las personas, los derechos humanos universalmente reconocidos, a través de la expedición de leyes generales en materia de trata de personas.

México ha logrado importantes avances, incluso se han promulgado una serie de ordenamientos que tienen como objetivos primordiales prevenir, sancionar y atender el problema; visibilizarlo, sensibilizar y luchar por su erradicación.

Prueba de los esfuerzos legislativos es la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y su reglamento, que se encargan de proteger, atender y asistir a las víctimas, y sancionar al delincuente; considerando el ámbito nacional, pero abriendo las posibilidades para evitar que queden impunes las conductas que se inicien, preparen o se cometan en el extranjero y que produzcan efectos en territorio nacional y viceversa.

Otro esfuerzo digno de resaltar es la implementación de políticas públicas integrales, como las campañas de prevención, protección y atención a las víctimas; los convenios de colaboración nacionales e internacionales; la investigación del delito; los programas de asesoría jurídica, repatriación, asistencia médica, psicológica y de apoyo económico, educativo y de capacitación.

Aspectos contenidos en las leyes nacionales, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, y en una serie de acciones generalizadas que atienden las disposiciones del Programa para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas 2010-2012.

IV. El tipo penal de trata de personas

La Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas prevé, en su artículo 5º, la definición de este ilícito en los términos siguientes:

Artículo 5. Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

La persona que contrate publicidad por cualquier medio de comunicación, así como la persona que publique anuncios, que encuadren en alguna de las conductas del delito de trata de personas será sancionada conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de esta ley.

Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos.

De la transcripción del tipo penal se obtienen sus rasgos característicos, que podemos resumir en la acción de reclutar a una persona a través de diversos medios comisivos, como la violencia, el engaño y/o el poder de sometimiento, con la finalidad de explotarla sexualmente, para realizar trabajos forzados, someterla a condiciones de esclavitud o para extraerle órganos, sin importar si media o no el consentimiento de la víctima.

El análisis del ilícito nos lleva a considerar que en cuanto a los sujetos no se exige que cuenten con calidades específicas pues, tanto el activo como el pasivo, pueden ser cualquier persona.

El bien jurídico tutelado es tan diverso, como heterogéneas son las conductas que tipifican al delito. Dependiendo de la finalidad de la trata de personas, prostitución, explotación laboral, extracción de órganos para su venta, por ejemplo, el objeto de protección podrá ser desde la vida, la dignidad, el libre desarrollo físico, psíquico y emocional, hasta la libertad personal, laboral o sexual del sujeto pasivo. Es aquí donde los servidores públicos en los ámbitos de procuración e impartición de justicia deberán ponderar con amplitud la conducta del tratante para precisar el objeto de protección de la norma típica y el daño ocasionado a la víctima.

Este aspecto nos obliga a considerar que el ilícito, conforme a la ley vigente, se comete a través de conductas de acción:

Promover. Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro.

Solicitar. Pedir o buscar algo, instar, urgir.

Ofrecer. Comprometerse a dar, hacer o decir algo.

Facilitar. Hacer posible la ejecución de algo para la consecución de un fin.

Conseguir. Lograr lo que se pretende o desea, obtener algo.

Trasladar. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro.

Entregar. Poner en manos de otro algo o a alguien.

Recibir. Tomar y/o hacerse cargo de lo que le dan o le envían.

Contratar publicidad. Pactar, convenir, comerciar con información de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios.

Publicar anuncios. Hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos u otros medios algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos.

La ley alude a diversos verbos rectores ajenos a la trata de personas que se relacionan exclusivamente con conductas tales como promover, solicitar, ofrecer, facilitar y conseguir; asimismo, el actual tipo penal no considera tres acciones fundamentales para la comisión de este ilícito: captar, enganchar y reclutar.

La trata de personas tiene una gama de posibilidades tan amplia que dificulta la investigación del delito y del delincuente, máxime que debemos vincular la modalidad con la intención del tratante, pues por sí mismos los verbos rectores posibilitan esconder lo ilícito de la conducta; de ahí que no pueda aislarse la acción u omisión (porque desde mi óptica este ilícito puede actualizarse por medio de una omisión) desplegada por el activo, de las circunstancias que existan en torno al hecho.

Otro aspecto trascendente es precisar hacia quién va orientado el beneficio de la conducta del tratante. La ley permite dirigirlo hacia el propio delincuente o a un tercero, entendiendo a éste en un contexto amplio que implica la posibilidad de que un “cliente” sea sujeto activo del ilícito; aspectos que sólo pueden dilucidarse del móvil perseguido y de los beneficios que habrán de obtenerse con la realización del delito.

En cuanto a los medios comisivos suelen ser diversos, lo que hace difícil la investigación del hecho, máxime porque la víctima en muchas ocasiones no tiene conciencia de que ha sido utilizada para la consecución de un fin. En muchos supuestos el pasivo no registra el engaño y vive enamorado del delincuente, disculpando el abuso sexual y

psicológico al que ha estado expuesto y, en otros, sin querer abandonar las condiciones de explotación, pues media la esperanza de recibir el anhelado pago del salario prometido a cambio del trabajo forzado que “voluntariamente” aceptó.

La violencia, sea física o moral, es el medio mayormente empleado, implica el sometimiento de una persona a través de la aplicación de la fuerza, que se traduce generalmente en golpes que ocasionan lesiones de diversa magnitud; y por la alteración del estado de ánimo de la víctima ocasionado por la expresión de situaciones generalmente irreales que provocan en la mente del receptor una concepción diversa de la realidad, asociada con la puesta en peligro de algo o de alguien vinculado con el sujeto vulnerable.

El abuso de poder es otro medio comisivo, se presenta cuando el tratante se aprovecha de la situación de dependencia de la víctima por razones de parentesco, educativas, económicas, etc.; por tanto, sujetos pasivo y activo deben estar vinculados por algún lazo, lo cual hace mayormente reprochable la conducta porque se aprovechan de la confianza y necesidad del vulnerable.

Estos mecanismos empleados para la comisión del delito deben quedar perfectamente acreditados; sin embargo, existen excepciones para el caso de que la víctima sea menor de dieciocho años o cuando no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de resistirlo. El legislador se preocupó de proteger el interés superior del infante y de aquellas personas que por sus limitaciones físicas o mentales no tienen la posibilidad de autodeterminarse.

Como ya se precisó, demostrar las circunstancias de comisión resulta fundamental para la investigación del ilícito y para que, a la postre, se obtenga una sentencia que castigue a todo aquel que rompa con el pacto social; por tal razón habrá que estar muy atentos a la acreditación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de realización del hecho.

El tipo penal exige el sometimiento sobre la víctima, que puede actualizarse con el fin de la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas, la servidumbre, la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

La trata de personas es un ilícito donde media la voluntad del tratante para la realización de la conducta, el querer y el hacer; el dolo del autor o partícipe.

La punibilidad del delito conlleva la aplicación de penas de prisión y multa; para el delito básico de 6 a 12 años de pena privativa de la libertad y de 500 a 1500 días multa, pero si la conducta ilícita se comete en contra de un menor de edad o de quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o para resistirlo, la pena de prisión será de 9 a 18 años y la de multa de 750 a 2250 días.

También se prevén penas que se incrementan hasta en una mitad de las contempladas para el delito básico cuando se agrava la conducta, lo que acontece si para la comisión del ilícito el agente se vale de la función pública, si se ostentó como servidor público sin serlo, si la víctima es mayor de setenta años o indígena, si el activo tiene parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con el sujeto pasivo, si habita en el mismo domicilio de la víctima, si es su tutor o curador. Además, para el caso de los servidores públicos, podrá imponerse la destitución o inhabilitación por un tiempo igual a la pena de prisión y, en otros supuestos, la pérdida de la patria potestad, el derecho a alimentos y a los bienes de quien resintió el daño ocasionado por la conducta ilícita.

En los supuestos donde se materialicen todos los actos ejecutivos, pero no se consume el delito por causas ajenas al agente (tentativa), la pena jamás será menor a la mínima y el límite superior será el equivalente a las dos terceras partes de la máxima prevista para el delito acabado.

La ley considera sanciones accesorias como la reparación del daño, que incluye los costos del tratamiento médico, rehabilitación física y de la terapia psicológica y ocupacional a que debe someterse a la víctima; el transporte a su lugar de origen, alimentación, vivienda provisional, cuidado de menores de dieciocho años o mayores de setenta y de incapaces e indígenas; el pago de los ingresos perdidos y el resarcimiento de los perjuicios o de cualquier pérdida sufrida por el pasivo que sea generada por la comisión del delito y la indemnización del daño moral.

Un aspecto digno de destacarse son las sanciones para los miembros o representantes de una persona moral, con excepción de instituciones públicas del gobierno federal, si el delito se comete bajo el amparo o beneficio de aquella. Las sanciones pueden ser, de conformidad con el artículo 8 de la ley:

...

Suspensión. Que consistirá en la interrupción de la actividad de la persona moral durante el tiempo que determine el Juez en la sentencia, la cual no podrá exceder de cinco años.

Disolución. Que consistirá en la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona moral, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta. La conclusión de toda actividad social se hará sin perjuicio de la realización de los actos necesarios para la disolución y liquidación total. El Juez designará en el mismo acto un liquidador que procederá a

cumplir todas las obligaciones contraídas hasta entonces por la persona moral, inclusive las responsabilidades derivadas del delito cometido, observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos, conforme a la naturaleza de éstos y de la entidad objeto de la liquidación.

Prohibición de realizar determinados negocios u operaciones. Que podrá ser hasta por cinco años, se referirá exclusivamente a las que determine el juzgador, mismas que deberán tener relación directa con el delito cometido. Los administradores y el comisario de la sociedad serán responsables ante el Juez, del cumplimiento de esta prohibición e incurrirán en las penas que establece el Código Penal Federal por desobediencia a un mandato de autoridad.

Remoción. Que consistirá en la sustitución de los administradores por uno designado por el Juez, durante un periodo máximo de tres años. Para hacer la designación, el Juez podrá atender la propuesta que formulen los socios o asociados que no hubiesen tenido participación en el delito. Cuando concluya el periodo previsto para la administración sustituta, la designación de los nuevos administradores se hará en la forma ordinaria prevista por las normas aplicables a estos actos.

Intervención en la vigilancia. Que consistirá en la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona moral y se ejercerá con las atribuciones que la ley confiere al interventor, hasta por tres años.

...

La ley previó que la imposición de sanciones a personas morales no lesionara los derechos de quienes presten sus servicios en la empresa o que tengan algún vínculo con aquélla; para tal efecto deja a salvo los derechos de los trabajadores o de los terceros frente a la persona jurídica colectiva u otras personas.

Los aspectos considerados por la legislación vigente denotan la gran preocupación del Estado por no dejar impune al delincuente, pero también por sancionar a todos los que faciliten o provean los medios para la consecución del ilícito; y no cabe duda que muchas empresas, a través de publicidad engañosa, reclutan a las víctimas con la finalidad última de la trata de personas.

La exclusión del delito se actualiza por el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico afectado si cuenta con capacidad jurídica para disponer libremente

de él; cuando sea expreso o tácito, no medie algún vicio del consentimiento y para el supuesto que de haberse consultado al titular del bien lo hubiese otorgado.

En este aspecto vale la pena detenernos, porque en la gran mayoría de los casos en que se actualiza el delito de trata de personas media la voluntad del pasivo, pero no debe perderse de vista que se otorga por el error o juicio equivocado de la víctima, sea porque le prometieron un salario decoroso, el empleo soñado o simplemente porque la pasivo ama a su victimario; en estos supuestos existe un vicio del consentimiento causado por la equívoca concepción de la realidad.

V. Legislaciones estatales

Actualmente diecisiete entidades federativas cuentan con una ley para combatir, prevenir y sancionar la trata de personas y veintiséis códigos penales locales tipifican este delito. Baja California, Chiapas, Coahuila, Distrito Federal, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán se han sumado al esfuerzo que implica investigar y sancionar este ilícito con la expedición de leyes especiales en la materia.

No obstante que la estructura de sus leyes es diversa, en su mayoría se rigen por los siguientes aspectos:

1. *Naturaleza y objeto.* Las leyes precisan que son de orden público y su finalidad estriba en garantizar el respeto a la dignidad humana, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; acciones que llevarán a efecto a través de prevenir y combatir el delito y sancionar al delincuente, sin descuidar la protección y asistencia a las víctimas.
2. *Ámbito de aplicación y competencia.* Se trata de leyes de aplicación local, expedidas para surtir sus efectos en una demarcación geográfica definida. En cuanto a la competencia, las instituciones de procuración e impartición de justicia conocerán de los delitos que se inicien, preparen o cometan en su territorio o en diverso lugar, si los efectos se producen en el propio Estado e incluso si se resienten en otra entidad federativa.
3. *Supletoriedad.* Son de aplicación supletoria las disposiciones propias de la entidad, especialmente los códigos sustantivos y procesales penales.
4. *Principios rectores.* El respeto a la dignidad humana, la libertad y autonomía de la persona, la equidad y la justicia, el acceso a justicia pronta y expedita, la

protección, seguridad y apoyo a víctimas, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, así como la perspectiva de género representan aspectos sobre los que gira la actuación de las autoridades.

5. *Operadores*. Todas las autoridades involucradas en la aplicación de la ley, no sólo las de procuración e impartición de justicia.
6. *Tipo penal*. Algunos Estados remiten a sus códigos penales en cuanto a la tipificación del ilícito, como el Distrito Federal, Coahuila, Nuevo León y Sinaloa; otros lo precisan en sus leyes especiales reproduciendo los aspectos que actualmente prevé la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; incluso algunos regulan la trata por omisión (Baja California, Hidalgo y Tamaulipas), a diferencia de la gran mayoría que sólo atiende a su comisión derivada de una conducta de acción.
7. *Sanciones*. Los Estados son coincidentes en sancionar este delito con pena privativa de la libertad, que puede agravarse cuando es cometido por servidores públicos, existe parentesco o los sujetos pasivos son menores o personas vulnerables. Las entidades federativas que no tipifican la conducta ilícita también remiten, en lo relativo a la punibilidad, a sus códigos sustantivos.
8. *Penas accesorias*. Consideran penas específicas para las personas morales; ponen el acento en la reparación del daño en sus dos vertientes: física y moral; así como la pérdida de la patria potestad y el derecho a recibir alimentos, pago de transporte a su lugar de origen, ingresos perdidos y perjuicios.
9. *Protección a las víctimas*. Los Estados buscan proteger a los pasivos del delito a través de la sensibilización que implica concientizarlos de su vulnerabilidad, empoderándolos para que estén alertas ante promesas de toda índole que no tengan una base sólida. Otras medidas recurrentes son la creación de refugios seguros para las víctimas y orientación jurídica, asistencia educativa, psicológica y laboral, asesoría migratoria, y un absoluto respeto a sus derechos humanos y procedimientos jurídicos.
10. *Derechos de las víctimas*. Toda víctima tiene derecho a trato digno, confidencialidad de las actuaciones, anonimato, protección y a recibir información.

Las entidades federativas que no cuentan con una ley especial en la materia o que remiten a sus códigos penales prevén de múltiples formas este delito, incluyéndolo en capítulos especialmente dedicados a la trata de personas o en otros denominados

protectores de la libertad y seguridad de las personas; corrupción de menores, leonocinio y tráfico de menores; delitos contra la moral pública; delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, etc.

Esta diversidad de criterios para tratar el ilícito es una llamada de atención para la expedición de una ley que se ocupe no sólo de tipificar la conducta, sino de regular todos los aspectos protectores y de políticas de Estado que deben estar presentes, a fin de que se evite la dispersión de los esfuerzos para erradicar este flagelo que azota a la humanidad.

VI. Retos y obstáculos

La experiencia internacional en el tema ha marcado sin duda los esfuerzos de nuestro país para prevenir y combatir el problema; existen un sinnúmero de acciones coordinadas para atacar las condiciones sociales y económicas que marginan y orillan a las personas a aceptar propuestas de diversa índole que a la postre se convierten en actos de explotación sexual, laboral, de esclavitud, que denigran a la víctima que, por sus propias condiciones, se ve impedida para hacer valer sus derechos.

No obstante el trabajo que antecede en la lucha por perseguir, penar y erradicar el delito, y las acciones que hoy en día se palpan desde la óptica de las políticas implementadas por el Estado, aún es necesario visibilizar el problema para que los grupos vulnerables no sean objeto de ningún tipo de manipulación que los exponga a serios peligros, pero también para que la sociedad esté alerta y coadyuve en este esfuerzo conjunto. En esta lucha es indispensable sensibilizar a las autoridades en general, para que entiendan que atrás de ciertas conductas en apariencia lícitas puede esconderse una red de tratantes que daña los bienes más preciados del hombre: vida y libertad.

En este esfuerzo conjunto debe retornarse a los valores básicos de un pueblo que se compromete a respetar la dignidad y la libertad de las personas, y de autoridades también comprometidas en la creación de políticas públicas para prevenir y erradicar el problema; la expedición y difusión de la legislación nacional para hacerle frente, destacando la relativa al respeto a los derechos humanos y la perspectiva de género, tan necesarios para entender y proteger aspectos sensibles del ser humano.

La coordinación interinstitucional, las campañas de prevención, la cooperación internacional y, por supuesto, la protección y asistencia a las víctimas son puntos clave para prevenir y abatir esta problemática de nuestro siglo.

Los retos son muchos y algunos de difícil realización; así podemos advertir una serie de obstáculos que derivan de la complejidad y rentabilidad del delito, pues todas las conductas inherentes a la figura típica pueden disfrazarse en un ambiente de legalidad y si sumamos el “aparente” consentimiento del pasivo ante sus tratantes, y destaco que es aparente porque en muchas ocasiones ni la propia víctima se percata que está siendo objeto de la comisión de un ilícito, toda vez que existe, como lo hemos precisado, un estado de enamoramiento, de error, engaño o miedo y, en otras, porque media la intimidación, amenaza, el uso de la fuerza y el abuso del poder; aspectos que tornan indispensable la capacitación de los actores de la justicia penal y la concientización de la sociedad ante las variantes del problema, amén de generar condiciones de igualdad social que permitan tener una población en libertad y con las necesidades básicas resueltas.

VII. La reforma en el ámbito federal

La exposición de motivos de la iniciativa de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados parte de la idea de regular homogéneamente las conductas y acciones derivadas de un problema de actualidad que lesiona las fibras más sensibles de un Estado; por tanto, la expedición de una ley obligará a todo el país a seguir sus postulados en el tratamiento del delito.

Entre los aspectos sustantivos que se plantean se encuentra el delimitar la finalidad de la ley, que acorde a la iniciativa tiene por objeto tutelar la libertad y dignidad de las personas, los derechos humanos, y regular la prevención, investigación y sanción del delito.

Para lograr los objetivos habrá que ceñirse a ciertos principios que regulen la actuación de las autoridades que intervengan, así como de cualquier otra que asuma las obligaciones que surgen de la ley. Estos principios son:

- *Máxima protección.* Consiste en la obligación de las autoridades de velar por la aplicación de medidas de protección a la dignidad, la libertad, seguridad y derechos de las víctimas.
- *Perspectiva de género.* Visión generalizada de todos los aspectos que derivan de las relaciones entre géneros, que permite comprender las desigualdades sociales y disminuir la brecha entre sexos.

- *Prohibición de la esclavitud y discriminación.* Se atiende a los postulados del artículo 1º constitucional.
- *Protección a las víctimas, interés superior de la niñez y no revictimización.* Obligación a cargo del Estado para prestar el apoyo integral a quienes resientan los efectos del delito, incluyendo la no repatriación de extranjeros, y especialmente si son menores de dieciocho años por ubicarse como sujetos de derecho en desarrollo. Además velando porque las víctimas no vuelvan a ser sujetas de los delitos que prevé la ley.
- *Debida diligencia.* Entendida como la respuesta oportuna, eficiente, eficaz y responsable en la investigación y persecución del delito, y sanción del delincuente.
- *De laicidad y libertad religiosa.* Libertad de conciencia y posibilidad de vivir y manifestar libremente la fe y de practicar cualquier religión que se profese.

En otro aspecto, la competencia en el conocimiento del delito corresponde al ámbito federal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6 al 10 del Código Federal de Procedimientos Penales y 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Al Ministerio Público le corresponde ejercer la facultad de atracción cuando las características del hecho o su relevancia social así lo exijan, si el ilícito surte efecto en dos o más entidades federativas y cuando sea cometido por la delincuencia organizada; reservándose el conocimiento para los Estados y el Distrito Federal fuera de los supuestos precisados.

La reforma comentada define al delito de trata de personas en los términos siguientes:

Artículo 9. Comete el delito de trata de personas quien consiga, capte, reclute, enganche, traslade, transporte, entregue o reciba, para sí o para un tercero a una o varias personas por medio de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, el pago de una deuda, la seducción, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, o cualquier otro medio, con fines de:

- I. Explotación laboral,
- II. Trabajos o servicios forzados,
- III. Explotación de la prostitución u otras formas de explotación sexual,
- IV. Matrimonios forzados o serviles,
- V. Esclavitud o prácticas afines o similares a la esclavitud,
- VI. Servidumbre,
- VII. Adopciones ilegales,
- VIII. Explotación de la mendicidad ajena y alquiler de personas con el mismo fin,
- IX. Venta de personas, o
- X. Tráfico de órganos, tejidos o sus componente.

A quien incurra en las conductas descritas se le impondrá de 20 a 40 años de prisión, y multa de quinientos a dos mil días de salario mínimo vigente.

La pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan para cada uno de los demás delitos, previstos y sancionados en esta Ley y en los Códigos Penales correspondientes, atendiendo a las reglas del concurso real establecidas en el artículo 64 del Código Penal Federal.

Como podemos apreciar, el tipo penal limita a ocho conductas la comisión del ilícito: conseguir, captar, reclutar, enganchar, trasladar, transportar, entregar o recibir, con la finalidad de explotación laboral, sexual, mendicidad o alquiler de personas; trabajos o servicios forzados, matrimonios forzados o serviles, esclavitud o prácticas afines o similares, servidumbre, adopciones ilegales y venta de personas.

En cuanto a los medios comisivos, la iniciativa considera la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, el pago de una deuda, la seducción, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otro medio. Este último medio comisivo “cualquier otro medio”, así como la finalidad denominada “prácticas afines o similares a la esclavitud” generan inseguridad jurídica, al dejar a la subjetividad del operador el delimitar su alcance; en otro orden habrá que considerar que la fuerza y la coerción están vinculados con la violencia física y psicológica y que las adicciones y el pago de una deuda no son medios comisivos.

El espectro de actuación del delincuente es muy amplio, lo que posibilita encuadrar la conducta en el ilícito de trata de personas, inclusive la ley tiene como objetivo establecer todas las normas que impacten en la erradicación del delito analizado y de los que se le relacionan como la esclavitud, explotación, corrupción de menores, pornografía y turismo sexual infantil, así como comprar, solicitar o alquilar los servicios de una persona para los fines que señala la ley, las conductas vinculadas con medios impresos, electrónicos o cibernéticos, la publicación de anuncios, el encubrimiento, etc.

Llaman la atención los parámetros de las penas que son más severas en comparación con las que actualmente rigen, destacando un promedio de 20 a 40 años de pena privativa de libertad para los ilícitos contenidos en la iniciativa, que se agravan si el delito se comete contra menores, indígenas, mayores de 60 años, por razón de parentesco, y cuando se perpetra por ministros de culto y servidores públicos.

Al igual que la ley vigente, la iniciativa considera otra clase de penas como la multa y la reparación del daño que incluye, entre otros, costos de tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, de rehabilitación; transporte, alimentación, vivienda provisional, daños materiales, pérdida de ingresos e indemnización.

Otro aspecto digno de destacar es la atención, protección y asistencia a las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos contenidos en la iniciativa, que engloba la atención integral a través de programas de protección y asistencia; alojamiento, atención física y psicológica y asesoría legal, los derechos de las víctimas extranjeras, la constitución de un fondo para indemnizar a los pasivos del delito y la creación de un programa de protección a víctimas y testigos que contemple la admisión, duración, medidas, políticas de confidencialidad, operación y procedimientos, y la protección de la identidad de las víctimas.

Por último, se prevé la instauración de una política de Estado que involucra, con facultades y competencias, a los tres órdenes de gobierno para prevenir y erradicar el delito; la instauración de la Comisión intersecretarial para combatir, prevenir y sancionar el ilícito; y en general el fortalecimiento institucional en la persecución de la trata de personas y de los demás que son objeto de la ley.

VIII. Conclusión

México se ha sumado a los esfuerzos por prevenir, erradicar y combatir los delitos que lesionan la dignidad de las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Es necesario aprovechar esa coyuntura y considerar todos los aspectos que deberán sumarse a la ley general de la materia, especialmente a la tipificación del delito que deberá enunciar acertadamente las conductas del tratante, que se sintetizan en captar, enganchar y reclutar; distinguir entre la trata de personas propiamente dicha y la explotación en sus diversas vertientes; así como la precisión de los medios comisivos, de manera que no queden a la interpretación del operador de justicia, y la eliminación de expresiones abiertas tales como “cualquier otro medio” y “prácticas afines o similares a la esclavitud” que producen inseguridad jurídica.

Es momento de llamar la atención hacia la sociedad para que no coadyuve en la realización o favorecimiento de estas conductas y de alertar a los grupos vulnerables sobre su situación que los vuelve blanco perfecto de estos ilícitos, dotándolos de una protección integral que les permita vivir en sociedad, considerando la creación e implementación de acciones políticas, sociales y económicas que los separe de la brecha de la marginación cultural, de género, educativa, étnica y económica, marcada por la pobreza, el desempleo, la violencia, el machismo y la misoginia, y los reinserte a una vida de oportunidades, a un México pluricultural que permita a las personas vivir con armonía, justicia, igualdad y libertad.

Referencias

Bibliográficas

Casillas R, Rodolfo (Coordinador), *Rostros diversos de la Trata de Personas en México: Situaciones presentes y potenciales de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*, Cámara de Diputados, LX Legislatura, México, 2009.

Orozco, Rosi (Coordinadora), *Trata de Personas*, Primera Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.

Torres Falcón, Marta, *Con sus propias palabras: Relatos fragmentarios de víctimas de trata*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, México, 2010.

Trejo García, Elma del Carmen y otras, *Trata de Personas, Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior*, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, México, 2006.

Normativas

Código Penal para el Estado de Aguascalientes

Código Penal para el Estado de Baja California Sur

Código Penal del Estado de Campeche

Código Penal de Coahuila

Nuevo Código Penal para el Estado de Colima

Código Penal del Estado de Chihuahua

Código Penal para el Estado de México

Código Penal del Estado de Guerrero

Código Penal para el Estado de Hidalgo

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco

Código Penal del Estado de Michoacán

Código Penal para el Estado de Morelos

Código Penal para el Estado de Nuevo León

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca

Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla

Código Penal para el Estado de Querétaro

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí

Código Penal para el Estado de Sinaloa

Código Penal del Estado de Sonora

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave

Código Penal del Estado de Yucatán

Código Penal para el Estado de Zacatecas

Decreto Promulgatorio del Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de noviembre de dos mil, DOF de 10 de abril de 2003.

- Fiscalía Especial para los Delitos contra las Mujeres y Trata de Personas, Informe del Primer Año de Labores, Procuraduría General de la República, México, 2009.
- Iniciativa de Ley, que expide la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados; abroga la Ley para prevenir y sancionar la Trata de Personas; y reforma diversas disposiciones de los Códigos Penal Federal, Federal de Procedimientos Penales, y Civil Federal, así como de las Leyes Federal contra la Delincuencia Organizada, Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Policía Federal, Federal de Telecomunicaciones, y General del Sistema Nacional de Seguridad, sesionada el 3 de agosto y publicada en la *Gaceta Parlamentaria* 3321, de 8 de agosto de 2011.
- Ley para Combatir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas en el Estado de Baja California, *Periódico Oficial* de 1 de abril de 2011.
- Ley para Combatir, Prevenir y Sancionar la Trata de Personas en el Estado de Chiapas, *Periódico Oficial* de 3 de abril de 2009.
- Ley para Prevenir y Combatir la Trata de Personas en el Estado de Coahuila de Zaragoza, aprobada el 8 de diciembre de 2010, sin publicar.
- Ley para Prevenir y Erradicar la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Comercial Infantil para el Distrito Federal, *Gaceta del Distrito Federal* de 24 de octubre de 2008.
- Ley para Combatir y Prevenir la Trata de Personas para el Estado de Hidalgo, *Periódico Oficial* de 15 de noviembre de 2010.
- Ley para Prevenir, Atender, Combatir y Erradicar la Trata de Personas en el Estado de Nuevo León, *Periódico Oficial* de 30 de julio de 2010.
- Ley para la Prevención del Delito de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de sus Víctimas del Estado de Puebla, *Periódico Oficial* de 3 de diciembre de 2010.
- Ley para Prevenir, Combatir y Sancionar la Trata de Personas del Estado de Quintana Roo, *Periódico Oficial* de 10 de diciembre de 2010.
- Ley Estatal para Apercebir, Atender, Combatir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas para el Estado de Sinaloa, *Periódico Oficial* de 13 de julio de 2011.
- Ley de Prevención y Combate de la Trata de Personas para el Estado de Sonora, *Boletín Oficial* de 10 de marzo de 2011.
- Ley para Prevenir la Trata de Personas en el Estado de Tabasco, *Periódico Oficial* de 26 de diciembre de 2009.

- Ley para Prevenir, Combatir y Sancionar la Trata de Personas en el Estado de Tamaulipas, *Periódico Oficial* de 19 de octubre de 2010.
- Ley para Prevenir, Atender, Combatir y Erradicar la Trata de Personas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, *Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 2010.
- Ley para Prevenir, Combatir y Sancionar la Trata de Personas en Yucatán, *Diario Oficial* del Estado de Yucatán de 31 de marzo de 2011.
- Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, DOF de 27 de noviembre de 2007.
- Programa para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas 2010-2012, DOF de 6 de enero de 2011.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños de 2001, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000.
- Reglamento de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, DOF de 27 de febrero de 2009.

El Juicio contencioso administrativo en vía sumaria. Apuntamientos a la reforma procesal administrativa de diciembre de 2010

Miguel Pérez López*

*A la memoria de mi amigo y tocayo,
el Magistrado de Circuito Miguel Bonilla Solís,
cuya bonhomía extrañaré*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un antecedente en el derecho comparado.* III. *La reforma procesal administrativa en conjunto.* IV. *La incorporación del juicio contencioso administrativo en vía sumaria.* V. *Conclusiones. Referencias.*

I. Introducción

Un reclamo permanente del pueblo mexicano ha sido el cabal cumplimiento de los textos constitucionales que instauran el derecho de obtener justicia de parte de los tribunales de forma pronta, completa e imparcial. Que los conflictos jurídicamente cualificados, en caso de ser sometidos a la potestad jurisdiccional, al poder de los tribunales de la estructura política del Estado mexicano, sean atendidos y resueltos sin dilación, con una cobertura exhaustiva y cuidada de cada uno de los puntos litigiosos y que el juez sea ajeno, en lo personal, a los justiciables que esperan su decisión respecto de la controversia planteada.

En cuanto al tiempo en que debe impartirse justicia por los tribunales, la prontitud exigida constitucionalmente tiene como fin principal evitar la frustración de los justiciables y de la sociedad ante la lentitud de la judicatura, que podría llevar al peligroso terreno de la autodefensa, proscrita por el mismo Código Político.

* Profesor-Investigador de “Teoría Constitucional” y “Derecho Procesal Administrativo”, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

Resulta indubitable que la delicada función de impartir justicia debe ser profesional, serena, equilibrada, ponderada y templada, que sepa enfrentar los planteamientos y estrategias de defensa que las partes (pero en especial de quienes los asisten) lleguen a asumir, inclusive el juez debe prepararse para soportar embates de poderes institucionales y fácticos (en especial, de los medios de comunicación que de manera unilateral y soberbia llegan a “juzgar” mucho antes que el litigio sea radicado en un tribunal). Sin embargo, los juzgadores están sometidos a la dictadura del tiempo: tienen el imperativo de resolver la controversia jurídicamente relevante de forma pronta. De desatender la impartición de la justicia pronta, aparecería la “bestia negra” de los tribunales: el rezago, que deviene baldón social.

El legislador ordinario, los órganos supremos impartidores de justicia y los consejos de la judicatura o de la magistratura han tratado de abatir la lentitud en el desenvolvimiento procesal de diversas formas: a) aumento en el número de tribunales y redistribución de las causas; b) abatimiento de formalidades, así como aplicación puntual de los principios procesales de economía, celeridad y oralidad; c) instauración de medios alternativos (conciliación, mediación, arbitraje) o auxiliares (*ombudsman*, recursos administrativos, reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado) que atiendan parte de los conflictos de trascendencia jurídica, para evitar su planteamiento ante los tribunales, con riesgo de retardo en la solución de litigios; d) la adopción de vías sumarias en el encauzamiento procesal, paralelo a las vías ordinarias o tradicionales sustanciadas en el mismo tribunal, con acortamiento de plazos y términos, así como disminución de las formalidades, tanto las dictadas por el tribunal, como las que los otros sujetos procesales deben expresar en beneficio de sus respectivos intereses durante el procedimiento, con observancia de los citados principios de economía y celeridad, siempre vinculados al imperativo de la justicia pronta; así como la siempre riesgosa determinación *a priori* del tiempo que debe durar el trámite del juicio hasta el dictado de la sentencia o resolución que ponga fin a la instancia, lo que puede generar falsas expectativas a la sociedad, pero en especial a los justiciables.

Resultan loables estos esfuerzos por acortar la duración del proceso, siempre que existan vínculos de entendimiento entre el poder legislativo y los órganos impartidores de justicia, a efecto de que las reformas procesales tomen en cuenta la realidad que cotidianamente enfrentan los tribunales y que éstos tengan la oportunidad de exponer su parecer sobre la reforma, además de tener tiempo suficiente para preparar a los juzgadores y sus auxiliares en el conocimiento de las modificaciones, y realizar las adecuaciones materiales y financieras necesarias para el momento de la entrada en vigor de las enmiendas legales.

En el particular campo del Tribunal Federal de la Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), han surgido dos reformas legales que procuran establecer un marco jurídico que permita la reducción del cúmulo de los expedientes incoados ante dicho tribunal, así como establecer las bases que acorten el tiempo del juicio contencioso administrativo. La primera reforma fue la que dio origen al llamado “juicio en línea”, por la cual se previó el uso de medios informáticos para la promoción, tramitación y resolución del juicio contencioso administrativo, con lo cual se auxilia el desenvolvimiento fluido de dicha instancia.¹

De manera sintética, la segunda reforma abarca tres grandes temas adjetivos, aparte de otras enmiendas introducidas en el *corpus* legal del Derecho procesal administrativo federal: a) los juicios contencioso administrativos en vía sumaria, b) la transformación radical del capítulo de las medidas cautelares, y c) el cambio sustancial del sistema de notificaciones de los actos y resoluciones del TFJFA.

Esta amplia reforma del Derecho procesal administrativo federal impulsa el ideal de la impartición pronta de la justicia fiscal y administrativa federal a cargo del TFJFA, que empezaba a acusar problemas de rezago, derivado por el crecimiento de la competencia material del contencioso administrativo.²

El objeto de este modesto trabajo consiste en realizar una aproximación, así sea somera, a la introducción de la vía sumaria en el juicio contencioso administrativo, vista como una potencial alternativa que permita mantener el bien ganado prestigio del TFJFA, y más en el momento de celebrar el 75o. aniversario de la promulgación de su piedra angular: la Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936.

II. Un antecedente en el derecho comparado

En el derecho español, encontramos como una institución antecedente del juicio contencioso administrativo en la vía sumaria de 2010, al procedimiento contencioso administrativo abreviado, mismo que fue incorporado mediante la Ley 29/1998, de

¹ *Diario Oficial de la Federación* de 12 de junio de 2009.

² Cf. Pérez López, Miguel, “El anhelo cumplido: el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, en *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Quinta época, número 5, año I, mayo de 2001, pp. 273-291; *id.*, “La autonomía fortalecida. Apuntamientos sobre la nueva Ley del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, en *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Sexta época, número 1, año I, enero de 2008, pp. 283-340; e *id.*, “La nueva Ley del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 122, mayo-agosto de 2008, pp. 1063-1077 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/122/el/el18.pdf>).

13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España. Dicho procedimiento abreviado fue calificado por el distinguido iusadministrativista Fernando Garrido Falla como la innovación más importante de dicho ordenamiento legal³, mientras los juristas Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández lo califican de juicio verbal, inspirado del Derecho procesal social.⁴

El procedimiento abreviado está previsto en el artículo 78 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mismo que puede ser incoado ante los juzgados de lo contencioso-administrativo y, en su caso, los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

La competencia material del procedimiento abreviado abarca los asuntos que se susciten a) sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, b) sobre extranjería, c) no admisión de peticiones de asilo político, d) asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como e) todas aquellas cuya cuantía no supere los 13,000 euros. Dicho proceso abreviado se caracteriza por su simplificación y agilidad. Garrido Falla señalaba que su finalidad es:

...agilizar la justicia administrativa, facilitando que las causas de escasa cuantía y las cuestiones litigiosas del personal de las Administraciones Públicas (es decir, los asuntos más numerosos que penden ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa), sean resueltas de forma rápida sin merma de las garantías básicas procesales del justiciable.⁵

El tratadista citado consideraba al procedimiento abreviado como un instrumento procesal encaminado a conseguir que “la tutela judicial sea, además de efectiva y con plena garantía, pronta y, en consecuencia, eficaz”.⁶

III. La reforma procesal administrativa en conjunto

La reforma procesal administrativa de 2010 se originó a partir de dos iniciativas: a) la primera de 3 de diciembre de 2009, suscrita por los senadores Gustavo Enrique

³ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 2002, p. 263.

⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley-Thomson-Civitas, 2004, p. 693.

⁵ Garrido Falla, Fernando, *op. cit. supra* nota 3, p. 263.

⁶ *Ibid.*, p. 264.

Madero Muñoz y José Isabel Trejo Reyes, del Partido Acción Nacional (PAN); Minerva Hernández Ramos, entonces perteneciente al Partido de la Revolución Democrática (PRD), y Renán Cleominio Zoreda Novelo, del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que contenía un proyecto de decreto por el que se reformaban diversos artículos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), a fin de crear la vía sumaria del juicio contencioso administrativo federal y mejorar el sistema de notificaciones en dicho juicio,⁷ y b) la segunda fue presentada por el senador José Isabel Trejo Reyes, Presidente de la Comisión de Hacienda y Crédito Público y miembro del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LFPCA y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA), que de forma mucho más amplia que la primera, proponía la creación del juicio contencioso administrativo en la vía sumaria, basado en un criterio de cuantía a partir del importe del asunto sometido a la jurisdicción del TFJFA, con reducción sustancial de los plazos y términos, quedando bajo la competencia exclusiva del magistrado de la sala regional al que por turno le corresponda conocer; simplificación del sistema de notificaciones; transformación del régimen de las medidas cautelares; modificar la regulación de los incidentes de incompetencia por razón del territorio, a efecto de evitar dilaciones procesales, y establecer mecanismos para sustanciar la incompetencia material entre una sala especializada y una sala regional; proporcionar mayores y precisos fundamentos para la creación de salas especializadas; trasladar hacia las Secciones de la Sala Superior, la competencia para conocer de los juicios en contra de las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos fundados en un tratado o acuerdo internacional, admitiendo la posibilidad de salas especializadas en dicha materia; modificación de cuestiones orgánicas como: la regulación de la suplencia de los magistrados de sala regional, reformas a las facultades del presidente del TFJFA y de la Junta de Gobierno y Administración, designación de los secretarios de acuerdos adjuntos de la Sección, el cambio de denominación del Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa por Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo, y provisiones especiales para los periodos de suspensión de labores generales del Tribunal, a fin de atender y resolver las solicitudes de medidas cautelares, en los casos urgentes que no admitan demora.⁸

⁷ *Gaceta del Senado* de 3 de diciembre de 2009.

⁸ *Gaceta del Senado* de 10 de diciembre de 2009.

Las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Justicia, y de Estudios Legislativos, Segunda, del Senado de la República se encargaron de emitir el dictamen correspondiente respecto de las iniciativas antes relacionadas,⁹ destacando la convergencia de las propuestas: el juicio contencioso administrativo en vía sumaria y la simplificación del sistema de notificaciones.

Respecto de la iniciativa del senador Trejo Reyes, el dictamen destacó el cambio del régimen de la suspensión (artículo 28 de la LFPCA), a partir de las consideraciones de la tesis jurisprudencial 2a./ J. 56/2007 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estimaba que en dicho dispositivo legal excedía los requisitos para el otorgamiento de la suspensión en el amparo, pedidos por el artículo 124 de la Ley de Amparo.¹⁰ En general, las dictaminadoras coincidieron con los planteamientos de las iniciativas de atender la demanda social de los juicios contencioso administrativos a cargo del TFEA, a fin de reducir plazos y fortalecer el desarrollo de los procedimientos, en especial la introducción de los juicios en la vía sumaria. Invocando la necesidad de propiciar certeza jurídica a los particulares y a las instituciones, las Comisiones dictaminadoras estimaron pertinente enunciar un conjunto de precisiones a las propuestas sometidas a dictamen, como fueron las siguientes, a título de ejemplo: a) el señalamiento de la facultad del magistrado instructor de tramitar el juicio en la vía sumaria, ante la omisión del demandante en su escrito inicial, de darse alguno de los supuestos señalados en el capítulo XI del Título II de la LFPCA; y b) la precisión técnica respecto a las resoluciones definitivas como presupuesto procesal para la procedencia del juicio en la vía sumaria y a las improcedencias de dicha vía. Una vez aprobado el dictamen, se remitió la respectiva minuta a la Cámara de Diputados, donde fue turnada a la Comisión de Hacienda y Crédito Público.¹¹

La dictaminadora de la cámara revisora coincidió en lo general con la pertinencia y el contenido de la reforma, a fin de garantizar el buen funcionamiento del contencioso administrativo federal. En lo particular, el dictamen propuso modificar el segundo

⁹ *Gaceta del Senado* de 20 de abril de 2009.

¹⁰ Sobre dicha jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *cfr.* Jiménez Jiménez, Jorge, “La eficacia del procedimiento contencioso administrativo en México. A propósito de la jurisprudencia 56/2007 de la Segunda Sala”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 26, 2008, pp. 49-70, y Pérez López, Miguel, “Oscilaciones entre el amparo y la jurisdicción administrativa. Notas sobre la jurisprudencia dedicada a la excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo administrativo (el nuevo criterio de 2007)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 123, septiembre-diciembre de 2008, pp. 1595-1608.

¹¹ El dictamen correspondiente se publicó en la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, de 28 de octubre de 2010.

párrafo del artículo 1 de la LOTFJA, a fin de actualizar su contenido en relación con la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, así como fortalecer la autonomía presupuestaria del tribunal. El mismo dictamen consideró pertinente hacer coincidir la fecha de entrada en vigor de las disposiciones relativas al juicio en la vía sumaria con el inicio de funcionamiento del juicio en línea. El dictamen fue discutido por el Pleno de la Cámara de Diputados en su sesión del 3 de noviembre de 2010, y aprobado por 345 votos con 10 en contra y 5 abstenciones. Por las modificaciones propuestas, fue remitido al Senado, para los efectos del inciso e) del artículo 72 de la Constitución Federal. En la Cámara de Senadores, se aceptaron las modificaciones de la Cámara de Diputados¹², mismas que fueron aprobadas en lo general y en lo particular por 73 votos, con una abstención, remitiéndose al Ejecutivo para su promulgación, siendo publicado el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de diciembre de 2010.

IV. La incorporación del juicio contencioso administrativo en vía sumaria

Sin demérito de los otros cambios introducidos mediante el Decreto legislativo de diciembre de 2010, la reforma podría titularse del “juicio en vía sumaria”, pues su incorporación en el *corpus* legal del derecho procesal administrativo significa un avance en la impartición de justicia fiscal y administrativa. Las reformas enumeradas en el inicio de este estudio dan cuenta de un aumento geométrico de la competencia del TFJFA, y por ende de un crecimiento del número de expedientes sometidos al contencioso administrativo, lo que obligaba a llevar a cabo transformaciones institucionales que desahogasen el caudal de los juicios administrativos.¹³ Una fórmula fácil, pero costosa, era el aumento de salas regionales; otra era la de conservar el número de salas e instaurar una fórmula procesal expedita y flexible, sin descuidar la estructura esencial del proceso sustanciado ante el TFJFA, que le ha dado prestigio en casi tres cuartos de siglo de existencia.

¹² *Gaceta del Senado* de 18 de noviembre de 2010.

¹³*Vid.* nota 2.

La segunda opción aprovecha los recursos económicos, materiales y humanos existentes en el TFJA, así como la experiencia de los magistrados de las salas regionales en el desenvolvimiento del juicio contencioso administrativo ahora llamado “tradicional”, desde la reforma de los juicios en línea de junio de 2009, pues la nueva vía será una especie de calca del “tradicional”, sólo que con los plazos acortados, bajo el imperio de los principios procesales de economía, concentración y celeridad, lo que obliga a exponer, así sea de forma apretada, sus características.

1. Los principios procesales de la vía sumaria

Desde la perspectiva del Derecho procesal civil —que igualmente se extiende a la teoría general del proceso—, el distinguido tratadista uruguayo Eduardo J. Couture expresó que la legislación procesal ordena sus disposiciones en torno de algunos principios.¹⁴ El profesor José Ovalle Favela considera que los principios procesales “son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal”.¹⁵

Couture expone que

la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.¹⁶

De esta manera tenemos que los principios procesales pueden ser enumerados expresamente en la ley a fin de facilitar su interpretación o se encuentran implícitos en el ordenamiento positivo y es tarea del exégeta precipitarlos para comprender a las instituciones y su operación.

¹⁴ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 148-149.

¹⁵ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1991, p. 187.

¹⁶ Couture, Eduardo J., *op. cit. supra* nota 14, p. 150.

Couture reconoce que Chiovenda identificó dos principios: el de igualdad y el de economía; mientras que Rocco señaló los principios de igualdad, economía, disposición, unidad y formalismo.¹⁷

En el caso de los ordenamientos legales del derecho procesal administrativo federal (LFPCA y LOTFJA), es evidente la ausencia de una enumeración de los principios procesales rectores del desarrollo de lo que ahora conocemos como juicio contencioso administrativo tradicional, así como del juicio contencioso administrativo en línea. En cuanto al juicio en vía sumaria incorporado mediante la reforma procesal administrativa de diciembre de 2010, el legislador siguió la misma tendencia omisiva de enumeración de los principios procesales de la nueva vía. Por lo que a partir del contenido normativo del adicionado capítulo XI al Título II de la LFPCA, es posible desprender como principios rectores a los de economía, concentración y celeridad. Si seguimos a Couture, apreciamos que el primero es el dominante y los otros son concomitantes del primero.

El *principio de economía*, según el profesor Ovalle Favela, establece que “se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos”. De este principio deviene la simplificación del procedimiento, con delimitación precisa del litigio, así como la admisión de pruebas que sean pertinentes y relevantes y el desechamiento de incidentes y recursos notoriamente improcedentes.¹⁸ Como se puede apreciar, el *principio de celeridad* tiene una relación esencial con el de economía, pues al simplificarse el rito procesal, se gana en rapidez en la tramitación y resolución del juicio.

En cambio, según la doctrina procesal, el *principio de concentración* se vincula con el *principio de oralidad*.¹⁹ Si bien este principio implica el predominio del elemento verbal en el desarrollo del proceso, del mismo se desprenden los principios de inmediación, de concentración y de publicidad. El principio de inmediación significa la relación directa, no delegable, del juzgador con las partes y los sujetos de la prueba (testigos, peritos); el de concentración tiende a reducir el debate procesal al menor número de audiencias, y el principio de publicidad de las actuaciones se caracteriza por rehuir el sigilo en el desarrollo del proceso, permitiendo que la realización pública del procedimiento jurisdiccional, a menos que la ley procesal ordene lo contrario.

¹⁷ *Ibid.*, p. 149.

¹⁸ Ovalle Favela, José, *op. cit. supra* nota 15, p. 191.

¹⁹ *Loc. cit.*

Estos principios, omitidos gravemente en los documentos constitutivos del procedimiento legislativo creador de la reforma procesal administrativa, son dominantes en el esquema de la vía sumaria.

En la adición del capítulo de la vía sumaria en la LFPCA, si bien es cierto es notoria la ausencia de la referencia expresa de dichos principios, resulta notorio que los mismos están destacados en el precepto inicial del capítulo. En el artículo 58-1 de la LFPCA se establece que el juicio contencioso administrativo federal en la vía sumaria se caracterizará por la simplificación (*principios de economía y concentración*) y abreviación (*principio de celeridad*) insertas en las disposiciones específicas del capítulo XI del Título III de la Ley, con la aclaración de que en lo no previsto en dicho capítulo, serán aplicables las demás disposiciones de la LFPCA. Esta última aclaración puede resultar contraproducente para la aplicación de los principios de economía, concentración y celeridad; sin embargo, tampoco era posible que el legislador pudiese prever los supuestos en los que fuesen aplicables las disposiciones del juicio “tradicional”.

Es más, en la reforma procesal administrativa de 2010 se modificaron las fracciones XII y XIII del artículo 1-A del la LFPCA, para incluir dentro de las acepciones de “Juicio en la vía tradicional” y “Juicio en línea”, la posibilidad de la tramitación en la vía sumaria en dichos juicios. Además, de acuerdo a la reforma al inciso a) de la fracción II del artículo 48 de la LFPCA, es factible que un juicio en vía sumaria adquiera también la categoría procesal de juicio con características especiales, pues la Presidencia del TFJFA le puede comunicar al magistrado instructor, el ejercicio de la facultad de atracción antes del cierre de la instrucción.

A continuación se expondrán, así sea de forma modesta, las bases jurídicas del juicio contencioso administrativo en vía sumaria, sin dejar de apreciar que siguen vigentes las formalidades esenciales del procedimiento que han identificado el desarrollo del juicio tradicional: su fase de instrucción y su fase de resolución. Simplemente se abrevia el desarrollo del juicio y el magistrado instructor se torna en la autoridad jurisdiccional con la potestad de resolver la cuestión fiscal-administrativa de forma unitaria, sin dejar de pertenecer a la sala regional de su adscripción.

2. El papel del magistrado instructor

Es relevante el papel del magistrado de la sala regional al que le sea asignado un expediente de un juicio en vía sumaria, pues además de instructor también se asumirá como la autoridad jurisdiccional encargada de dictar la resolución al término de la

instrucción, con lo que resulta innecesario que el juicio sea resuelto de forma colegiada por la sala. Así se reconoce en la nueva fracción XII del artículo 38 de la LOTFJFA, donde se aclara que el magistrado instructor tramitará y resolverá los juicios en la vía sumaria, que por turno le correspondan, en los términos de la LFPCA.

En este ordenamiento encontramos las siguientes previsiones especiales para el magistrado instructor²⁰ que resultan novedosas si son comparadas con las establecidas para el desarrollo del juicio contencioso administrativo:

a) Ante la omisión de señalamiento en el escrito inicial de demanda de que el juicio se tramitará en la vía sumaria, el magistrado instructor lo tramitará en dicha vía de ser procedente, además de que no será causa de desechamiento de la demanda, el hecho de que ésta no se presente dentro del término establecido para la promoción del juicio en la vía sumaria y en todo caso si el magistrado instructor, antes de admitir la demanda, advierte que los conceptos de impugnación se refieren a la procedencia de la vía sumaria por violación de tesis jurisprudencial, proveerá lo conducente para el trámite y resolución del Juicio en la vía tradicional (segundo párrafo de la fracción I del artículo 14 de la LFPCA).

b) En caso de presentarse una improcedencia del juicio en vía sumaria antes de la admisión de la demanda, el magistrado instructor así lo determinará y ordenará que el juicio sea seguido de forma tradicional, con emplazamiento a las demás partes, en el plazo previsto por los artículos 18 y 19 de la LFPCA. Contra esta determinación de la improcedencia de la vía sumaria, procede el recurso de reclamación ante la sala regional en un plazo de cinco días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución del magistrado instructor (párrafos segundo y tercero del artículo 58-3 de la LFPCA).

c) En atención a los principios de economía, celeridad y concentración, el magistrado instructor, al dictar el auto admisorio de la demanda, deberá fijar el día para el cierre de la instrucción, fecha que no deberá exceder los sesenta días siguientes al de la emisión de dicho auto (segundo párrafo del artículo 58-4 de la LFPCA).

d) Requerir a las partes demandante y demandada, en caso de omitir los documentos señalados en los artículos 17, último párrafo, y 21, segundo párrafo, de la LFPCA, para que subsanen la ausencia documental (tercer párrafo del artículo 58-6 de la LFPCA).

²⁰ En atención al término empleado por la reforma procesal administrativa, ante la falta de otro mejor, de igual manera continuaremos usando el de “magistrado instructor”, con todo y lo deficiente que implica, ya que además de instruir, dicho juzgador también dictará la resolución que ponga fin al juicio en vía sumaria, de forma unitaria.

e) En materia de medidas cautelares, el magistrado instructor decretará la resolución provisional y, en su caso, la definitiva que corresponda (primer párrafo del artículo 58-9 de la LFPCA). Se entiende que podrá resolver negando la medida solicitada. De igual manera y atento a lo dispuesto en el artículo 58-1 y el primer párrafo del artículo 58-9 de la LFPCA (este último dispositivo legal prevé que las medidas cautelares se ceñirán a las reglas del capítulo III del Título II de la ley citada), debe considerarse que el magistrado instructor podrá modificar o revocar la interlocutoria otorgante de la medida cautelar, en el plazo de tres días previsto en el artículo 58-15 de la LFPCA.

f) Al señalársele el imperativo de proveer la correcta integración del juicio, el magistrado instructor lo hará mediante el desahogo oportuno de las pruebas, a más tardar diez días antes de la fecha señalada para el cierre de la instrucción (primer párrafo del artículo 58-5 de la LFPCA).

g) En los casos de suspensión del juicio (más bien interrupción del juicio por causa de muerte, disolución, incapacidad o declaratoria de ausencia, véase el artículo 38 de la LFPCA), el magistrado instructor deberá dictar un auto de reanudación del procedimiento, en el que fijará fecha para el cierre de instrucción, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que hay surtido efectos la notificación de dicho auto de reanudación del juicio. Al señalársele el imperativo de proveer la correcta integración del juicio, el magistrado instructor lo hará mediante el desahogo oportuno de las pruebas, a más tardar diez días antes de la fecha señalada para el cierre de la instrucción (artículo 58-10 de la LFPCA).

h) El artículo 58-12 de LFPCA prevé que en la fecha fijada para el cierre de la instrucción, el magistrado instructor verificará si el expediente del juicio se encuentra debidamente integrado, procediendo en consecuencia a declarar cerrada la instrucción. De no encontrarse integrado debidamente el expediente, el magistrado fijará nueva fecha para el cierre de la instrucción, en un plazo máximo de diez días (artículo 58-12 de la LFPCA).

i) El magistrado responsable del expediente de la vía sumaria pronunciará sentencia dentro de los diez días siguientes al cierre de la instrucción (artículo 58-13 de la LFPCA y segundo párrafo del artículo 31 de la LOTFCA). Podemos decir que el magistrado instructor asume el papel de magistrado juzgador.

La nueva misión procesal del magistrado instructor-juzgador es un paso trascendente en la mejora de la justicia fiscal y administrativa, que supera visiones extremadamente formalistas que demeritan la función instrumental, que finalmente deriva en la

elaboración del proyecto de resolución una vez cerrada la instrucción. La reforma procesal administrativa de diciembre de 2010 le concede al magistrado instructor, la plenitud de la potestad jurisdiccional que alguna jurisprudencia federal le ha escatimado.

3. Procedencia de la vía sumaria

Es posible decir que la procedencia del juicio contencioso administrativo en vía sumaria se apoya en dos criterios: la cuantía y la presunta violación de criterios jurisprudenciales. Previamente a exponer los criterios en cuestión, es de destacarse que la procedencia de la vía sumaria será contra resoluciones definitivas, conforme el artículo 58-2 de la LFPCA, por lo que resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 14 de la LOTFCA que explicita qué debe entenderse por resolución definitiva, y queda excluida la procedencia jurisdiccional respecto de actos y procedimientos, como lo enuncia el primer párrafo del citado artículo 14.

A. Procedencia por cuantía

Bajo este criterio, la vía sumaria abarcaría a las resoluciones definitivas cuyo importe no rebase cinco veces el salario mínimo general (se entiende que el salario diario, ante la omisión legislativa) vigente en el Distrito Federal elevado al año en el momento de su emisión y que se trate de alguna de las siguientes:

a) Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, por las que un crédito fiscal se fije en cantidad líquida. Sin duda resultará de considerable ámbito de aplicación esta hipótesis de procedencia en cuanto al ámbito orgánico que lo prevé.

b) Las resoluciones que únicamente impongan multas o sanciones, pecuniaria o restitutoria, por infracción a las normas administrativas federales. También en este caso, el espectro impugnativo derivado de este supuesto normativo resulta dilatado, siempre que sea dentro del límite económico impuesto por el artículo 58-2 de la LFPCA, al tratarse de sanciones impuestas por infracción de normas administrativas federales: b.1) multas, de suyo un campo amplio de impugnaciones ante el TFJFA, y b.2) sanciones pecuniarias (por ejemplo, el decomiso de materias primas y bienes en el caso de infracciones a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, o el

decomiso de embarcaciones, vehículos, artes de pesca o productos, de acuerdo a la Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables) o restitutorias (por ejemplo, el pago de los gastos realizados por la autoridad ambiental que se hubieren realizado para la protección, conservación, liberación o cuidado de los ejemplares de vida silvestre asegurados mediante decomiso, con fundamento en el artículo 128 de la Ley General de Vida Silvestre).

c) Las resoluciones definitivas que exijan el pago de créditos fiscales, cuando el monto de los exigibles no exceda el importe enunciado en el acápite del artículo 58-2 de la LFPCA. En este supuesto, estamos en los supuestos de la etapa de requerimiento de la facultad económico-coactiva (artículos 145 y 151 del Código Fiscal de la Federación).

d) Las resoluciones definitivas que requieran el pago de una póliza de fianza o de una garantía que hubiere sido otorgada a favor de la Federación, de organismos fiscales autónomos o de otras entidades paraestatales de aquélla, dentro del límite económico enunciado en el inicio del artículo 58-2.

e) Siguiendo el criterio orientador, por demás innecesario, de considerar como un supuesto diverso al concepto “resolución definitiva”, desconociendo la tradicional definición legal que se da en el segundo párrafo del artículo 14 de la LOTFJFA, el legislador federal ha insistido en reiterar como un supuesto de procedencia del contencioso administrativo federal a las resoluciones recaídas a un recurso administrativo y que en el caso de la nueva vía sumaria, se trataría de cuando se hubiese recurrido alguna de las resoluciones enunciadas en los incisos del artículo 58-2 de la LFPCA, siempre que el importe de la resolución impugnada quede dentro de los límites de la cuantía que justifique la vía sumaria.

Para la determinación de la cuantía limitante de la vía sumaria para los supuestos señalados en las fracciones I, III y V del artículo 58-2 de la LFPCA, sólo se considerará el crédito principal, con exclusión de los accesorios y actualizaciones. En el caso de que en un mismo acto se contenga más de una resolución de las antes señaladas, no se acumulará el monto de cada una de ellas para efectos de determinar la procedencia de la vía sumaria, lo que lleva a pensar que si una sola de las resoluciones rebasa el monto máximo de la vía sumaria, entonces deberá seguirse la vía tradicional, si atendemos a las facultades del magistrado instructor otorgadas en el tercer párrafo del artículo 58-3 de la LFPCA.

B. Procedencia por violación de criterios jurisprudenciales

En este caso, el juicio en la vía sumaria sería procedente cuando sean impugnadas resoluciones definitivas que “se dicten en violación” a una tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de inconstitucionalidad de leyes, sin distinguir si es pronunciada por el Pleno o alguna de sus Salas, o a una jurisprudencia del Pleno de la Sala Superior del TFJFA.

Tal vez no fue preciso el legislador federal al indicar que la resolución definitiva viole tesis de jurisprudencia, si atendemos los particulares y acotados efectos vinculantes de la jurisprudencia. Para el caso de la jurisprudencia del Máximo Tribunal en materia de inconstitucionalidad de leyes, proviene de dos fuentes legales distintas: los artículos 192, 197 y 197-A de la Ley de Amparo y los artículos 42, 43 y 44 (por lo que hace a las controversias constitucionales), y 72 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Del contenido de los preceptos legales citados desprendemos que la jurisprudencia que emita la Suprema Corte de Justicia en materia de control de constitucionalidad de leyes surte efectos obligatorios en el ámbito de los diversos tribunales del sistema jurisdiccional mexicano. Debe aclararse que en los casos de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, en ciertos supuestos sus sentencias pueden tener efectos generales, que tendrían que ser obedecidos por las autoridades administrativas de todos los órdenes de la República, lo que no es aplicable a su jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia del Pleno de la Sala Superior del TFJFA, los artículos 75, 76, 77 y 79 de la LFPCA proporcionan el marco jurídico de la jurisprudencia proveniente de la Sala Superior, en especial del Pleno, y el último dispositivo legal establece la obligatoriedad de la jurisprudencia para las salas del Tribunal.

De dichas disposiciones legales, encontramos que la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de la Sala Superior del TFJFA queda dentro de los ámbitos de los tribunales, sin opción de imponérsele a las autoridades administrativas.

Por ello resulta inexacta la fórmula legal empleada en el segundo párrafo del artículo 58-2 de la LFPCA, al calificar la procedencia de la vía sumaria a partir de que la resolución definitiva impugnada viole alguna de las jurisprudencias del Máximo Tribunal o de la Sala Superior del TFJFA. En todo caso, puede decirse que las resoluciones definitivas contravengan o contraríen la jurisprudencia, mas que violarla.

En el primer dictamen recaído en el Senado, durante el procedimiento legislativo que originó la reforma de diciembre de 2010, se justificó la procedencia de la vía sumaria por contrariar la jurisprudencia, al considerar que “...en aras de que la impartición de justicia sea general, pronta y expedita, ... resultaría paradójico que se requiera un juicio tradicional para cuestiones que han sido resueltas con anterioridad por las instancias superiores.” De esta manera, se obviaría el juicio contencioso administrativo tradicional, al tratarse de una resolución administrativa que presuntamente actualizaría supuestos de ilegalidad previamente calificados por la Suprema Corte de Justicia o el Pleno de la Sala Superior del TFJFA, con lo que se abreviaría el trámite de proceso administrativo, en cumplimiento puntual del imperativo toral del artículo 17 constitucional: la impartición de la justicia fiscal y administrativa pronta y expedita, además de hacer efectivo el principio procesal de celeridad.

Es de atenderse que no bastaría que el demandante asevere la existencia de una violación a la jurisprudencia, sino que tendría la carga procesal de motivarla y, como lo indica el segundo párrafo del artículo 58-3 de la LFPCA, el magistrado instructor deberá revisar si se actualiza la procedencia de la vía sumaria.

Resalta en este caso de procedencia de la vía sumaria, que resulta innecesaria la cuantía de la resolución definitiva, así como la materia, por lo que abarcaría cualquiera de los supuestos competenciales del TFJFA, básicamente contenido en los artículos 14 y 15 de la LOTFCA, por lo menos.

4. Improcedencia de la vía sumaria

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, el magistrado instructor deberá determinar sobre la procedencia o improcedencia del juicio en vía sumaria. De actualizarse la improcedencia, el magistrado ordenará que el juicio continúe en la vía tradicional, conforme a lo dispuesto en la LFPCA, y emplazará a las otras partes en el plazo de 45 días previsto por los artículos 18 y 19 del mismo ordenamiento, según sea el tercero o el demandado, respectivamente.

La determinación de improcedencia de la vía sumaria puede ser impugnada ante la sala regional del conocimiento mediante el recurso de reclamación, en un plazo de cinco días, conforme lo dispuesto por los artículos 58-3, *in fine*, y 58-8 de la LFPCA.

El artículo 58-3 de la LFPCA enumera las hipótesis en que se puede dar la improcedencia del juicio contencioso administrativo en la vía sumaria, de las que daremos una breve revista:

a) No actualizarse alguno de los supuestos previstos en el artículo 58-2. Es obvio que de no darse alguno de los supuestos, el juicio deberá seguir la vía tradicional.

b) Sea impugnada de forma simultánea una regla de carácter general y una de las resoluciones definitivas. Esta improcedencia se justifica, pues el objeto del proceso se torna complejo al tratarse de dos actos que dan origen a la impugnación en sede jurisdiccional, lo que obliga a un estudio profundo en atención a la variedad de los planteamientos de la litis: impugnación del acto administrativo, decreto y acuerdo de carácter general y de la resolución definitiva cuando resulte ser el primer acto de aplicación de los anteriores. Esta diversidad impugnativa obliga a una tramitación distinta a la sumaria.

c) Respecto de la improcedencia del juicio en la vía sumaria tratándose c.1) de las sanciones económicas en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y c.2) de las sanciones por responsabilidad resarcitoria establecida en el Capítulo II del Título V de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, en el procedimiento legislativo que dio origen a la reforma procesal administrativa de 2010 no se aprecian justificantes expresas de las improcedencias en cuestión. Se puede aventurar que en el caso de las sanciones económicas en materia de responsabilidades administrativas de servidores públicos, la exclusión de impugnar por vía sumaria se debe a que hay una reiteración constante, en las iniciativas y en los dictámenes, sobre todo los del Senado, de dedicar la nueva forma de tramitar el juicio contencioso administrativo a los particulares. Respecto de las sanciones por responsabilidad resarcitoria señaladas en el Capítulo II del Título V de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (en estricto sentido el artículo 51 de esta Ley), la improcedencia es probable que se justifique por tres razones: una de igual naturaleza que en el caso de las sanciones económicas impuestas a los servidores públicos, al tratarse de entidades fiscalizadas (*vid.* el amplio espectro de las mismas, enumerado en la fracción IX del artículo 2 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación) y servidores públicos afectados por resoluciones de la Auditoría Superior de la Federación, sin demérito de que también sean sancionados particulares, personas físicas o morales; la segunda cuestión tiene que ver la cuantía, en relación con lo instituido en el artículo 68 de la Ley de Fiscalización citada: la facultad de la Auditoría Superior de la Federación de no sancionar a infractores, cuando, entre otros requisitos, el daño causado no exceda de 2000 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, el cual es un monto ligeramente superior que la cuantía señalada en el artículo 58-2 de la LFPCA (convertido en 1825 días de salario mínimo), por lo que es

de suponerse que si el daño causado a la Hacienda Pública sea mayor a las 2000 veces el salario mínimo, entonces el infractor, de acudir al TFJFA, tendría que instaurar a la vía tradicional; y por último no debe dejarse de ver la excepcionalidad en el contexto de la división de poderes de la vía de impugnación ante el contencioso administrativo federal, de actos de la Auditoría Superior de la Federación, órgano técnico de la Cámara de Diputados, sustentado en el artículo 79 constitucional, reformado en mayo de 2008, que permite la impugnación de los sanciones y demás resoluciones de la Entidad Superior de Fiscalización de la Federación.²¹

d) La improcedencia prevista en la fracción IV del artículo 58-3 de la LFPCA, dedicada a la impugnación de multas por infracciones a las normas en materia de propiedad intelectual, también carece de una justificación explícita durante el procedimiento legislativo. Sin embargo, un repaso por los respectivos capítulos de infracciones y sanciones administrativas de la Ley de la Propiedad Industrial (artículo 214, fracciones I y II), Ley Federal del Derecho de Autor (artículos 229, 230, 231 y 232) y de la Ley Federal de Variedades Vegetales (artículo 42), nos muestra que los montos de las multas en materia de propiedad intelectual superan la cuantía prevista en el artículo 58-2 de la LFPCA, lo que hace obvia la tramitación del juicio en la vía tradicional.

e) La fracción V del artículo 58-3 de la LFPCA fija como improcedencia de la vía sumaria el caso de resoluciones que impongan simultáneamente una multa o sanción pecuniaria con alguna otra carga u obligación, con lo que dificulta el estudio por parte del magistrado instructor-juzgador de la vía sumaria, alterándose la teleología justificante de esta nueva forma de juzgamiento a cargo del TFJFA.

f) Como se expuso al inicio de este apartado, el principio de economía es determinante en la estructuración del procedimiento contencioso relativo. Por ello, en el caso de que el oferente de la prueba testimonial (en el entendido de tratarse del demandante), manifieste la imposibilidad de presentar a sus testigos, entonces resulta improcedente la vía sumaria y deberá seguirse la vía tradicional para que dichos testigos sean citados conforme lo indicado en la LFPCA (fracción VI del artículo 58-3 de esta Ley).

²¹ Sobre el establecimiento constitucional de esta especial competencia del TFJFA para conocer de las impugnaciones contra las sanciones y resoluciones de la Auditoría Superior de la Federación, *cf.* Pérez López, Miguel, *op. cit. supra* nota 2, pp. 209-212.

5. El acortamiento del juicio contencioso administrativo

El nuevo Capítulo IX del Título II de la LFPCA, como ya se ha reiterado en este modesto trabajo, está fuertemente imbuido por los principios procesales de economía y celeridad, y por el mandato constitucional de la impartición de justicia, en este caso fiscal y administrativa, pronta y expedita. Por ello, el juicio contencioso administrativo en vía sumaria deberá ser sustanciado con rapidez, sin dilaciones injustificadas, a partir de la sencillez de los asuntos planteados ante el TFJFA. Se respetan las dos grandes secciones del juicio tradicional: etapa de instrucción y etapa de resolución, con encogimiento y prontitud de plazos, términos y desarrollo de diligencias procesales, sin menoscabo de las garantías constitucionales del proceso.

De esta forma, la demanda se presentará ante la sala regional, en un plazo de *quince días* siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución impugnada, conforme lo dispuesto en la LFPCA (tercer párrafo del artículo 58-2 de la LFPCA).

Después de la admisión de la demanda, se correrá traslado al demandado para que produzca la respectiva contestación dentro del término de *quince días*, además de emplazarse al tercero para que en el mismo plazo se apersona en el juicio. En el auto admisorio de la demanda, deberá fijarse el día para el cierre de la instrucción, que deberá ser dentro de los *sesenta días* siguientes al de la emisión de dicho proveído (artículo 58-4 de la LFPCA).

La ampliación de la demanda es dable de actualizarse los casos previstos en el artículo 17 de la LFPCA, debiendo formularse en un plazo de *cinco días* siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del auto que tenga por presentada la contestación. El plazo para contestar la ampliación de la demanda será de *cinco días* siguientes a que surta efectos la notificación del traslado de su traslado. Resulta aplicable la formulación del requerimiento por parte del magistrado instructor en caso de omisión de los documentos mencionados en los artículos 17, párrafo final, y 21, segundo párrafo, de la LFPCA, a fin de que sea atendido dentro del plazo de *tres días* siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del auto del magistrado instructor (artículo 58-6 de la LFPCA).

El artículo 58-7 de la LFPCA enmarca la regulación de los incidentes para la vía sumaria, y prevé que los de acumulación y de recusación por causa de impedimento podrán promoverse dentro de los *diez días* siguientes a que surtió efectos la notificación del auto que tuvo por presentada la contestación de la demanda o, en su caso, la contestación a la ampliación. El incidente de acumulación sólo podrá plantearse en

cuanto a expedientes tramitados en la vía sumaria. En cuanto al incidente de incompetencia, resultará procedente en la vía sumaria cuando sea hecho valer por el demandado o el tercero, impidiéndose a la sala regional donde radique el juicio que se declare incompetente o que lo remita a sala diversa. Respecto a los incidentes de nulidad de notificaciones y de recusación de perito, se podrán hacer valer dentro de un plazo de *tres días* siguientes a aquel en que se conoció el hecho (la práctica ilegal de la notificación) o se tuvo por designado al perito. En estos dos casos, la contraparte deberá manifestar lo que a su derecho convenga también en *tres días*. Resultan inmovibles las disposiciones dedicadas a los incidentes de reposición de autos (artículo 37 de la LFPCA); de interrupción por causa de muerte, disolución, declaratoria de ausencia o incapacidad (artículo 38 de la LFPCA), y de falsedad de documentos (artículo 36 de la LFPCA). En el caso del incidente de interrupción (denominado como “de suspensión del juicio”, por el artículo 58-10 de la LFPCA), en el auto por el cual el magistrado instructor ordene la reanudación del procedimiento se fijará fecha para el cierre de la instrucción, la cual deberá señalarse dentro de los veinte días siguientes a aquel en que haya surtido efectos la notificación de la reanudación del juicio a las partes. En cuanto a los incidentes de previo y especial pronunciamiento, la adición de la vía sumaria omite cambio alguno en cuanto a su naturaleza suspensiva del desarrollo del juicio contencioso administrativo, por lo que es de entenderse que dicha naturaleza se mantiene. En cuanto a la resolución de los incidentes planteados en la vía sumaria, ante la falta de expresión de plazo para resolver, debe estarse al de *tres días* que prevé el artículo 58-15 de la LFPCA.

Respecto del desahogo de probanzas, el artículo 58-5 de la LFPCA impone el deber al magistrado instructor de cuidar que el juicio sea correctamente integrado, por lo que el desahogo oportuno de las pruebas sea a más tardar *diez días* antes de la fecha prevista para el cierre de instrucción. Se mantienen inmovibles las reglas en materia probatoria para la vía sumaria, con la salvedad para la prueba testimonial de que el oferente presente a sus testigos en el día y hora señalados para la diligencia, y para la prueba pericial los plazos señalados en el artículo 43 de la LFPCA se compactan a tres días, salvo el correspondiente a la rendición y ratificación del dictamen, el cual será de *cinco días* y que cada perito lo hará en un solo acto ante el magistrado instructor. Este juzgador designará al perito tercero, si fuere el caso.

En cuanto a los alegatos, el artículo 58-11 de la LFPCA indica que se presentarán antes de la fecha señalada para el cierre de la instrucción, que a diferencia del artículo 47 del mismo ordenamiento carece de la notificación a las partes para que formulen

sus alegatos por escrito en un plazo de cinco días, lo cual es inaplicable para la vía sumaria si atendemos a los imperativos de los principios procesales de economía y de celeridad. Lo que sí resulta aplicable es el deber del magistrado instructor de considerar los alegatos presentados antes del cierre de la instrucción al momento de dictar sentencia, como lo establece el citado numeral 47 de la LFPCA.

El artículo 58-12 de la LFPCA, concordante con el artículo 58-5, determina que en la fecha indicada para el cierre de la instrucción, el magistrado instructor procederá a verificar si el expediente está debidamente integrado y proceder consecuentemente a declarar cerrada dicha etapa procesal. Si el expediente del juicio no se encuentra integrado, entonces el magistrado acordará nueva fecha para el cierre de la instrucción, en un plazo máximo de *diez días*.

El magistrado, en su calidad de Juzgador, deberá pronunciar sentencia dentro de los *diez días* siguientes al cierre de la instrucción (artículo 58-13 de la LFPCA). En el caso de que la sentencia ordene la reposición del procedimiento administrativo o la emisión de un determinado acto, la autoridad deberá cumplirla en un plazo que no excederá de *un mes* contado a partir de que dicha sentencia haya quedado firme, de acuerdo con el artículo 53 de la LFPCA.

En materia del recurso de reclamación, también se da una reducción del plazo para su interposición: *cinco días* siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del auto del magistrado instructor. El plazo para la contraparte para manifestar lo que a su derecho convenga respecto del recurso de reclamación será de *tres días* y se dará cuenta a la sala regional en que esté radicado el juicio, caso excepcional de intervención de ésta, a fin de que emita su resolución en un término de *tres días*.

Como se aprecia, la vía sumaria abrevia sustancialmente los plazos a efecto de darle prontitud, sin descuido de la debida atención que ameritan las cuestiones planteadas por los justiciables, ni de la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento y de la legalidad sustantiva y adjetiva por parte del contencioso administrativo federal.

6. Las medidas cautelares en la vía sumaria

Si bien es cierto parte de la reforma procesal administrativa de 2010 tuvo por objeto una nueva regulación del capítulo de las medidas cautelares, en la introducción de la vía sumaria se previó, además de mantener la aplicabilidad de las reglas del Capítulo III del Título II de la LFPCA, que el magistrado instructor podrá decretar la resolución

provisional o definitiva respecto a la solicitud de dichas medidas cautelares y que contra dicha resolución procederá el recurso de reclamación ante la sala regional de su adscripción (artículo 58-9 de la LFPCA).

V. Conclusiones

Del breve estudio sobre la creación del juicio contencioso administrativo en vía sumaria, una de las tres cuestiones relevantes de la reforma procesal administrativa federal de diciembre de 2010, me permito extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La reforma procesal administrativa de 2010 trata de lograr la rapidez de los juicios planteados ante el TFJEA, mediante la creación de la vía sumaria, a fin de superar el rezago, que a final de cuentas provocan frustración en los justiciables y desconfianza social hacia las instituciones de justicia, amén de violentar el mandato constitucional de impartir justicia de forma pronta y expedita.

Segunda. La instauración de la vía sumaria para la tramitación expedita del juicio contencioso administrativo, la trascendente modificación del título de las medidas cautelares y la transformación del sistema de notificaciones de las resoluciones del TFJEA, amén de otras modificaciones orgánicas, procesales y en materia de jurisprudencia, conforman las materias de la reforma del Derecho procesal administrativo federal de 2010, con el fin de hacer una justicia fiscal y administrativa pronta, expedita y completa, sin necesidad de erigir nuevas salas regionales o extender la composición de la Sala Superior, y procurar el uso racional de los recursos materiales, financieros y humanos a disposición del Tribunal, de las tecnologías de la información y comunicación en vías de formación, y aprovechar la experiencia de los magistrados del TFJEA y sus colaboradores.

Tercera. La fundación del juicio contencioso administrativo en vía sumaria obliga a considerar la presencia de los principios procesales de economía, celeridad y concentración, los cuales permitirán comprender el tipo de asuntos sometidos a la vía abreviada de enjuiciamiento administrativo, los que no deben implicar dificultad en su juzgamiento y dejar para la ahora llamada la vía tradicional, aquellas cuestiones administrativas de mayor complejidad.

Cuarta. En el nuevo proceso administrativo sumario, la figura del magistrado instructor deviene relevante, al asumir un papel de rector procesal, que lo convierte en un juzgador unitario para dicha vía, sin dejar de pertenecer a la sala regional de su

adscripción, manteniéndolo como participante de los juicios contencioso administrativos tradicionales.

Quinta. En el juicio contencioso administrativo en vía sumaria, la tutela cautelar tiene una vinculación especial con la amplia modificación del capítulo de las medidas cautelares, el magistrado instructor podrá decretar la resolución provisional o definitiva respecto a la solicitud de las medidas que permitan mantener vigente la materia de la litis ventilada ante el TFJFA, con lo que la justicia cautelar igualmente deviene pronta y completa para los particulares que controvierten la legalidad de los actos de la administración pública federal.

Sexta. De forma panorámica, la reforma legal instauradora de los juicios contencioso administrativos en línea de junio de 2009 y la amplia reforma procesal administrativa publicada en diciembre de 2010, respecto del ordenamiento jurídico dedicado al TFJFA, constituyen un cambio trascendental para el Derecho Procesal, que va más allá del ámbito de la justicia fiscal y administrativa. Dichas reformas son una vivificante propuesta adjetiva, destinada no sólo para abatir una situación coyuntural (el exceso de expedientes radicados en el TFJFA), también deben ser vistas como un esfuerzo institucional para consolidar a la jurisdicción administrativa federal, que afortunadamente coincidirá con la conmemoración de la Ley de Justicia Fiscal de 1936, piedra angular de la justicia administrativa mexicana.

Referencias

Bibliográficas

Armienta Calderón, Gonzalo M. y Armienta Hernández, Gonzalo. *Justicia Fiscal y Administrativa*. México, Editorial Porrúa, 2010.

_____. *El proceso contencioso administrativo en México*. México, Editorial Porrúa, 2011.

Carrillo Flores, Antonio. *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*. México, Editorial Porrúa, 1939. (Hay una segunda edición con el título *La Justicia Federal y la Administración Pública*. México, Editorial Porrúa, 1973).

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4a. ed. Buenos Aires, B de F, 2002.

Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento mexicano*. México, El Colegio Nacional, 1983.

- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. tomo II, Buenos Aires, La Ley-Thomson-Civitas, 2004.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. III. Madrid, Tecnos, 2002.
- González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis. *Derecho Procesal Administrativo Federal*. México, Editorial Porrúa, 2007.
- Lucero Espinosa, Manuel. *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*. 10a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*. México, Harla, 1991.

Hemerográficas

- Pérez López, Miguel, “La autonomía fortalecida. Apuntamientos sobre la nueva Ley del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, México, sexta época, año I, núm. 1, enero de 2008, pp. 283-340.
- _____, “La nueva Ley del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, número 122, mayo-agosto de 2008, pp. 1063-1077 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/122/el/el18.pdf>).
- _____, “Oscilaciones entre el amparo y la jurisdicción administrativa. Notas sobre la jurisprudencia dedicada a la excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo administrativo (el nuevo criterio de 2007)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 123, septiembre-diciembre de 2008, pp. 1595-1608.

Normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Transparencia judicial*

Carlos Alfredo Soto Morales**

SUMARIO: Introducción. I. Legitimación de la judicatura. II. Transparencia (marcos legal y ético). III. Publicación de resoluciones en Internet. IV. Redacción de las sentencias como elemento de transparencia. V. Necesidad de concientización de los juzgadores en cuanto a la indisoluble relación que existe entre la transparencia y la legitimidad de la función jurisdiccional. VI. Transparencia y videograbación de las audiencias públicas. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La importancia del Poder Judicial en un Estado democrático es indiscutible en nuestros días. La incidencia de las resoluciones judiciales se refleja en un variado número de supuestos, que van desde aspectos de protección de los derechos humanos, económicos, políticos, sociales, etcétera. Atendiendo a esta realidad resulta necesario que la sociedad mexicana cuente con una judicatura transparente.

La transparencia judicial debe ir más allá de las simples obligaciones que establecen las normas legales correspondientes. En efecto, el principio de excelencia que rige a la carrera judicial obliga a los juzgadores a tomar un papel más participativo, a fin de lograr que los fallos más importantes sean fácilmente accesibles a los ciudadanos.

* Basado en la ponencia presentada en el Congreso Nacional sobre el Consejo de la Judicatura Federal e Independencia, convocado por la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación A.C., celebrada los días 18 a 21 de mayo de 2011, en la ciudad de Puebla, Puebla. Quiero agradecer a mi colaboradora Karla Elena Ruiz Calvo en la redacción y revisión de este documento.

** Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región con sede en San Andrés Cholula, Puebla.

El presente ensayo no pretende agotar todos los temas relacionados con su título —transparencia judicial— sino, acaso, tratar de contestar brevemente algunas preguntas, como serían: ¿cómo se legitima la judicatura mexicana ante la sociedad que la instituyó?, ¿en qué consiste la transparencia como cualidad de los órganos jurisdiccionales?, ¿cuál es la relación que existe entre la transparencia y la legitimidad de los jueces frente a la sociedad?, ¿cómo se regula la transparencia de los órganos jurisdiccionales dependientes del Consejo de la Judicatura Federal?, ¿de qué manera tales órganos cumplen con su deber de transparencia?, ¿en qué se podría mejorar el sistema de transparencia relacionado con las resoluciones que emiten los tribunales?

I. Legitimación de la judicatura

El gobierno del pueblo y para el pueblo previsto en nuestra Carta Magna se materializa en la existencia de poderes públicos fuertes, independientes, coordinados y sensibles a la voluntad popular de la que emana su existencia y en cuyo beneficio fueron instituidos.

Así se advierte del mandato constitucional que señala: “La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.” (artículo 39).

La legitimidad de los poderes públicos, entonces, descansa primordialmente en dos elementos: a) el ser instituidos por el pueblo y b) para beneficio del mismo.

El primer elemento enunciado es resuelto en la Carta Magna respecto de los poderes legislativo y ejecutivo, tanto locales como federales, mediante la instauración de un sistema de elecciones directas, libres, auténticas y periódicas, a través de las que el pueblo puede manifestarse e “instituir” a tales gobernantes.

Por lo que hace a los miembros del Poder Judicial Federal, la Constitución prevé distintos sistemas: Elecciones indirectas (a través de otros poderes instituidos), que involucran criterios de selección basados en la competencia y antecedentes profesionales en el desempeño de la actividad jurídica para Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Magistrados del Tribunal Electoral, y criterios objetivos relacionados con su preparación técnico-jurídica para Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito.

En razón de que los integrantes del Poder Judicial Federal no somos electos popularmente de manera directa es que, frecuentemente, se cuestiona nuestra legitimidad;

sin embargo, para efectos de esta introducción, por el momento sólo afirmaremos que tal cualidad deviene de mecanismos diversos, a los que más adelante nos referiremos.

Por lo que hace al segundo elemento de legitimidad —los poderes son instituidos para beneficio del pueblo—, tal principio se materializa en el hecho de que la actuación de los servidores públicos debe buscar el bienestar social, cumpliendo a cabalidad con sus funciones, responsabilizándose de las mismas y rindiendo cuentas al pueblo que los instituyó.

La rendición de cuentas, entonces, es un factor fundamental de legitimidad en tanto que permite a la sociedad corroborar si el desempeño de una autoridad ocurre, efectivamente, en su beneficio. Como dice Romero Gudiño (2007: 221), las personas investidas de autoridad están obligadas a rendir cuenta puntual de sus acciones a los ciudadanos.

Respecto a la manera en que el poder judicial cumple con este elemento, podríamos decir, en principio, que resulta benéfico para cualquier sociedad el contar con órganos encargados de la resolución de conflictos, esto a efecto de que los miembros que la integran puedan vivir en una ambiente que les permita tranquilidad, seguridad y desarrollo.

Aunado a esto, los jueces estamos obligados también a rendir cuentas sobre el desempeño de nuestras funciones, de informar a los ciudadanos acerca de la labor jurisdiccional de la que somos responsables, cuestión en la que debemos poner especial interés dado que, como ya se dijo, carecemos de la legitimación otorgada por las elecciones populares directas.

Así, una preocupación inherente al desempeño de la función jurisdiccional debe ser la consistente en cuidar la percepción que el pueblo mexicano tiene de sus juzgadores, la cual se debe reflejar en los aspectos legal, moral y ético.

Jorge F. Malem Seña (2008: 13), al respecto señala: "...los jueces tienen el deber de contribuir a afianzar la confianza de los ciudadanos en la justicia y de abstenerse de realizar cualquier conducta que vaya en contra de la función que el Estado les tiene encomendada. Todo ello hace que habitualmente a los jueces se les exija rendir cuentas por sus actos; esto es, que sean legalmente responsables por sus acciones".

Un elemento importante de la rendición de cuentas de los funcionarios públicos lo constituye, sin duda alguna, la transparencia, pues solamente una sociedad debidamente informada podrá exigir de sus gobernantes lo que le es debido.

En tal sentido, el artículo 6º de la Norma Suprema de la Unión otorga el derecho a la información (incorporado a su texto en 1977 y reconfirmado en 2007), garantía

individual que permite a los particulares conocer la documentación en poder de organismos estatales relativa al desempeño de sus funciones, estableciendo para su interpretación el principio de máxima publicidad y el de protección de datos personales.

Para pormenorizar tal derecho, el 11 de junio de 2002 se publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que acusa como objetivos:

- I. Proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos; II. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados; III. Garantizar la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados; IV. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados; V. Mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos, y VI. Contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho (artículo 4º).

Por lo que hace al Poder Judicial de la Federación, el dos de abril de 2004 se publicó el “Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la Aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental” el cual, en su parte considerativa, señala:

Atendiendo a la transparencia que deben observar los órganos del Estado encargados de administrar justicia, debe ser público el acceso a todas las resoluciones que se dictan dentro de un juicio, así como a las diversas constancias que obran en los expedientes judiciales, con las excepciones derivadas de lo previsto en los artículo 8º, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (considerando 13º).

Derivado del anterior cuerpo normativo y a efecto de regular concretamente a los órganos jurisdiccionales dependientes del Consejo de la Judicatura Federal, el Pleno de este órgano emitió el acuerdo 84/2008 (publicado el 2 de enero de 2009) por el que estableció las atribuciones de los órganos en materia de transparencia así como los procedimientos de acceso a la información pública y protección de datos personales señalando como su objeto el “establecer las atribuciones de los órganos en materia de

transparencia, el acceso a la información pública y la protección de datos personales, así como los procedimientos relativos, a fin de garantizar los derechos fundamentales previstos en el artículo 6° constitucional respecto de la información que tienen bajo su resguardo el Consejo de la Judicatura Federal y los Órganos Jurisdiccionales”.

Dentro de un régimen democrático de separación de poderes que atribuye a distintos órganos las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional, y en el que los jueces no son electos popularmente, la judicatura se legitima a través de distintos mecanismos: la rendición de cuentas es uno de ellos.

En efecto, dar cuenta a la sociedad acerca del desempeño de sus funciones legitima a toda autoridad ante la sociedad que la instituyó, pues de esa manera el pueblo reafirma que tales poderes públicos existen en su beneficio, según el mandato constitucional.

Ahora bien, ¿cómo rinde cuentas al pueblo mexicano el Poder Judicial de la Federación por el ejercicio de la función jurisdiccional que le fue encomendada?

Independientemente de la responsabilidad que les puede ser exigida por dolo o negligencia en el dictado de sus resoluciones o la relacionada con cuestiones administrativas, creemos que la judicatura rinde cuentas, se legitima, a través de la transparencia.

II. Transparencia (marcos legal y ético)

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define “transparencia” como ‘cualidad de transparente’, y señala que “transparente” es un adjetivo ‘dicho de un cuerpo a través del cual pueden verse los objetos claramente’ o aquello que es ‘claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad’.

Entonces, gramaticalmente, transparencia es una cualidad que posee aquello a través de lo que podemos ver clara y evidentemente, sin duda ni ambigüedad.

Para arribar a un concepto claro respecto de la transparencia, como una cualidad de los órganos jurisdiccionales, debemos analizar los marcos legislativo y ético que la delimitan, acotando, desde ahora, que nos referiremos exclusivamente a la transparencia que tales órganos deben observar en el ejercicio de su labor propiamente jurisdiccional, es decir, en lo que refiere a las resoluciones que emiten.

Marco legal

A nivel constitucional el tema que nos ocupa se rige por el artículo 6º, el cual señala, en lo que nos interesa, lo siguiente:

- a) El derecho a la información será garantizado por el Estado.
- b) Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.
- c) La información que se refiere a la vida privada y a los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Por su parte, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala como sujetos obligados al Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura (artículo 3, fracción XIV, inciso c), e impone categóricamente la obligación de hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria; asimismo, concede a las partes el derecho de oponerse a la publicación de sus datos personales.

El Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la Aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental amplía el concepto de sentencias públicas a que se refiere el artículo 8 de la ley señalada en el párrafo que antecede, a "... todas las resoluciones que se dictan dentro de un juicio, así como a las diversas constancias que obran en los expedientes judiciales, con las excepciones derivadas de lo previsto en los artículos 8, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental".¹

El citado reglamento establece la obligación de crear versiones públicas de las resoluciones, entendiéndose por tales aquellas en las que se supriman los datos personales (cualquier información concerniente a personas físicas o jurídicas identificadas o identificables) y, dentro de ellos, los datos sensibles (el dato personal que revela el origen racial o étnico, la convicción religiosa, filosófica o de otro género, la opinión

¹ Artículo décimo tercero de la parte considerativa del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la Aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

política, la adhesión a un partido, sindicato, asociación y organización de carácter religioso, filosófico, político o sindical, o cualquier otro dato personal que revele el estado de salud o la vida sexual del titular de los datos personales).

La norma en cuestión también señala como una obligación de las comisiones de transparencia adoptar las medidas adecuadas para difundir en Internet las sentencias ejecutorias y las resoluciones que pongan fin a cualquier procedimiento administrativo, emitidas por la Suprema Corte, el Consejo y los órganos jurisdiccionales.

Por su parte, el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal 84/2008 establece las atribuciones de los órganos en materia de transparencia así como los procedimientos de acceso a la información pública y protección de datos personales; crea los organismos encargados de la transparencia: 1) La Comisión para Transparencia, Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos Personales; 2) El Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales; 3) La Unidad de Enlace, y 4) Los Módulos de Acceso.

También ordena la creación de un portal de Internet denominado Portal de Transparencia, en el que deben ser publicados, entre otras cosas, los principales indicadores de gestión sobre la actividad jurisdiccional y administrativa; las versiones públicas de las sentencias y resoluciones relevantes y criterios novedosos dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito; prevé que la información deberá presentarse de manera clara y completa, de forma tal que se asegure su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad. El lenguaje utilizado deberá ser claro, accesible y que facilite su comprensión por los usuarios.

Dispone que los órganos jurisdiccionales serán responsables en todo momento de la información publicada en el Portal de Transparencia y que en caso de que deseen publicar alguna información distinta a la señalada, deberán dirigir su petición por escrito a la Unidad de Enlace (artículos 34, 35 y 36). Asimismo, establece los criterios para la supresión de información confidencial o reservada y de la elaboración de versiones públicas.

Marco ético

El Código Modelo de Ética Judicial para Impartidores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 8°, titulado “transparencia” señala que los tribunales promoverán la transparencia de sus actuaciones, como garantía de la justicia de sus decisiones, procurando ofrecer, sin infringir el derecho vigente, información útil,

pertinente, comprensible y fiable. Prevé que tratándose de medios de comunicación social, se actuará de manera equitativa y prudente, cuidando que no resulte perjudicado derecho ni interés legítimo, o vulnerada norma alguna.

En el capítulo denominado “Principios y valores”, artículo 12, determina que la transparencia es un principio básico que deben atender los servidores judiciales, mismo que se traduce en ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre su actividad institucional.

Como se advierte, la transparencia de los juzgadores es un concepto que involucra tanto cuestiones legales como principios éticos, al constituir un deber de la judicatura el dar a conocer a la sociedad el contenido de sus resoluciones de una manera efectiva, asequible y oportuna.

Ahora bien, de los ordenamientos éticos y legales ya señalados podemos deducir los lineamientos que rigen la transparencia de la función jurisdiccional, así:

Primero. El principio de máxima publicidad —artículo 6° de la Constitución Federal— como criterio para interpretar el derecho de acceso a la información que la constitución otorga a los particulares, implica que cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización debe tener acceso a la información pública gubernamental, previéndose un sistema restringido de excepciones, que sólo se aplicarán cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información.

Segundo. El proceso para acceder a la información pública deberá ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo.

Tercero. La información gubernamental debe ser publicada de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad.

Cuarto. La transparencia contribuye a la democratización de la sociedad mexicana y a la plena vigencia del Estado de Derecho. Los juzgadores deben ser conscientes de ello.

Quinto. Es un deber ético de los jueces rendir cuentas a la sociedad mexicana de la labor jurisdiccional que realizan, con la conciencia de que su legitimación depende no sólo de la forma y la substancia de sus sentencias y resoluciones, sino también de la percepción que de ellas tenga la sociedad a la que, en última instancia, están dirigidas.

Sexto. Los órganos jurisdiccionales son responsables de la información pública generada que tienen en posesión, por lo que el derecho de acceso a la información de los particulares a la misma debe realizarse con estricto apego a lo señalado en la normatividad correspondiente a efecto de no dañar derechos de terceros; es decir, proteger los datos personales y confidenciales que se encuentran contenidos en los expedientes y en las resoluciones judiciales. Con el conocimiento de tales lineamientos legales y éticos resulta pertinente ahora, analizar su materialización por lo que respecta a la transparencia de las resoluciones de los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito en el mundo fáctico, a efecto de poder plantear una postura crítica respecto de los mismos y, en su caso, proponer su mejora.

III. Publicación de resoluciones en Internet

La publicidad del trabajo jurisdiccional, entre otras vías, puede realizarse a través de la página del Consejo de la Judicatura Federal, en términos del Acuerdo General 68/2004 del Pleno de aquel órgano administrativo, en el que todo el público tiene acceso a las sentencias definitivas y resoluciones de trámite de los juicios de su competencia, además, del espacio de sentencias relevantes y criterios novedosos que los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito ingresan de manera discrecional.

En relación con la información judicial consultable a través del medio en comento (Internet), estimo que se hace nugatorio su acceso por tres razones. La primera de ellas es el desconocimiento por parte de la población de la posibilidad de acceder a tal medio. La segunda, en atención a que llegar a la información respectiva, específicamente las versiones públicas de las sentencias dictadas por los tribunales del Poder Judicial Federal, no es fácil; en efecto, el enlace (link) correspondiente que no está visible en la página principal, sino que para acceder a ella, hay que entrar a una serie de páginas previas, de difícil localización. La última, en virtud de que los juzgadores somos reacios a publicar nuestras sentencias relevantes en el portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal. Ni siquiera el programa más eficiente para difundir sentencias servirá de algo, si los órganos jurisdiccionales no aportan el material necesario para ello, es decir, si no hacen públicas sus resoluciones.

Para muestra de lo anterior les compartiré un caso. A principios de año resolví un juicio de amparo,² y al estimar que el asunto podría ser de interés para la sociedad, emití una nota informativa³ por conducto de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal. Previo a ello, realicé los trámites necesarios para que la sentencia se difundiera en el portal de Internet del citado Consejo, con la supresión de datos correspondiente. A pesar de que desde el momento en que se emitió la nota informativa, ya estaba la versión pública de la sentencia respectiva, se han presentado diversas solicitudes al Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del CJF, solicitando aquélla, no obstante siempre ha estado disponible al público.

Con base en lo anterior, podemos concluir que la difícil accesibilidad en Internet de los criterios relevantes de Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, hace nugatorio el derecho de fácil acceso a la información.

IV. Redacción de las sentencias como elemento de transparencia

Otro aspecto importante de la transparencia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales lo constituye la redacción de las mismas; en efecto, el uso del lenguaje escrito como herramienta de comunicación resulta determinante para efectos de transparencia, pues independientemente de la facilidad de los procesos de acceso a las resoluciones, el contenido de las mismas debe ser verdaderamente informador para el particular.

Así lo corrobora el artículo 27, fracción III, del Acuerdo General 84/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, ya citado en el cuerpo de este ensayo que impone como criterio de transparencia que “el lenguaje utilizado deberá ser claro, accesible y que facilite su comprensión por los usuarios”.

Al respecto, Jorge F. Malem Seña (2008: 79) señala que “... la formulación lingüística utilizada en las sentencias ha de servir como hilo conductor que favorezca tanto la fundamentación como la comunicación de la decisión judicial y no ser, como ocurre a menudo, un elemento que dificulta o que incluso hace imposible su

² Auxiliar 47/2011, sentencia de 10 de febrero de 2011, donde se concedió el amparo a una mujer que impugnó la admisión de pruebas relativas a la lectura de correos electrónicos (emails), dentro de un juicio civil de divorcio.

³ <http://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2011notaInformativa.pdf>

comprensión y su justificación” añadiendo que “una sentencia mal redactada enerva en buena medida los argumentos utilizados, perturba el razonamiento e impide saber con exactitud cómo y por qué se ha resuelto el fondo de la cuestión”.

Lograr la redacción de sentencias claras y sencillas en los órganos del Poder Judicial de la Federación no es cosa fácil, pues se tienen que vencer resistencias incrustadas en lo más profundo de los secretarios proyectistas, jueces y magistrados. Cuando uno aprende a proyectar, generalmente lo hace bajo la tutela de una persona con más experiencia que suele transmitir a su discípulo los vicios y errores que a su vez éste aprendió de su mentor. De esta manera, las sentencias tienen errores de sintaxis y redacción inmutables, bajo la idea de que siempre se ha trabajado así. Esto es algo que debemos cambiar, mostrando nuestra voluntad para realizar una verdadera revolución en la manera de redactar sentencias; la sociedad y el foro nos los exigen.

Para obtener una mejor transparencia en la judicatura, resulta indispensable la constante capacitación del personal de los órganos jurisdiccionales en materia lingüística, así como también el análisis objetivo, libre de prejuicios, por parte de los juzgadores de la posibilidad de homogeneizar, en ese sentido, las resoluciones, con miras al derecho que la sociedad tiene de estar debidamente informada.

Resulta conveniente citar en este punto, las palabras del Señor Ministro José Ramón Cossío Díaz (cit. en Pérez,⁴ en relación con un aspecto de la manera de redactar sentencias en nuestro país),

Si analizamos lo acontecido en otros países, encontraremos que existen formas ciertas y de aceptación generalizada para identificar cuerpos normativos legislativos o jurisprudenciales, así como para realizar las citas de las referencias académicas. El grado de generalidad es tal, que las mismas son utilizadas por el foro, la academia o la judicatura de manera compartida, siendo de especial relevancia el Blue Book que elaboran diversas universidades estadounidenses. Entre nosotros no existe tal cosa, sino que cada cual cita sus fuentes de manera diversa, complicando con ello la posibilidad de realizar diálogos continuados entre diversos actores jurídicos.

⁴ Carlos Pérez Vázquez, *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala*, primera edición, noviembre de 2007, México, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. XV de la presentación.

Así, la transparencia de las resoluciones jurisdiccionales será efectiva en la medida en que éstas sean entendibles para la sociedad a la que, en última instancia, están dirigidas.

V. Concientización de los juzgadores en cuanto a la indisoluble relación que existe entre transparencia y legitimidad de la función jurisdiccional

Resulta fundamental que los jueces encargados de velar por el respeto a las garantías individuales de los gobernados tengan la firme convicción de la necesidad legal y ética de transparencia, por ser éste un factor determinante de legitimidad de los mismos pues, como ya se dijo, al carecer de la legitimidad que otorga la elección popular directa, la transparencia es un elemento de legitimidad que constituye, además, una garantía de la justicia de sus resoluciones.

La necesidad de esta concientización se advierte al observar el escaso número (en comparación con el de sentencias dictadas) de sentencias relevantes y criterios novedosos que los juzgados de distrito y tribunales de circuito ingresan a la página de Internet correspondiente, ingreso que, desde luego, por disposición legal es discrecional para los mencionados juzgadores.

Es lugar común decir que los juzgadores hablan por medio de sus sentencias. Lo normal es que los destinatarios del mensaje (sentencia) sean sólo las partes interesadas en el litigio. Pero hay casos donde la voz del juzgador debe trascender al proceso para llegar a toda la sociedad. ¿Qué casos? Eso dependerá del buen criterio del juzgador, ya sea que el tema, en sí mismo considerado, sea relevante o importante, o por el interés de la sociedad en un determinado proceso judicial o el impacto que éste pudiese tener en la colectividad.

Si un juzgador se da cuenta de que existe interés en la población de conocer ciertas resoluciones, debe tomar una actitud que permita la difusión del fallo correspondiente, siempre tomando en consideración los lineamientos legales correspondientes, tales como la protección de datos personales, secretos financieros o industriales. Para lograrlo, es necesario, en primer término, acercarse a los medios oficiales del CJF para tal efecto, como sería la Dirección General de Comunicación Social para la emisión de notas informativas o a la Secretaría de Ejecutiva de Vigilancia, Información y Evaluación para la publicación del fallo en la página de Internet.

Desde luego que la conducta del juzgador para dar a conocer sus fallos es importante; sin embargo, es necesario el apoyo del CJF (en lo personal, siempre lo he tenido para efectos de transparencia), aunque también debería de ser más ágil, minimizando tiempos y trámites burocráticos. Si una resolución de importancia para la sociedad se acaba de hacer pública por un órgano jurisdiccional, se debe buscar la manera que su consulta sea fácil por parte de los usuarios de Internet. Inclusive, en aquellos casos que por su trascendencia lo ameritaran, estimo que el CJF podría, oficiosamente, gestionar ante los juzgados de distrito o tribunales de circuito que éstos den a conocer sus fallos en Internet para beneficio de la sociedad.

Con independencia de lo anterior, sin pretender abundar en la materia, debemos tomar en consideración la utilización de las redes sociales por los juzgadores federales. Herramientas como Twitter y Facebook nos permiten comunicarnos con un gran número de personas. Es tiempo que los juzgadores utilicemos dichas redes sociales para acercarnos a los abogados postulantes, así como a la sociedad en general, y podamos exponer en qué consiste nuestro trabajo. La tecnología nos brinda herramientas que no podemos desaprovechar.

VI. Transparencia y videograbación de las audiencias públicas

La videograbación de las audiencias públicas en los procesos judiciales es un tema relevante y actual a raíz de los recientes acontecimientos relacionados con los juicios de amparo indirecto promovidos con motivo de la exhibición en las salas cinematográficas nacionales del documental “Presunto culpable”.

Tales sucesos plantean cuestionamientos que debemos analizar de manera objetiva y seria para poder actuar con la sensibilidad, capacidad y profesionalismo que la sociedad espera de nosotros.

La interrogante que se analizará en esta parte del ensayo, consiste en determinar si los Jueces de Distrito estamos obligados a autorizar la videograbación por particulares, de las audiencias públicas que se celebran en los procesos seguidos ante nosotros.

La Constitución Federal, en su artículo 20, apartado B, fracción V, (legislación vigente a partir de la reforma de 18 de junio de 2008), establece como derecho de los procesados en un asunto penal el que sea juzgado en una audiencia pública; por su parte, la Ley de Amparo dispone que la audiencia constitucional y la recepción de las pruebas en los juicios en vía indirecta son públicas (artículo 154), disposición que, desde luego, aplica, por mayoría de razón, a las audiencias incidentales.

Ahora bien, tratando de delimitar brevemente lo que debemos entender por audiencia pública, para efectos de este trabajo es suficiente señalar que el carácter público de las audiencias nos remite necesariamente al principio procesal de que “no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones (principio de publicidad)” (Devis Echandía, 1997: 57), que se traduce en que las audiencias deben ser abiertas, aceptando la presencia de las personas que deseen asistir a las mismas, salvo las excepciones expresamente determinadas en la Ley.

Ahora bien, ¿el carácter público de las audiencias, ya sea en procesos penales, juicios civiles, administrativos o de amparo, implica que los jueces de distrito debemos autorizar la videograbación de las mismas por particulares? La respuesta, desde mi particular punto de vista, es que no.

La normatividad (constitucional, legal y ética) en materia de transparencia y acceso a la información impide al juez autorizar a los particulares la videograbación de las audiencias, atendiendo a que su actuación se encuentra regida por el principio de que los órganos jurisdiccionales son responsables de la información pública generada que tienen bajo su resguardo.

Efectivamente, ínsito en el derecho a la información se encuentra la responsabilidad ética y legal que los jueces tenemos sobre la información pública en nuestra posesión. Responsabilidad que implica que debemos regir el uso y destino de la misma aplicando necesariamente las disposiciones relativas a la información reservada y confidencial y de manejo de datos personales.

Los jueces, como garantes de la Constitución, debemos atender a que el adecuado manejo de datos personales es una garantía individual que nuestra Carta Magna otorga a los particulares, en el sentido que toda la información que se refiere a la vida privada y datos personales será protegida por la ley (artículo 6º, fracción II).

Por su parte, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental pormenoriza la garantía en comento en su artículo 20, fracción III, en el que dispone que los sujetos obligados deben “*Tratar datos personales sólo cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido*”. En los artículos 13, 14 y 18, la ley en cita enuncia los casos en que la información puede clasificarse como reservada o confidencial.

Por su parte, el acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal 84/2008 dispone, en lo que aquí nos interesa, que los órganos jurisdiccionales están obligados en todo momento a garantizar las condiciones y requisitos mínimos para la debida administración y custodia de los datos personales que se encuentren bajo su resguardo, con el objeto de garantizar a los gobernados el derecho de decidir sobre su uso

y destino. Asimismo, señala que deberán asegurar el adecuado tratamiento de datos personales con la finalidad de impedir su transmisión ilícita y lesiva a la dignidad e intimidad del afectado. Considerando como lícito el manejo de datos personales cuando éste se realice para la finalidad perseguida con su obtención, la cual deberá ser precisa y estrechamente relacionada con las atribuciones del órgano jurisdiccional ante el que se generaron.

De las disposiciones analizadas se desprende, lógicamente, que la posibilidad de que el juez pueda manejar la información generada, conforme a su deber legal y ético de transparencia, presupone que ésta se mantenga en su posesión.

Entonces, dado que las videograbaciones realizadas por particulares implican que la información generada en el órgano jurisdiccional sale del mismo, imposibilitando al juez la rectoría del uso y destino de la misma, consideramos que resultan contrarias a las normas antes referidas y, por tanto, no deben ser autorizadas.

En efecto, cuando se lleva a cabo una diligencia en cualquier juicio o proceso, se dan una serie de datos personales que deben ser protegidos por el órgano jurisdiccional. Como todos sabemos, previamente al interrogatorio o declaración de una de las partes o algún testigo, se suele tomar sus generales, es decir, su nombre completo, dirección, edad, etcétera, los cuales son, sin duda, datos personalísimos que merecen protección. Si esta información se graba en video por un particular, evidentemente el órgano jurisdiccional no tendrá manera de resguardarla, con la consecuente transgresión del derecho a la intimidad del ciudadano afectado.

Suponiendo que el órgano jurisdiccional pudiera restringir la grabación del momento en que se dan los datos generales al juzgado, seguiría existiendo un problema infranqueable, la grabación implicaría necesariamente captar en video la imagen (rasgos físicos) del declarante. Sobre este particular, no cabe duda que los rasgos fisonómicos de una persona son datos personales, ya que con ellos se le puede ubicar de manera determinada.

Al efecto, conviene señalar que el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos ha considerado que las fotografías (y por mayoría de razón, considero que también la imagen grabada en video) es un dato personal, como se desprende del criterio que transcribo a continuación:

Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial. En términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se considera información confidencial los datos personales que requieren el consentimiento de los individuos para su difusión,

distribución o comercialización. Por su parte, según dispone el artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dato personal es toda aquella información concerniente a una persona física identificada o identificable. En este sentido, las fotografías constituyen la reproducción fiel de las características físicas de una persona en un momento determinado, por lo que representan un instrumento de identificación, proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, las fotografías constituyen datos personales y, como tales, susceptibles de clasificarse con el carácter de confidenciales. En esa tesitura, las fotografías de servidores públicos deben clasificarse con el carácter de confidenciales, considerando que no se advierte la existencia de algún elemento —reflejo del desempeño, idoneidad para ocupar un cargo, entre otros— que justifique su publicidad. Lo anterior es así, salvo en aquellos casos en los que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión. (criterio 0005-09).

Obviamente la grabación en video de una audiencia pública capturará no sólo la imagen de quien está declarando, sino de las demás personas que intervienen en ella, tales como los mecanógrafos, secretarios y demás personal del órgano jurisdiccional, e inclusive otros particulares —abogados de las partes—, quienes perderán el derecho de protección de sus datos personales (imagen en video), al momento en que el particular que los grabó decida hacerla pública.

Otro aspecto que robustece la postura de este apartado es que el contenido de la declaración puede contener, por sí misma, información personalísima que debe ser tutelada por el Estado. En efecto, imaginemos un proceso penal, donde se pide la autorización de videgrabar la declaración de una ofendida del delito de violación, o un juicio civil donde alguna de las partes declare sobre la violencia conyugal alegada. ¿Existe un derecho constitucional para grabar y, posteriormente, hacer públicos hechos que atañen a la sexualidad o vida familiar de las personas? Sin duda la respuesta es no.

Conclusiones

Resulta necesario que las sentencias relevantes dictadas por Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito en el portal de Internet del CJF sea de fácil acceso para todos los gobernados, simplificando la manera de acceder a ellas.

Debemos fomentar que nuestras resoluciones importantes sean comunicadas oportunamente a la sociedad, para los efectos de un sano diálogo entre el foro y los juzgadores, que necesariamente redundará en una mejor impartición de justicia.

Es importante la capacitación del personal jurisdiccional en materia de ortografía, gramática y lingüística, a efecto de que la redacción de las resoluciones cumpla con la finalidad de informar a la sociedad de los criterios en ellas contenidos, en ese sentido, resulta conveniente también homogeneizar la estructura de los fallos respectivos.

La regulación administrativa y legal de la videograbación de las audiencias públicas resulta conveniente y necesaria para efectos de transparencia, pues constituye una forma de acrecentar la confianza de la sociedad en el Poder Judicial de la Federación y legitimarlo; sin embargo, ello no implica que se deba autorizar su videograbación por particulares, pues en este caso la información sensible que se contenga en las citadas grabaciones, ya no es tutelable por el órgano jurisdiccional, sino que será el propio particular quien podrá utilizarla a su conveniencia.

Referencias

Bibliográficas

- Devis Echandía, Eduardo (1997). *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores (2003). *La función judicial, Ética y democracia*, Barcelona, España: Gedisa.
- Malem Seña, Jorge F (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, España: Gedisa.
- Pérez Vázquez, Carlos (2007). *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.
- Romero Gudiño, Alejandro (2007). *Innovación Judicial. Profesionalización, rendición de cuentas y Ética*, México: Porrúa.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la Aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Acuerdo General 84/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las atribuciones de los órganos en materia de transparencia, así como los procedimientos de acceso a la información pública y protección de datos personales.

Acuerdo General 16/2009, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula las sesiones de los Tribunales Colegiados de Circuito y establece los lineamientos para su videograbación y difusión.

Normativa ética

Código Modelo de Ética Judicial para Impartidores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana*

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas**

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Aplicación, alcance y efectos de la reforma del artículo 1º de la Constitución mexicana*. III. *Una propuesta de interpretación del párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución mexicana*. *Conclusiones*.

I. Planteamiento

Uno de los ámbitos más importantes en los que una Constitución se juega su carácter democrático es el de la eficaz protección y garantía de los derechos humanos y de las libertades públicas. De nada sirven prolijas y completísimas declaraciones de derechos, si no van acompañadas de medidas efectivas para responder ante las vulneraciones de las que puedan ser objeto y restituyan al ciudadano en su disfrute. En ese sentido, no suele destacarse suficientemente, en mi opinión, el peligro de que el contenido esencial de los derechos quede desvirtuado por vía interpretativa. De nada

* Este trabajo es una reelaboración de la conferencia impartida en el *Instituto de la Judicatura Federal* el día 25 de octubre de 2011. Ello explica que no vaya acompañado de las necesarias referencias a pie de página para dar cuenta del origen de muchas de las ideas empleadas.

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Director General del *Instituto de la Judicatura Federal*, mi querido amigo el Magdo. Leonel Castillo González, por su generosa invitación, por su leal y sincera amistad desde hace más de quince años y, sobre todo, por su compromiso con la capacitación del Poder Judicial como un elemento fundamental de la democracia mexicana. Deseo, por último, dar las gracias igualmente al Magdo. Mauro Miguel Reyes Zapata por arroparme ese día con su compañía y su cariño, al equipo del Magdo. Castillo por su afecto y sus atenciones, y a todas las personas que tuvieron la gentileza de acudir a escuchar mis palabras, especialmente a quienes formularon preguntas y reflexiones que me han ayudado mucho a matizar las ideas expuestas.

** Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

sirve el reconocimiento amplio de derechos si luego las restricciones al disfrute de los mismos son avaladas por los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía, como consecuencia de una interpretación restrictiva de su campo de actuación.

Ese riesgo, no exclusivo desde luego para la interpretación de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, ha llevado a muchas Constituciones contemporáneas a incorporar reglas destinadas a dirigir la actividad interpretativa judicial, con la finalidad de restringir, en la medida de lo posible, el margen de discrecionalidad inherente a la función jurisdiccional. De entre ellas, seguramente las más explícitas y las que han alcanzado el mayor rango jerárquico son las normas constitucionales destinadas a regular la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos, indicándole al juez con qué criterios debe actuar al otorgar significado a los enunciados normativos sobre esa materia. Como he advertido en otras ocasiones, el gran problema que plantea este tipo de directivas es que son poco eficaces, ya que debido a su generalidad, a su imprecisión y, sobre todo, a que carecen de instrucciones sobre su manejo, no determinan prácticamente en absoluto el trabajo interpretativo del juez. El reto, por ese motivo, es realizar un entendimiento de esas disposiciones referentes a la interpretación que las transforme en reglas concretas de la motivación de la decisión interpretativa, que permitan controlar su adecuación a los requisitos para una fundamentación racional de las decisiones judiciales.

El objeto de este trabajo es efectuar una modesta aportación en esa dirección, en relación con las pautas para la interpretación de los enunciados constitucionales referentes a los derechos humanos. A mi juicio, la reciente reforma del artículo primero de la Constitución mexicana puede y debe ser aprovechada como una decidida apuesta por la internacionalización en cuanto al reconocimiento y garantía de los derechos como medio para hacer éstos más efectivos. La invocación de los tratados internacionales como pauta interpretativa de los enunciados constitucionales que regulan los derechos puede significar el sometimiento de la actuación de todas las autoridades mexicanas (de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales) al juicio de órganos normativos y jurisdiccionales externos, lo que indudablemente plantea importantes problemas de jerarquía e incluso de soberanía. No obstante, esa previsión puede quedar en nada si, como sucede frecuentemente con las disposiciones que regulan la interpretación jurídica, no es utilizada, o lo es en un sentido simplemente retórico. Me parece que el nuevo artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe ser tomado en serio, y para ello es imprescindible

otorgarle un sentido práctico. Dicho de otro modo, se trataría de obtener de esa disposición constitucional normas concretas acerca de la interpretación de los enunciados que regulan los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano.

Con objeto de aportar algunas ideas en esa línea, el núcleo principal de mi exposición estará dedicado a presentar una interpretación del artículo primero, sobre todo de su párrafo segundo, que lo convierta en un instrumento eficaz de garantía de los derechos, obteniendo a través del mismo reglas concretas de actuación para el juez mexicano al aplicar los derechos humanos. En ese sentido, intentaré justificar tres afirmaciones: a) si la norma es considerada el resultado de la interpretación, los tratados internacionales de los que México sea parte deberían emplearse siempre para la interpretación de los derechos humanos; b) la directiva interpretativa del párrafo segundo del artículo primero no sería una más, sino un verdadero metacriterio que traspasa horizontalmente a todos los métodos para la interpretación jurídica; y c) la interpretación “de conformidad” a la que obliga el artículo primero no debería entenderse como una mera ausencia de contradicción, sino, en un sentido más “fuerte”, como el elemento para la construcción de las normas mexicanas sobre derechos humanos y como un criterio de selección entre posibles significados.

La incorporación en la reciente reforma constitucional del artículo primero de una directiva interpretativa de las disposiciones sobre los derechos humanos me parece que es una oportunidad muy interesante de situar la regulación mexicana de los derechos humanos en consonancia con una tendencia internacional que está presente en las Constituciones de cada vez más países desde el último cuarto del siglo pasado hasta la actualidad. Esa tendencia la inició la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 16 indica lo siguiente:

1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del Derecho Internacional.
2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Con una clara inspiración en ese texto, unos pocos años después en la Constitución española de 1978 se incorporó un segundo párrafo en el artículo 10 del siguiente tenor:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Con términos muy similares la Constitución Política de Colombia de 1991 incorpora una directiva muy parecida en su artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por último, y coetáneamente, la Constitución rumana de 1991 incluyó un artículo 20 con un contenido también muy similar:

Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y las libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Pactos y los demás tratados en los que Rumania sea parte.

Si hubiera discordancias entre los Pactos y los tratados relativos a los derechos fundamentales del hombre en los que Rumania sea parte y las leyes internacionales, tendrán primacía las reglamentaciones internacionales.

En la parte que ahora interesa, el reformado artículo 1º establece en sus dos primeras fracciones lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todos estos preceptos, además de establecer obviamente cláusulas para la interpretación conforme a los derechos humanos, pueden ser consideradas verdaderas “puertas abiertas” al Derecho internacional de los derechos humanos, permitiendo de un golpe la incorporación a estas Constituciones de todo el entramado normativo internacional sobre esta materia.

Las razones de la proliferación de este tipo de cláusulas en un buen número de Constituciones contemporáneas son variadas y complejas de analizar, pero me limitaré a las dos que considero más relevantes.

En primer lugar, puede presumirse que lo pretendido por los constituyentes de todos esos países con la introducción de esta pauta interpretativa de los derechos fundamentales fue un intento de uniformización con los ordenamientos jurídicos extranjeros en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, para alcanzar así una homologación internacional en esta materia tan relevante desde el punto de vista del estado de derecho y de la democracia en general. No es seguramente casual, que las Constituciones portuguesa, española y rumana que incorporaron este tipo de cláusulas interpretativas lo hicieran justo después de salir de largos regímenes totalitarios, o que la colombiana o la mexicana la hayan incluido coincidiendo con una situación de violación masiva de derechos derivada de la violencia terrorista.

En segundo lugar, y como consecuencia de esta primera razón, la fuerza persuasiva de la justificación de la interpretación de los derechos humanos por medio de la invocación de los tratados internacionales sería grande. Por eso, la referencia al ordenamiento internacional ha adquirido una extraordinaria fuerza retórica debida fundamentalmente al grado de autoridad del que están investidas las organizaciones internacionales, autoridad que, como todas, depende en su apreciación del auditorio y, sobre todo, del sector jurídico al que se refiera.

Del artículo primero constitucional cabe una interpretación que, a falta de una mejor denominación, llamaré *conservadora*, y una interpretación que, con la misma imprecisión, rotularé de *abierta*.

La interpretación *conservadora* iría dirigida a minimizar su impacto, a entender la directiva con un sentido meramente retórico sin consecuencias prácticas en cuanto a la consideración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano. Desde esa posición, tras la reforma del artículo primero nada habría cambiado, nada nuevo se habría añadido a los caminos tradicionales de incorporación del derecho internacional al derecho interno. La nueva redacción del artículo 1º podría ser entendida como una simple declaración retórica legitimadora del régimen constitucional mexicano en el concierto internacional o, en el mejor de los casos, en una simple

reiteración: los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, y deben ser empleados para la interpretación de ellos mismos. Me explico. Ya antes de la reforma constitucional que incorporó el párrafo que está siendo comentado, el artículo 133 de la propia Constitución establecía que los tratados forman parte de la “Ley Suprema de la Unión”, por lo que al ser parte del Derecho mexicano deberían ser tenidos en cuenta para la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos o, dicho de otro modo, para determinar las normas que componen el Derecho mexicano de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, el juez mexicano no debería alterar en absoluto el modo de interpretar y entender las disposiciones constitucionales y de los tratados sobre la materia. Nada ha cambiado.

Sin embargo, para dar la máxima eficacia a todas las disposiciones constitucionales y sentido a la reforma del artículo primero el modo de entenderlo debe ser otro. Efectivamente, de consagrarse la interpretación *conservadora* la reforma constitucional carecería de sentido, quedaría vacía de contenido en la parte que está siendo analizada, lo que resultaría una conclusión inadmisibles. Cualquier reforma legal, y mucho más una reforma constitucional, está dirigida a incorporar al ordenamiento jurídico nuevas normas y/o a eliminar normas existentes, de tal modo que cualquier interpretación de las nuevas disposiciones incorporadas debe dotarlas de un contenido propio y original, sin considerarlas una mera reiteración de algo que ya estaba dicho antes de la reforma. Por ello, me parece más adecuado, y más respetuoso con la intención perseguida por el órgano revisor de la Constitución, apostar por la interpretación que he denominado *abierta*.

La interpretación *abierta* del párrafo segundo del artículo primero constitucional implicaría adecuar la interpretación de las disposiciones mexicanas relativas a los derechos humanos al contenido de los tratados internacionales, que devendrían así, por imperativo constitucional, en el canon hermenéutico de la regulación de los derechos en la Norma Fundamental, otorgando a esos instrumentos internacionales una eficacia nueva y distinta. Con excepciones como la de Colombia, en la mayoría de los países que han incorporado en sus Constituciones cláusulas interpretativas remitiendo a los tratados internacionales, los órganos jurisdiccionales encargados del control de constitucionalidad han efectuado interpretaciones de las mismas mucho más amplias e incluso audaces que la pretendida por la postura conservadora.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha realizado una interpretación extensiva de la directiva establecida en la fracción segunda del artículo 10 dándole un campo de aplicación mucho más amplio que el sugerido por su letra. Así, se ha

referido a bastantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que es el órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos; ha declarado también que deben ser interpretados de acuerdo con los tratados ratificados por España no sólo los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, sino todas las normas del ordenamiento relativas a esa materia; y ha incluido otros instrumentos internacionales no vinculantes, como por ejemplo las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Incluso en alguna ocasión, al no existir referencia en los Pactos y Convenios internacionales a la materia que debía resolver (una cuestión relativa a sanciones militares privativas de libertad), y al no poder aplicar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular (ya que al ratificar España el Convenio Europeo se reservó la aplicación de los artículos invocados), el Tribunal Constitucional declaró, no obstante, que a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, subyace “un sistema de valores y principios de alcance universal” que han de informar todo el ordenamiento jurídico (*Sentencia del Tribunal Constitucional de España* de 15 de junio de 1981, fundamento jurídico 10).

Como ya he avanzado, mi postura estaría más cerca de esta segunda interpretación, tendente por tanto a aprovechar esas cláusulas constitucionales para introducir cambios en la aplicación de los derechos humanos que profundicen en su reconocimiento y en su garantía. Dicho de otro modo, considero que el Derecho mexicano de los derechos humanos ha cambiado tras la reforma del artículo primero. La pregunta que corresponde contestar es qué es lo que ha cambiado.

Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con la Constitución* no supone en realidad ninguna novedad, ya que antes de la reforma también existía esa obligación por una cuestión de simple jerarquía normativa y de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico mexicano. Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con los tratados internacionales* tampoco es ningún cambio, puesto que, en virtud del antes recordado artículo 133 de la Constitución mexicana, los tratados forman parte del Derecho interno, incluso de la “Ley Suprema de la Unión”, por lo que puede considerarse que esta directiva interpretativa de los derechos conforme a los tratados preexistía a la reforma del artículo 1º. ¿Qué es entonces lo que ha cambiado? ¿Qué ha añadido la nueva cláusula interpretativa?

En mi opinión, las novedades incorporadas al Derecho mexicano a través de la reforma del artículo primero constitucional podrían situarse en dos puntos: en primer lugar, que también las *disposiciones constitucionales sobre derechos humanos* deberían

interpretarse conforme a los tratados internacionales, y no sólo los enunciados infraconstitucionales, con lo que se plantearía un importante problema de jerarquía normativa entre la Constitución mexicana y los tratados internacionales; y en segundo lugar, que esa directiva interpretativa fuera tomada como el *único* criterio o método que *siempre* debería ser aplicado para la determinación del significado de las disposiciones sobre derechos humanos del ordenamiento jurídico mexicano, con lo que se plantearía un importante problema de soberanía de los órganos legislativos nacionales.

De manera un poco más ordenada, señalaré que, desde mi punto de vista, las dudas acerca de la aplicación, alcance y efectos de la reforma constitucional del artículo 1º se centran, por tanto, en dos cuestiones principales a las que intentaré responder con una propuesta de interpretación articulada en tres puntos. Esas cuestiones son las siguientes:

1. Si el artículo primero se refiere *sólo* a la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos *infraconstitucionales*, o también a las contenidas en *la propia Constitución*.
2. Si la interpretación de conformidad con los tratados internacionales es el *único método* autorizado para la atribución de significado de los enunciados relativos a los derechos, que debe ser tenido en cuenta *siempre*, o solamente cuando surjan *dudas* acerca del significado o alcance de esos enunciados.

Junto a estas preguntas, mi propuesta para entender de un modo eficaz pero integrado en el sistema jurídico mexicano la cláusula interpretativa del artículo primero la desarrollaré también en tres puntos:

1. Si entendemos la norma jurídica como el resultado de la interpretación, se evita el problema de jerarquía normativa que implicaría acudir a los tratados internacionales sobre derechos humanos para la interpretación de los enunciados constitucionales sobre derechos y deberes.
2. La directiva interpretativa del artículo primero de la Constitución no es una más, sino un verdadero metacriterio que traspasa horizontalmente a todos los métodos para la interpretación jurídica.
3. La interpretación “de conformidad” a la que obliga el artículo primero no es mera ausencia de contradicción, sino conformidad en un sentido más “fuerte”, como elemento para la construcción de la norma constitucional sobre derechos humanos, y como criterio de selección entre posibles significados.

II. Aplicación, alcance y efectos de la reforma del artículo 1º de la Constitución mexicana

1º La directiva del artículo primero debe ser empleada para la interpretación de las disposiciones tanto constitucionales como infraconstitucionales en materia de derechos humanos.

El texto del párrafo segundo del artículo primero, al decir que los derechos humanos “se interpretarán *de conformidad con esta Constitución* y con los tratados internacionales”, podría entenderse como referido únicamente a la determinación del significado de las disposiciones normativas infraconstitucionales, sin que fuera de aplicación, por tanto, para la de los enunciados constitucionales (“de conformidad *con esta Constitución*”, señala el párrafo). Como ya he indicado un poco más arriba, esta manera de entender el párrafo convertiría la reforma constitucional en este punto en inútil, ya que no cambiaría nada en relación con la situación anterior puesto que, por imperativo del artículo 133 constitucional, ese deber de interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales ya estaba impuesto a los jueces por conformar la “Ley Suprema de la Unión”.

Desde una perspectiva pragmática de considerar a toda la Constitución como normativa, como fuente de normas jurídicas, me parece que debe otorgarse a cada enunciado constitucional un sentido propio, un ámbito de aplicación autónomo que no tome a algunas disposiciones como meras reiteraciones de lo ya dicho en otras partes de la Carta Magna. En esa línea, el único modo de otorgar a este párrafo del artículo primero un campo autónomo de aplicación, y de dar sentido a la reforma constitucional, es considerarlo aplicable también para la interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos.

Esta conclusión podría plantear, sin embargo, como ya advertía antes, un importante problema de jerarquía normativa entre la propia Constitución y los tratados internacionales: aunque formalmente éstos no se sitúen jerárquicamente sobre la Constitución, en la medida que de ellos dependa cuáles son las normas mexicanas en materia de derechos humanos, podrían considerarse materialmente por encima de las normas constitucionales. Se estaría vulnerando de ese modo el artículo 133 constitucional, que incorpora a los tratados internacionales como parte de la Ley Suprema de la Unión, pero con la condición de que estén de acuerdo con la Constitución, es decir, tomando a ésta como el parámetro para determinar la aplicabilidad de las normas internacionales en el Derecho mexicano (“los tratados que estén de acuerdo” con la

Constitución, dice el artículo 133). Se entraría así en un círculo vicioso, ya que los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución, de un lado, pero el contenido de la Constitución dependería de ellos, del otro.

Espero un poco más adelante formular una propuesta a partir de la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas que permita resolver, o al menos soslayar, esta dificultad.

2º La directiva del artículo primero no puede ser tomada como el único método interpretativo para determinar el significado de las disposiciones mexicanas sobre derechos humanos, aunque debería ser tenida en cuenta siempre al aplicarlos.

Como también anteriormente indicaba, toda la Constitución es fuente de normas jurídicas de igual rango, de tal modo que ninguna de ellas puede ser soslayada. Ello obliga a una interpretación sistemática o armonizadora del texto constitucional que garantice la máxima eficacia de toda ella. Pues bien, la Constitución mexicana contenía ya antes de la reforma que está siendo comentada, un precepto como el párrafo cuarto del artículo 14 que establece la siguiente pauta para la aplicación judicial del Derecho mexicano del orden civil:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva 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.

Este texto permite distinguir tres situaciones posibles a las que debe enfrentarse el juez civil al dictar sentencia:

- a) Decisión conforme a la letra.
- b) Decisión conforme a la interpretación jurídica.
- c) Decisión fundada en los principios generales del derecho en caso de laguna.

Esta regulación (no se olvide, también) constitucional, a la que luego volveré con un poco más de detalle, sugiere algunas consideraciones importantes al ponerla en relación con el párrafo segundo del artículo primero constitucional tras su reforma.

En primer lugar, refleja un concepto de interpretación, muy difundido en nuestra cultura jurídica, que la identifica con la resolución de dudas de significado. Según esta concepción trasladada al artículo 14, habría actos de aplicación del Derecho conforme a la letra, es decir que no requerirían la previa interpretación del enunciado normativo, y actos de aplicación del Derecho que, como consecuencia de la indeterminación

del texto, exigirían su previa interpretación para eliminar la duda de significado. Pues bien, el interrogante que puede plantearse al conectar este artículo con el párrafo que está siendo comentado, es si en la primera situación, es decir cuando la sentencia es dictada conforme a la letra porque a juicio del intérprete no hay dudas de significado, es preciso acudir también a los tratados internacionales, o su empleo está limitado a los casos de interpretación, es decir cuando el significado del texto plantea dudas. Dicho de manera más simple, si desde la perspectiva del intérprete el enunciado relativo a los derechos humanos no plantea dudas de significado, ¿deben tomarse en consideración los tratados internacionales, o únicamente cuando se aprecie una indeterminación de la disposición a aplicar? No se olvide que el tenor literal el párrafo segundo del artículo primero dice que las disposiciones relativas a los derechos humanos “se interpretarán” de conformidad con los tratados internacionales, tiempo verbal que habitualmente es usado para transmitir normas, no sometidas en este caso a condición o excepción alguna.

Como es sobradamente conocido, y no puedo detenerme ahora en ello, las teorías de la interpretación contemporáneas han mostrado, desde mi punto de vista de manera bastante incuestionable, que no puede hablarse de textos claros u oscuros en sí mismos, puesto que la decisión acerca de si su significado plantea o no dudas la adopta el intérprete con una no despreciable carga de subjetividad relacionada con lo satisfactorio que se considere el significado *prima facie* del enunciado. Por ello, haciendo una interpretación conjunta del artículo 14 y del artículo primero cabrían teóricamente dos soluciones: primar el artículo 14 y limitar el uso de los tratados internacionales a los casos de duda, o primar el artículo primero estableciendo del deber de emplear los tratados internacionales en cualquier acto de aplicación de los derechos humanos. Esta última posición, justificable incluso a partir del criterio cronológico, es seguramente la más conforme con los tratados internacionales, pero implicaría la desaplicación, al menos parcial, del artículo 14, y la consagración constitucional de un concepto de interpretación amplio bastante alejado del manejado en nuestra cultura jurídica. La primera postura, más respetuosa seguramente de una interpretación armónica o integradora de todo el texto constitucional, por lo dicho plantea el problema de dejar en manos del intérprete la decisión acerca de la claridad u oscuridad del texto y, en consecuencia, la decisión acerca de recurrir o no a los tratados internacionales a la hora de aplicar disposiciones relativas a los derechos humanos. Ello puede ocasionar un protagonismo excesivo de la subjetividad del intérprete y graves problemas de seguridad jurídica para determinar cuáles son las normas mexicanas sobre derechos humanos.

Para evitar ese riesgo, me parece útil poner de nuevo en relación este problema con el deber de fundar y motivar, también las resoluciones judiciales, establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional. En efecto, a mi juicio la incorporación de la directiva interpretativa que estoy comentando, para hacerla compatible con el artículo 14, obligaría a dotar de un nuevo contenido al deber de motivación de las resoluciones judiciales, incluyendo dentro del mismo dos nuevas obligaciones:

- a) La justificación no sólo del modo de disipar la duda acerca del significado de un enunciado, sino también de la propia duda, es decir, de su indeterminación gramatical, sistémica o funcional.
- b) La justificación de la pluralidad de significados posibles del texto, y la razón o razones por las que se opta por uno de ellos y por las que se rechazan otros alternativos.

La segunda consideración que había anunciado era la relativa a sí, a partir de la reforma del artículo primero, el único método interpretativo al que puede acudir el juez mexicano para la justificación del significado de los enunciados relativos a los derechos humanos es la invocación de los tratados internacionales sobre esa materia.

Yo creo, por un lado, que el artículo primero no proscribiera el empleo de otros métodos de interpretación, lo que sería imposible de cumplir, no deseable, e incluso inconstitucional en relación con otros preceptos de la Carta Magna. Me parece, por ejemplo, que el artículo primero exige una interpretación sistemática de las disposiciones mexicanas sobre derechos humanos con lo establecido en los tratados, pero también una interpretación sistemática de la propia Constitución mexicana; creo que la intención tanto de los redactores de la Constitución como de los tratados es un elemento de interpretación que no debe ser rechazado; e incluso parece fuera de toda duda que la realidad social en la que se apliquen tratados que tienen por destinatarias personas de contextos políticos, culturales, económicos o geográficos diferentes, debe tomarse en consideración como un criterio interpretativo relevante.

Por otro lado, en mi opinión el artículo primero establece, no sólo un método interpretativo o para justificar el sentido asignado a una disposición en materia de derechos humanos, sino también (aunque no sólo) un criterio de elección entre los diferentes significados potenciales de un enunciado: el que sea conforme con los tratados internacionales.

Por todo ello, me parece necesario insistir en que tras la reforma constitucional que está siendo objeto de comentario, debe entenderse el deber de fundar y motivar las resoluciones judiciales en el sentido de dar razones también acerca del método o métodos de interpretación empleados, y de invocar los tratados como el criterio fundamental de elección entre los diferentes significados posibles de una disposición sobre derechos humanos. Ese es el único modo de evitar la arbitrariedad judicial en este ámbito.

III. Una propuesta de interpretación del párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución mexicana

El análisis precedente ha puesto de manifiesto no pocos problemas y dificultades que, en mi opinión, puede suscitar una interpretación del artículo primero *tomado en serio*. Sin embargo, pienso que puede plantearse una comprensión del mismo conforme a los tratados internacionales, pero también conforme al resto de la Constitución mexicana, a partir de tres ideas: la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas para articular el juego interpretativo entre los tratados y la Constitución; la consideración del artículo primero como un metacriterio de interpretación que penetra horizontalmente a todos los demás; y el entendimiento de la interpretación *de conformidad* en un sentido fuerte. Intentaré desarrollarlas.

1º Si la norma es considerada el resultado de la interpretación, los tratados internacionales sobre derechos humanos deberían emplearse siempre para la interpretación de los enunciados constitucionales sobre derechos humanos.

En ocasiones se olvida la obviedad de que las normas jurídicas no son producidas como tales o, dicho de otro modo, que los órganos que tienen atribuida la competencia para producir normas jurídicas sólo pueden darlas a conocer a sus destinatarios por medio del lenguaje. Por ello, me parece oportuno distinguir el resultado lingüístico de la actividad de los órganos con competencias normativas, y la norma jurídica como el resultado de la interpretación de ese material lingüístico: a) El *documento normativo*, de un lado, es decir un texto aprobado por la autoridad normativa como consecuencia del procedimiento seguido, por ejemplo, una ley, compuesto de enunciados o *disposiciones normativas*; b) El *contenido del documento normativo*, es decir, el significado otorgado a las disposiciones que lo forman tras su interpretación, para él parece adecuado reservar la denominación de *norma jurídica*.

Esta concepción de la norma jurídica presupone un concepto amplio de interpretación que la equipara con la simple comprensión de un enunciado. Ello no implica, sin embargo, renunciar a la distinción entre situaciones de duda y situaciones de claridad en relación con el significado que es atribuido a una disposición. Parece compatible mantener simultáneamente que la identificación de la norma jurídica expresada por una disposición exige siempre la interpretación (en sentido amplio) de ésta, y que hay ocasiones en las que el significado *prima facie* de la disposición es satisfactorio para un operador jurídico concreto en un determinado momento, pero en otras ese significado literal le plantea dudas y precede a la interpretación (en sentido estricto) de la disposición.

Si este planteamiento es compartido, se entenderá que la norma jurídica, al configurarse como el resultado de la interpretación, es una “construcción” del intérprete efectuada a partir del texto redactado por los órganos normativos, pero también de otros elementos textuales y/o extratextuales. Desde esa perspectiva, el párrafo segundo del artículo primero de la Constitución mexicana estaría obligando a que la determinación de las normas jurídicas que regulan los derechos humanos se realice a partir de la interpretación combinada (o, si se quiere, “sistemática”) de los enunciados constitucionales sobre la materia, con los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y no sólo en los casos de duda gramatical, es decir, cuando la redacción que la Constitución da a un determinado derecho plantea dudas sobre su alcance o, en general, sobre su significado, sino en cualquier acto de aplicación de cualquier derecho. Intentaré explicar por qué.

En contextos jurídicos, el concepto de interpretación que habitualmente es manejado la identifica con la resolución de dudas o de oscuridades del texto (“*in claris non fit interpretatio*”), de tal modo que cuando el enunciado objeto de interpretación es “claro” no habría interpretación sino simple aplicación. En coherencia con este concepto puede existir la inclinación, como ya he indicado, de entender el artículo primero como una pauta interpretativa para resolver las dudas u oscuridades de los enunciados constitucionales relativos a los derechos, de tal modo que cuando la disposición constitucional sobre la materia sea considerada “clara” no sería de aplicación la directiva interpretativa que remite a los tratados internacionales. Como puede apreciarse rápidamente, el concepto de interpretación descrito más arriba difiere notablemente del habitual en nuestra cultura jurídica, ya que identifica la interpretación con la comprensión de un enunciado normativo independientemente de las dudas, oscu-

ridades o discrepancias que su significado plantee. Con este concepto, cualquier acto de aplicación de los enunciados constitucionales en materia de derechos humanos requeriría su interpretación y, en consecuencia, la aplicación del artículo primero.

En definitiva, un entendimiento como el que se propone implica un cambio de perspectiva sobre el modo de entender los derechos reconocidos constitucionalmente. El párrafo segundo del artículo primero constitucional no es tomado como una simple pauta interpretativa que permita resolver las dudas o controversias de significado, sino como una verdadera ventana abierta a un sistema universal (o, en su caso, regional) de los derechos humanos tendente a propiciar su aplicación uniforme.

2° La directiva interpretativa del párrafo segundo del artículo primero de la Constitución mexicana no es una más, sino un verdadero metacriterio que traspasaría horizontalmente a todos los métodos para la interpretación jurídica.

La gran mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos contienen normas destinadas a regular la interpretación con la finalidad de eliminar o, cuanto menos restringir, el margen de discrecionalidad judicial, en definitiva, indicarle al juez cómo debe interpretar. En el Derecho mexicano ese papel lo cumplen, junto a la directiva establecida por el párrafo segundo del artículo primero que está siendo objeto de análisis, el artículo 14 de la Constitución y el artículo 19 del Código Civil Federal:

Artículo 14 de la Constitución. “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva 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”.

Artículo 19 del Código Civil. “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.

Junto a ellos, y a pesar de estar referidas a la interpretación del Derecho electoral, me parece interesante tomar en consideración las pautas fijadas por los artículos 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y 3.2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales:

Artículo 2 de la LGSMIME. “Para la resolución de los medios de impugnación previstos en esta ley, las normas se interpretarán conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional. A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios generales del derecho”.

Artículo 3.2 del COFIPE. “La interpretación se hará conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución”.

Pues bien, como en un punto anterior ya he señalado, efectuando una lectura de conjunto de todas esas pautas interpretativas constitucionales, del Código Civil, y de la legislación específicamente electoral, las situaciones reguladas desde el punto de vista interpretativo o, en general, de la aplicación judicial del Derecho en el ordenamiento jurídico mexicano serían tres:

- A) La disposición es aplicada conforme a la letra (artículo 14 de la Constitución y artículo 19 del Código civil).
- B) La disposición es aplicada interpretándola previamente (artículo 14 de la Constitución y artículo 19 del Código civil), por medio de los siguientes criterios (artículo 2 de la LGSMIME y artículo 3.2 del COFIPE):
 - a) Criterio gramatical.
 - b) Criterio sistemático.
 - c) Criterio funcional.
- C) Falta disposición expresa (ley) aplicable:
 - a) Principios generales del Derecho (artículo 14 de la Constitución, artículo 19 del Código civil, y artículo 2 de la LGSMIME).
 - b) Analogía (artículo 14 de la Constitución interpretado *a contrario sensu*).
 - c) Mayoría de razón (artículo 14 de la Constitución interpretado *a contrario sensu*).

Fijándome ahora en la situación de interpretación, uno de los problemas que plantea frecuentemente toda regulación de la interpretación es que carece de instrucciones acerca de cómo manejar los diferentes métodos de interpretación que menciona,

es decir, cuáles emplear en cada momento y en qué orden. Por ejemplo, las leyes electorales mexicanas, siguiendo la ya clásica tipología de Jerzy Wróblewski, establecen tres criterios para la interpretación: a) criterio gramatical (determina o justifica el significado de una disposición sin salir del texto objeto de interpretación, conforme a las reglas del lenguaje); b) criterio sistemático (determina o justifica el significado de una disposición acudiendo a su contexto normativo); y c) criterio funcional (determina o justifica el significado de una disposición teniendo en cuenta otros elementos o circunstancias diferentes al texto legal o al contexto normativo: la interpretación teleológica, la interpretación psicológica, que remite a la “intención” del legislador, la interpretación histórica, etcétera).

En otros trabajos sobre la interpretación en México, sobre todo en el ámbito electoral, ya expuse que, en mi opinión, el diseño de los criterios para la interpretación contenido en la Constitución, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y en la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral puede ser entendido como un conjunto de directivas que tienen en cuenta que las dudas y discrepancias interpretativas tienen una triple causa (gramatical, sistemática y funcional). Por ello, las reglas para la interpretación pueden ser reinterpretadas como un mandato dirigido al intérprete para que en la atribución de significado a los enunciados normativos se tenga en cuenta *siempre* no sólo el lenguaje empleado por el legislador, sino igualmente el contexto normativo del enunciado interpretado y la finalidad de la norma, sus consecuencias, la realidad social y otras circunstancias relevantes. Mi conclusión sería que, a la vista de lo señalado, ante una duda interpretativa para elegir uno de los significados posibles o ante una discrepancia para justificar el significado elegido, el intérprete debe emplear siempre reglas o instrumentos de interpretación de los tres tipos, sometiendo el significado propuesto a un triple control o test lingüístico, sistémico y funcional. Al menos por tres razones: a) porque, en caso de duda interpretativa, ése es el único modo de confirmar (o no) la idoneidad del significado sugerido por uno de los tipos de reglas de interpretación; b) porque, en caso de controversia interpretativa, sólo así puede determinarse si los argumentos a favor de otro de los posibles significados son o no más convincentes o persuasivos que los empleados para justificar el significado seleccionado; y c) porque con carácter general debe siempre justificarse por qué a un enunciado no se le asigna su significado lingüístico o el que se corresponda con la voluntad del legislador histórico que lo promulgó, justificaciones que exigen necesariamente el manejo de reglas de interpretación lingüísticas, sistémicas y funcionales.

Pues bien, esa propuesta creo que puede ser completada o reformulada como consecuencia de la nueva directiva interpretativa incorporada tras la reforma del artículo primero de la Constitución, ya que el deber de acudir a los tratados internacionales para el entendimiento de los derechos humanos recorre transversalmente cada uno de los tres criterios relevantes para la interpretación jurídica.

a) El contexto gramatical: como es bien conocido, en ocasiones puede ser el mismo lenguaje utilizado por las autoridades normativas el que origine dudas sobre cuál es la norma que una disposición expresa. Al utilizarse para redactar éstas el lenguaje vulgar, las indeterminaciones del mismo se trasladan a las formulaciones normativas. Es importante, de cualquier modo, resaltar que no existen términos o expresiones que estén a salvo de estos problemas lingüísticos, teniendo en cuenta la “textura abierta” del lenguaje. Pues bien, en materia de derechos humanos, la pauta interpretativa establecida en el artículo primero obligaría a dar un nuevo sentido al criterio gramatical. Deberán emplearse, en primer lugar, las definiciones legislativas que figuren en los tratados internacionales, no sólo para aplicar con el sentido que ellas indiquen los términos usados en los instrumentos internacionales, sino igualmente para entender conforme a las mismas, términos en ellos definidos pero empleados también en las disposiciones normativas mexicanas. En segundo lugar, tanto el sentido “técnico” de las palabras, como su sentido natural o general deberían interpretarse también de conformidad con lo indicado por el artículo primero de la Constitución. Por tanto, si los tratados internacionales, la jurisprudencia de los tribunales garantes de aquéllos o, incluso, la práctica de los tribunales nacionales extranjeros al aplicarlos, han consolidado un sentido técnico de términos empleados en la definición y garantía de los derechos, ése deberá ser el significado a asignar con preferencia a cualquier otro (incluido un eventual sentido técnico “interno”). Consideraciones idénticas cabría realizar a propósito del uso “general” de las palabras, el cual pasaría a ser el asentado en el ámbito internacional.

b) El contexto sistemático: aunque la identificación de la norma jurídica no se vea dificultada por problemas lingüísticos, o aunque éstos hayan sido ya resueltos por medio de la interpretación, si la norma jurídica obtenida otorga al caso individual una solución normativa incompatible o redundante con la formulada por otra disposición, pueden surgir dudas acerca de cuál es la solución normativa que debe darse al caso. Por ello, el contexto normativo del enunciado objeto de interpretación es importante tenerlo en cuenta a la hora de establecer su significado, es decir, la norma jurídica que formula. Pues bien, como consecuencia del criterio interpretativo del artículo primero,

los tratados internacionales deben pasar a ser considerados el contexto relevante a tener en cuenta a la hora de interpretar los enunciados constitucionales relativos a los derechos humanos.

c) El contexto funcional: por último, puede suceder que no surjan dudas lingüísticas ni sistémicas, pero la norma jurídica *prima facie* formulada por una disposición no sea considerada satisfactoria por diversos motivos, como, por ejemplo, por conducir a consecuencias injustas a juicio del operador jurídico de que se trate. En estos casos, tal vez surja en éste la duda de si ésa es la norma expresada por la disposición. Por ello, es preciso a la hora de asignar un significado a los enunciados normativos tomar en consideración otros factores diversos que pueden tener que ver con cuestiones ideológicas, con la eficacia o los efectos de un significado, con el sentido de justicia del juez, con la toma en consideración de la realidad social, etc. Como se apreciará rápidamente, todos los argumentos interpretativos “funcionales” adquieren un nuevo sentido como consecuencia del empleo de los tratados internacionales para la determinación del significado de los enunciados relativos a los derechos humanos. Por ejemplo, la finalidad perseguida por la regulación debería integrarse con la pretendida por los tratados, la intención del legislador remitiría inevitablemente a la de los redactores del instrumento internacional, la historia de la regulación o de las instituciones debe dejar de ser nacional y tomarse en consideración una perspectiva internacional, o los principios jurídicos deben estar referidos a los tratados.

3. La interpretación “de conformidad” no es mera ausencia de contradicción, sino conformidad en un sentido más “fuerte”, como elemento para la construcción de las normas sobre derechos humanos y como criterio de selección entre posibles significados.

Una de las principales dificultades de aplicación del párrafo segundo del artículo primero constitucional reside en definir cómo debe ser entendida la expresión “interpretación de conformidad”. Las posibilidades son básicamente dos: en un *sentido débil*, como simple compatibilidad, como ausencia de contradicción entre la regulación nacional y los tratados internacionales; o, en un *sentido fuerte*, como conformidad en sentido estricto, como “deducibilidad”. En consonancia con la postura que estoy defendiendo, de considerar esta pauta interpretativa como una puerta abierta para la creación de un sistema internacional de reconocimiento y protección de los derechos humanos basado en criterios mínimos comunes, conduce a entender esa conformidad en un sentido más fuerte e, incluso, como una verdadera pauta o directiva de segundo grado para justificar la selección de un significado entre los varios posibles de un enunciado. En ese sentido, ante dos significados atribuibles (o atribuidos) a una disposición en materia de derechos humanos, el artículo primero estaría obligando a optar por el

compatible con las normas internacionales frente al que no lo sea. Pero aún más: entre dos significados ambos compatibles con ellas, debería ser atribuido el “más conforme”, es decir, el que implique un cumplimiento más amplio de la norma internacional que lo consagre o garantice.

Conclusiones

Como tras cada reforma constitucional, el gran reto y la principal dificultad a la que se enfrenta el sistema jurídico mexicano, es integrar las nuevas disposiciones en el conjunto normativo preexistente con dos objetivos: conformar un ordenamiento coherente y la máxima eficacia de los preceptos incorporados, sobre todo en materia de derechos humanos.

En estas breves líneas he intentado proponer algunas ideas acerca de las dificultades para la integración del nuevo párrafo segundo del artículo primero en el entramado constitucional, dotándola de un sentido propio y coherente con su contexto normativo. Para ello, me parece imprescindible repensar o reinterpretar sistemáticamente otras disposiciones constitucionales como el deber de fundar y motivar del artículo 16, las pautas de interpretación del artículo 14 o el importante artículo 133 constitucional.

Además, he apostado por una interpretación *fuerte* del artículo primero que lo entienda como una puerta abierta para la incorporación al Derecho mexicano del Derecho internacional de los derechos humanos en su conjunto. Por ello, me parece que la determinación de cuáles son las normas en materia de derechos humanos exige ahora la interpretación conjunta de la Constitución con los tratados; que los tratados deben ser entendidos, no como un método de interpretación más, sino como un verdadero metacriterio que actúa al emplear cualquiera de los criterios interpretativos; y que la conformidad con los tratados no es mera ausencia de contradicción sino implementación de un conjunto de valores y principios consagrados por el entramado de tratados sobre derechos humanos de los que es parte México.

El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional

René Rubio Escobar*

SUMARIO: I. Introducción. II. La noción de “principio” en el Derecho y la relevancia de su identificación. III. Construcción y contenido del principio de efectividad con base en el derecho interno. IV. El principio de efectividad en el marco de la reforma constitucional. V. El principio de efectividad y la motivación judicial. Conclusiones.

I. Introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo motivó el inicio de una nueva época en la impartición de justicia federal. Ahora los órganos del Poder Judicial de la Federación enfrentan un reto histórico para afianzarse como garantes de los derechos fundamentales, que son materia de protección de mayor intensidad por parte de todos los órganos del Estado, por obligación expresa prevista en la Carta Magna. Paralelamente, el juicio de amparo sufrió modificaciones importantes que vienen a replantear algunos de sus conceptos básicos, como los efectos de la integración de jurisprudencia por reiteración, el amparo contra omisiones de la autoridad, incluso, por la insatisfacción de derechos sociales, etcétera.

Las líneas sobre las que se construyó la reforma al juicio constitucional permiten advertir que la finalidad del legislador fue que el amparo constituyera un medio más eficaz de lo que ya había sido para reparar las violaciones a los derechos fundamentales, que tuviera mayores alcances que antes, lo que ahora exige que los juzgadores federales amplíen el marco de conocimientos jurídico-culturales con la finalidad de

* Secretario adscrito al Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. Alumno de la Especialidad en Administración de Justicia en Juzgados de Distrito.

afrontar el examen a las violaciones de derechos humanos, sobre todo, de acuerdo a los instrumentos internacionales para su protección.

En ese orden de ideas, si puede decirse que se está ante un nuevo paradigma de la justicia constitucional, parece válido que exista también la posibilidad de replantear algunos de los postulados que han permanecido intocados en el juicio de amparo a lo largo de su historia, o bien, de incluir otros nuevos que lo identifiquen en su nueva etapa.

El objetivo de este breve trabajo es poner de manifiesto la existencia de un principio distinto a los que tradicionalmente se han considerado como fundamentales en el amparo: el *principio de efectividad*, con la finalidad de que sea incluido también en el catálogo de los fundantes de ese medio de control constitucional. Parece lógico y obvio que la efectividad es parte de cualquier proceso judicial; sin embargo, cabría reflexionar si lo sobreentendido realmente se cumple en todos los casos, si es correcto sobreentenderlo, o más bien, si es preciso tenerlo presente como obligatorio y asegurarse que la motivación que se despliegue en las resoluciones lo tenga presente al igual que como se toma el principio de definitividad, de instancia de parte agraviada, etcétera.

Para ello, primero expondré algunas nociones de *principios jurídicos*, describiendo la importancia de que sean identificados; posteriormente efectuaré una construcción inductiva que evidencie la existencia del principio de que se trata, exponiendo su contenido y finalmente, traeré a cuenta algunas disposiciones de los sistemas regional y universal de derechos humanos que se vinculan con el tema.

II. La noción de “principio” en el Derecho y la relevancia de su identificación

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, con base en el análisis de Carrió y Guastini, hacen mención de los diversos sentidos de *principio jurídico*, sin optar por uno en particular. No obstante, uno de esos sentidos es especialmente relevante para la justificación de este trabajo.

Me refiero a *principio* como “...*regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo”.¹

¹ “Sobre Principios y Reglas”, *Revista DOXA*, 10 (1991), p. 105. consultado en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf?portal=4.

Como un ejemplo de este tipo de máximas los autores referidos proponen el del legislador racional, "... para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla)".²

En un sentido similar, Aulis Aarnio propone que una acepción de los principios se identifica como un sinónimo de los denominados principios-valor o principios objetivo; entre ellos están los que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico; estos, pueden estar expresados en normas legales.³

Ahora bien, cuando la norma jurídica no está formulada en un modo que permita establecer directamente que una premisa general se trata de un principio, sino que estamos ante esas pautas generales que determinan el contenido del sistema jurídico o alguna de sus partes, para identificarlas puede efectuarse un proceso inductivo,⁴ es decir, el método intelectual que permite construir una conceptualización general a partir de las identificaciones particulares.⁵ Ese examen es posible a través del contenido de ciertas normas jurídicas, la interpretación que de ellas han dado los tribunales autorizados para crear jurisprudencia y eventualmente, la doctrina.

Pero ¿cuál es la relevancia de identificar si una premisa general se trata de un principio entendido como *regula iuris*? De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, los principios son razones para la acción al considerarlos como "...pautas dirigidas a las autoridades normativas y, más en concreto, a los órganos jurisdiccionales entendidos en sentido amplio (...) aquellos órganos a quienes el propio Derecho confiere el poder normativo para resolver autoritativamente las disputas en las pautas identificadas como jurídicas".⁶

² *Idem*.

³ Cfr. "Reglas y principios en el razonamiento Jurídico". Conferencia pronunciada por Aarnio en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña el día 24 de marzo de 2000, dentro del 11 Seminario Internacional de Filosofía del Derecho *¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas*, organizado por profesores del área de Filosofía de Derecho de dicha Universidad. Traducción del original inglés a cargo de Pedro Serna (Consultado en ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf, el 12 de octubre de 2011).

⁴ Sobre este punto es importante aclarar que la extensión de este trabajo no permite abarcar la discusión sobre si los principios, se extraen sí y sólo si existen normas jurídicas específicas que sirvan para la inducción; según Paolo Comanducci, esto es un rasgo de la Vulgata positivista. Cfr. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, en DOXA-21-II, consultable en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_07.pdf

⁵ Esta forma de identificar a los principios ha sido aceptada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 126, publicada en la página 104, Tomo VI, Común, Precedentes Relevantes de la SCJN, *Apéndice 1917-2000*, Quinta Época, del rubro: "PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO".

⁶ *Op. cit.*

Así, siendo los principios una razón para las decisiones jurisdiccionales, tienen un valor justificativo de éstas, lo que sugiere la gran importancia de su identificación, no para efectos meramente doctrinarios o académicos, sino como verdaderas pautas de carácter obligatorio para el juzgador, con la finalidad de que se cumplan con los rasgos ideológicos-valorativos del sistema jurídico del que se extraigan.

Cabe mencionar brevemente que, tratándose del juicio de amparo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen una serie de normas expresas previstas en la Constitución Federal y la ley reglamentaria, por cuya alta jerarquía definen los alcances, forma de tramitación y resolución de dicho medio de control de la constitucionalidad; se trata de principios que se extraen de normas específicas cuya observancia resulta determinante para resolver en juicio constitucional.

Para Arturo Serrano Robles, el juicio de amparo es regido por reglas o principios que lo estructuran, algunos de los cuales sufren excepciones atendiendo particularmente a la índole del quejoso, a la naturaleza del acto reclamado y aun a los fines del propio juicio⁷. En su concepto, los principios fundamentales del referencia son los siguientes: I. El de iniciativa o instancia de parte; II. El de la existencia del agravio personal y directo; III. El de relatividad de la sentencia; IV. El de definitividad del acto reclamado y V. El de estricto derecho⁸.

Los principios mencionados son *explícitos* en tanto existe una norma que los contempla: el primero, previsto en el artículo 107 fracción I, constitucional y 4º de la Ley de Amparo; el segundo deriva del último de los preceptos mencionados; el tercero, conforme al artículo 107 fracción II primer párrafo, de la Carta Magna y 76 de la ley de la materia; el cuarto, en la fracción III, del propio precepto constitucional así como los diversos 73 fracciones XII y XIII de la ley reglamentaria, y el último, de acuerdo a los artículos 79 y 190 de la Ley de Amparo.

Al margen de lo anterior, podemos advertir que la jurisprudencia ha reconocido principios del juicio de amparo que no están expresamente determinados en normas positivas con características de premisas generales *regula iuris*; tal es el caso del *principio de mayor beneficio*, según el cual, el juzgador de amparo debe realizar el examen

⁷ *Manual del juicio de amparo*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Themis, p. 31.

⁸ *Idem*.

preferencial de los conceptos de violación que de resultar fundados traerían como consecuencia resultados más favorables a la esfera jurídica del quejoso, lo que permite efectuar un examen distinto a lo que la técnica tradicional impone.⁹

III. Construcción y contenido del principio de efectividad con base en el derecho interno

De acuerdo con la Real Academia Española, en su primera acepción, *efectivo* es un adjetivo de real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal. En la segunda, es un sinónimo de eficaz.¹⁰ Conforme a la misma fuente, la *efectividad* es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.¹¹

En ese panorama, si el juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad que tutela los derechos humanos, entonces no puede considerarse que el constituyente lo haya instituido como un instrumento de carácter especulativo, o bien que con él se pretenda obstaculizar la actividad de los órganos del Estado, sino como un medio eficaz para que el gobernado encuentre defensa contra los actos arbitrarios del Estado que hayan incidido realmente en su esfera jurídica. En ese sentido Tania Groppi estima: “La efectividad de la justicia constitucional encuentra su aspecto central en la capacidad de las sentencias del juez de las leyes de poner remedio a las violaciones de la Constitución, restableciendo la legalidad constitucional violada”.¹²

Esta concepción se corrobora si se tiene presente que el amparo deriva de lo ordenado en la Constitución y que para interpretar los preceptos que la componen puede acudir al *argumento pragmático*. En torno a este tema, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas apunta que el argumento pragmático

⁹ Ese criterio fue sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P/J. 3/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXI, febrero 2005, página 5, de rubro: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.”

¹⁰ *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. Ed. Espasa, 2001. Tomo a/g., p. 865.

¹¹ *Idem*.

¹² “Corte Constitucional y principio de efectividad”. Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008. Traducción del italiano por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Consultada en http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/207_231.pdf, el 12 de octubre de 2011.

...es un argumento consecuencialista, es decir, un argumento que consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende (en nuestro caso, de la interpretación o el significado que se propone), a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario (o la inconveniencia de otra interpretación o significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan.

Lo característico del argumento pragmático es que el que lo utiliza no siente la necesidad de justificar ni la bondad de las consecuencias ni el nexo que une la causa con las consecuencias. Sobre ambos aspectos se considera que existe una especie de consenso, obtenido a través nociones ligadas a las ideas de lo normal, lo previsible o lo razonable.

Las consecuencias que el juez considera favorables o desfavorables al poner en práctica una argumentación pragmática pueden ser de cualquier tipo: sociales, económicas, morales, etc.; pero, como veremos dentro de un momento, en la justicia constitucional están más ligadas a principios o ideales que se consideran implícitos en el mandato del constituyente y que deben dirigir toda la actividad aplicativa del ordenamiento...¹³

Incluso, más específicamente tratándose de la interpretación constitucional, el autor mencionado refiere que el argumento pragmático se manifiesta en los principios del efecto útil y el principio de eficacia o efectividad, este último, según el propio autor al citar a Antonio Enrique Pérez Luño, tiende a dirigir y encauzar la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.¹⁴

La efectividad del amparo se puede identificar dentro de otras normas previstas en la ley reglamentaria; veamos algunos ejemplos:

El artículo 73 fracción X de la Ley de Amparo establece la improcedencia del juicio en los casos en que haya existido un cambio de situación jurídica, por la que no sea posible decidir sobre la constitucionalidad del acto reclamado sin afectar esa nueva situación. Esto es, de acuerdo con este precepto es innecesario el examen de constitucionalidad del acto reclamado si el efecto no podrá ser efectivo y reparatorio de la esfera jurídica del demandante de la protección federal. Este es un rasgo en sentido

¹³ *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 286.

¹⁴ *Ibidem*, p. 288.

negativo del principio de efectividad, en cuanto limita la procedencia del amparo si éste no tendrá el efecto para el que fue creado, es decir, la reparación de violaciones a los derechos fundamentales.

La efectividad en el amparo también se advierte de la regulación de las medidas cautelares, como la suspensión. De acuerdo a los artículos 123, 124 y 131 de la ley reglamentaria vigente, es necesario conservar la materia del amparo ante posibles daños de difícil reparación para el quejoso, lo que hace necesario suspender el acto reclamado en tanto se resuelve en definitiva el asunto. De otro modo el juicio constitucional carecería de efectividad, porque a pesar de que fuese declarado inconstitucional el acto de autoridad, sus efectos podrían traer como consecuencia una afectación irreparable para el inconforme. Incluso, la jurisprudencia relativa a los lineamientos para que el juzgador decida sobre la suspensión como la apariencia del buen derecho, también está dirigida bajo un principio de efectividad, lo que justifica que se efectúe un examen provisional de la constitucionalidad del acto reclamado, de tal suerte que si ese examen es favorable al quejoso, ello sirva como fundamento para salvaguardar su derecho en tanto se resuelve el juicio en el fondo.¹⁵

De igual modo, la jurisprudencia ha reconocido implícitamente el principio de efectividad. Existen diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dan al juicio de amparo y la protección que brinda, un enfoque efectivo y no meramente especulativo, entre los cuales pueden citarse los siguientes:

RESOLUCIONES JUDICIALES, FUNDAMENTO DE LAS. No es procedente conceder la protección contra un mandamiento judicial, por la circunstancia de que no se mencione expresamente el precepto legal en que se funda, si éste notoriamente existe, pues lo contrario entrañaría un excesivo rigorismo, y además, el otorgamiento del amparo para el efecto de que se subsanara la deficiencia, sólo conduciría a dictar una nueva resolución, *sin resultado práctico positivo*. [Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo LXXV, p. 445].

¹⁵ Tesis: P/J. 15/96. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, III, abril de 1996, p. 16, del rubro: "SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO".

ALEGATOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. DEBE AMPARARSE POR LA OMISIÓN DE SU ANÁLISIS SI CAUSA PERJUICIO AL QUEJOSO, COMO CUANDO EN ELLOS SE CONTROVIERTE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA O SE REFUTAN PRUEBAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 235 del Código Fiscal de la Federación vigente a partir del quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, las Salas del actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (antes Tribunal Fiscal de la Federación) deberán considerar en sus sentencias los alegatos presentados en tiempo por las partes; y en caso de omisión de dicho análisis que el afectado haga valer en amparo, corresponde al Tribunal Colegiado de Circuito del conocimiento analizar lo conducente; para ello debe tomar en consideración que en el supuesto de que efectivamente exista la omisión reclamada, ésta cause perjuicio a la parte quejosa como lo exige el artículo 4o. de la Ley de Amparo, para lo cual no basta que la Sala responsable haya dejado de hacer mención formal de los alegatos en su sentencia, pues si en ellos sólo se reiteran los conceptos de anulación o se insiste en las pruebas ofrecidas y tales temas ya fueron estudiados en el fallo reclamado, el amparo no debe concederse, porque en las condiciones señaladas no se deja a la quejosa en estado de indefensión y *a nada práctico conduciría conceder el amparo* para el solo efecto de que la autoridad responsable, reponiendo la sentencia, hiciera alusión expresa al escrito de alegatos, sin que con ello pueda variarse el sentido de su resolución original, lo que por otro lado contrariaría el principio de economía procesal y justicia pronta y expedita contenido en el artículo 17 constitucional. Por lo contrario, si de dicho análisis se advierte que se formularon alegatos de bien probado o aquellos en los que se controvierten los argumentos de la contestación de la demanda o se objetan o refutan las pruebas ofrecidas por la contraparte, entonces sí deberá concederse el amparo solicitado para el efecto de que la Sala responsable, dejando insubsistente su fallo, dicte otro en que se ocupe de ellos, ya que en este caso sí podría variar sustancialmente el sentido de la sentencia. [Segunda Sala, Tesis: 2a./J. 62/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, diciembre de 2001, p. 206].

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN FUNDADOS, PERO INOPERANTES. Si del estudio que en el juicio de amparo se hace de un concepto de violación se llega a la conclusión de que es fundado, de acuerdo con las razones de incongruencia por

omisión esgrimidas al respecto por el quejoso; pero de ese mismo estudio claramente se desprende que por diversas razones que ven al fondo de la cuestión omitida, ese mismo concepto resulta inepto para resolver el asunto favorablemente a los intereses del quejoso, dicho concepto, aunque fundado, debe declararse inoperante y, por tanto, en aras de la economía procesal, debe desde luego negarse el amparo en vez de concederse para efectos, o sea, para que la responsable, reparando la violación, entre al estudio omitido, toda vez que este proceder *a nada práctico conduciría*, puesto que reparada aquélla, la propia responsable, y en su caso la Corte por la vía de un nuevo amparo que en su caso y oportunidad se promoviera, tendría que resolver el negocio desfavorablemente a tales intereses del quejoso; y de ahí que no hay para qué esperar dicha nueva ocasión para negar un amparo que desde luego puede y debe ser negado. [Tercera Sala, Séptima Época, *Apéndice 2000*, tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN, p. 85, tesis 108].

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO EXISTE LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE SE PRODUZCAN LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA SENTENCIA CONCESORIA QUE, EN SU CASO, SE DICTE. De acuerdo con lo establecido en el artículo 80 de la Ley de Amparo y en la tesis de jurisprudencia número 174, publicada en la página 297 de la Octava Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1975, con el texto siguiente: “SENTENCIAS DE AMPARO. El efecto jurídico de la sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio constitucional, concediendo el amparo, es volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y los subsecuentes que de él se deriven.”; *y en virtud de que el juicio de garantías debe tener siempre una finalidad práctica y no ser medio para realizar una actividad meramente especulativa*, para la procedencia del mismo es menester que la sentencia que en él se dicte, en el supuesto de que sea favorable a la parte quejosa, pueda producir la restitución al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, de manera que se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de la violación cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, o cuando sea de carácter negativo (o constituya una abstención), se obligue a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. [Pleno, Tesis P./J. 90/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VI, diciembre de 1997, p. 9].

Así, cuando hablamos del principio de efectividad del juicio de amparo, hacemos referencia, inicialmente, a la pauta de carácter implícito en los preceptos y criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que orienta a los órganos jurisdiccionales que conocen de dicho juicio a resolver atendiendo a un sentido pragmático que incida eficazmente en la esfera de derechos del gobernado. Cuando el artículo 103 fracción I establece que corresponde a los tribunales de la Federación conocer de los juicios en que se aleguen violaciones a tales derechos, una primera interpretación permitiría considerar que el juicio de amparo puede y debe subsanar *toda violación a tales derechos*, sin importar su magnitud. Es decir, el constituyente estableció el juicio de amparo para reparar todo acto arbitrario de la autoridad del Estado.

Sucede lo mismo con lo ordenado en el artículo 80 de la Ley de Amparo, el cual dispone que la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar el derecho de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que el propio derecho exija. De lo cual podríamos inferir que el amparo está a disposición de los gobernados como medio de control constitucional para abatir cualquier violación a los derechos fundamentales.

Pero lo cierto es que si aceptáramos lo dispuesto en esas disposiciones de manera literal, sin mayores reflexiones, podría llegarse al extremo de que cualquier vicio en los actos de las autoridades debería derivar en la anulación de estos si se someten al examen de constitucionalidad que es propio del juicio de amparo, encontrándonos en la práctica que ese modo de proceder implica en muchos casos, dar a ese medio de control constitucional efectos especulativos sin poder contribuir a la resolución pronta de las controversias ordinarias, lo que sin duda propicia una idea equivocada en la sociedad en torno al juicio constitucional y que fomenta su desconocimiento por rechazo sistemático.

Por ello es que el amplio ámbito de protección los derechos humanos debe orientarse a tutelar al individuo de manera tal que trascienda efectivamente a su esfera jurídica y no se utilice solamente (por parte de quien promueva el juicio) para entorpecer la actividad del Estado, o bien, en los casos del amparo judicial, para obstaculizar el goce de los derechos de la contraparte del quejoso.

IV. El principio de efectividad en el marco de la reforma constitucional

La reciente reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos, da una connotación mayor al principio de efectividad. De acuerdo al nuevo artículo 1º de la Constitución Federal, todas las personas gozarán de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Tratándose del sistema regional de protección a los derechos humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.1 relativo a la protección judicial, establece expresamente que el recurso que ampare contra actos violatorios de derechos fundamentales debe ser *efectivo*:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En torno a este precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado lo siguiente:

191. Esta Corte ha reiterado que no es suficiente que dichos recursos existan formalmente sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención. En otras palabras, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra las violaciones de derechos fundamentales. Dicha garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.¹⁶

¹⁶ Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Consultada en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf

En el sistema universal de protección, la Carta de las Naciones Unidas, en el artículo 55, inciso c), dispone la efectividad del respeto a los derechos humanos, para lo cual los Estados deberán promover acciones concretas:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

[...]

c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

En torno a estos preceptos es oportuno hacer una distinción sobre el contenido cualitativo que debe observar la actividad del Estado o del medio de defensa de los derechos humanos para que realmente sean efectivos: si la efectividad implica que se logren los fines para lograr los efectos que se esperan, entonces cada uno de los elementos susceptibles de ser apreciados bajo un estándar de efectividad deben lograr ese objetivo.

En efecto, si el medio de defensa del que debe gozar el gobernado para lograr la protección de sus derechos debe ser rápido y sencillo, la efectividad del amparo no solamente debe medirse en relación con los efectos de la sentencia sino también con su tramitación en cuanto a la agilidad y prontitud; las medidas cautelares como la suspensión para preservar la materia del juicio y además la ejecución del fallo, dado que todos los anteriores elementos pueden ser susceptibles de examinarse frente a estándares de efectividad en relación con los fines para los cuales están previstos. En otras palabras, carece de relevancia y es infractora de las normas internacionales que acaban de transcribirse, si la sentencia de fondo es favorable al quejoso pero se dicta tardíamente, si es consecuencia de un procedimiento que causó daños de difícil reparación, si fue lento, si se entorpeció, etcétera. De igual forma será nugatorio un fallo favorable si no se procura su ejecución en los plazos que establece la ley.

Como puede apreciarse existe una interrelación entre los elementos que conforman el juicio respecto del fallo que se dicte, que determinan el carácter efectivo o no del amparo y permiten medir si realmente se observan las disposiciones que, como acaba de verse, exigen la efectividad del medio de defensa y la actividad del Estado para el respeto de los derechos humanos. De ahí que si el juzgador de amparo observa el principio de efectividad como

razón para las acciones que desarrolle en el juicio, no podrá limitarse al efecto de la sentencia sino también al resto de los elementos del medio de control que puedan ser sujetos a una calificación de efectividad.

Por otra parte, en lo que corresponde a la materia de amparo, específicamente en la vía directa, el constituyente mexicano reconoció la importancia del principio de efectividad. Esta circunstancia se infiere de lo ordenado por el nuevo texto del artículo 107, fracción III, inciso a) de la Constitución Federal, en cuanto prevé la procedencia del amparo en forma adhesiva:

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

Conforme a esta nueva disposición, el amparo adhesivo permitirá que se examinen las violaciones que ambas partes hagan valer, lo que necesariamente redundará en la prontitud de la impartición de justicia, y por ende, en la efectividad de las sentencias, de tal suerte que el amparo directo propicie su reparación oportuna.

V. El principio de efectividad y la motivación judicial

La exposición efectuada en el punto anterior tiene como finalidad poner de relieve la importancia que tiene la aceptación e incorporación dogmática del principio de efectividad en el juicio de amparo, con la finalidad de que constituya una razón para la acción de los juzgadores constitucionales.

Incluso, para satisfacer la exigencia del Derecho internacional de protección de los derechos humanos, es necesario que la sentencia por la que se ponga fin a un juicio contenga las razones por las que se estima que el sentido de la sentencia satisface el principio de efectividad, en tanto que la tramitación del juicio, el fallo y la ejecución respondan eficazmente a los fines que se esperan de ellos.

Sin embargo, el mayor reto del juzgador al momento de decidir y justificar que los actos materia del juicio han cumplido con el principio de que se trata será determinar qué es efectivo en el caso concreto. Este reto es el que plantea el nuevo enfoque

del juicio de amparo como medio para lograr el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. No debe olvidarse que la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos tiene la posibilidad de examinar la actuación de los Estados (de uno de sus poderes), con el objeto de determinar si se han observado los lineamientos de efectividad que marcan los instrumentos como los que se han mencionado, lo cual exige el cumplimiento de este principio con la misma rigurosidad que se hace en el resto de los que hasta ahora se han considerado como fundamentales.

Conclusiones

1. Los principios jurídicos se constituyen como razones para la acción en el proceso justificatorio de las resoluciones jurisdiccionales, de ahí la importancia de su identificación.

2. Del proceso de interpretación de diversos preceptos de la Ley de Amparo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es posible construir el principio de efectividad en el amparo, que rige como pauta para la decisión de los tribunales que conocen de dicho juicio con la finalidad de salvaguardar eficazmente los derechos fundamentales.

3. El principio de definitividad es observable en todos los elementos que componen al propio juicio susceptibles de apreciarse bajo *un estándar de efectividad*, como la tramitación, la resolución y la ejecución.

4. La motivación judicial es determinante para justificar si la decisión del juzgador observa el principio de efectividad; debe ser una motivación explícita, con la finalidad de dar a conocer a las partes los alcances de la resolución de que se trata.

5. La observancia del principio de efectividad debe tener el mismo rigor con que se efectúa el examen del resto de los principios tradicionalmente aceptados y concebidos como fundamentales.

El deber de motivación adecuada como pieza de articulación de los sistemas nacional e internacional de derechos humanos*

Fernando Silva García**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Autosuficiencia constitucional en la protección de derechos humanos?* III. *El deber de motivación adecuada como pieza de articulación de los sistemas nacional e internacional de protección de derechos humanos*. IV. *¿Jurisprudencia interamericana orientadora; sentencias nacionales desorientadas?*. V. *Algunas conclusiones*

I. Introducción

El sistema de derechos humanos contenido en la Convención Americana es derecho invocable y aplicable directamente por todos los operadores jurídicos del Estado mexicano, tomando en cuenta que México es parte de la Convención desde el 24 de marzo de 1981 y, especialmente, desde que nuestro país vino a reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana desde el 16 de diciembre de 1998. De forma que, desde hace más de 10 años, este sistema de derechos humanos forma parte del

* Conferencia impartida en Tuxtla Gutiérrez, el 24 de septiembre de 2011.

** Juez de Distrito. Doctor en Derecho Público. Sobre el tema, véase Silva García, Fernando. *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa 2007. Silva Meza, Juan N. (et al.) *Derechos Fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, Porrúa 2009 (Prólogo de Luigi Ferrajoli). Ferrer MacGregor, Eduardo; Silva García, Fernando. *El Caso Castañeda. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*. Porrúa 2009 (Prólogo de Carlos Ayala Corao); Ferrer MacGregor, Eduardo; Silva García, Fernando. *Jurisdicción Militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa 2011 (Prólogo de Diego García Sayán); y Ferrer MacGregor, Eduardo; Silva García, Fernando. *Feminicidios de Ciudad Juárez. El Caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa 2011 (Prólogo de Cecilia Medina Quiroga).

derecho directamente vinculante para todos los jueces nacionales. También es verdad que, recientemente, este sistema internacional de derechos humanos se ha visto *reforzado* por el artículo 1º de la Constitución mexicana, adicionado mediante decreto publicado el 10 de junio del 2011, al establecer, entre otras importantes cuestiones: *que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

De manera que, a partir de esas tres fechas importantes, el sistema jurídico se ha transformado, ha habido un cambio que puede sintetizarse en dos ideas centrales: *Primero*: Actualmente existen dos sistemas complementarios de protección de derechos humanos en el Estado mexicano: i) el sistema de fuente nacional y ii) el sistema de fuente internacional. *Segundo*: El artículo 1º constitucional obliga a todos los jueces nacionales a armonizar y/o articular el sistema constitucional e internacional de derechos humanos. Los jueces deben aplicar e interpretar los derechos humanos a la luz, ya no sólo de la Constitución, sino que deben complementar y perfeccionar sus contenidos mediante lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia, *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

¿Cuál es la relevancia de ese dualismo para los jueces? ¿Tiene alguna trascendencia acudir a los tratados internacionales sobre derechos humanos? ¿Es necesario complementar la jurisprudencia constitucional mediante la jurisprudencia internacional? ¿Cómo podrían articularse normativamente los sistemas nacional e internacional de derechos humanos? ¿La jurisprudencia internacional es meramente orientadora o tiene alguna eficacia normativa?

II. ¿Autosuficiencia constitucional en la protección de derechos humanos?

Cuando leemos el catálogo de derechos humanos previsto en la Constitución y el catálogo previsto, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podríamos llegar a una primera conclusión: al parecer los derechos que protege la Constitución son los mismos que los que protege el Pacto de San José. Se han alzado voces, inclusive en el Pleno de la SCJN, en el sentido de que la Constitución protege todos los derechos humanos que tutela la Convención, con lo cual resultaría irrelevante esta garantía internacional suplementaria y adicional de tutela. Sin embargo, de una lectura más detenida, vamos a descubrir que, aunque existen algunas coincidencias

entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia interamericana, desafortunadamente no son equivalentes, especialmente porque el sistema interamericano contiene una protección más evolucionada de los derechos humanos que la que se ha reconocido hasta la fecha en el sistema constitucional nacional. Y aquí vamos a poner 10 ejemplos para demostrarlo.

1. *Derecho a la vida*

A diferencia de la interpretación uniforme y consistente sobre el derecho a la vida por parte de la Corte Interamericana, la Suprema Corte ha llegado a conclusiones antagónicas e inciertas con respecto a dicho derecho fundamental.

En la sentencia constitucional dictada los días 29 y 30 de enero de 2002, en la Acción de inconstitucionalidad 10/2000, el Pleno de la Suprema Corte determinó que del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución, se desprende que “(...) protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos (...)”.¹

Posteriormente, en una diversa decisión, dicha interpretación evolucionó para dar lugar al reconocimiento de una dimensión procesal del derecho a la vida. Específicamente, en el caso *Atenco* (Dictamen en el expediente 3/2006 sobre violación grave de garantías individuales)², el Pleno de la Suprema Corte determinó que

(...) Esas leyes son necesarias, porque su inexistencia, como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en las resoluciones de ella citadas en considerandos previos de este Dictamen, es violatoria de los derechos humanos. Particularmente del derecho a la protección de la vida (en su vertiente positiva) y de integridad personal (física y psicológica, vertiente positiva), pues conforme a estos derechos humanos, cuyo respeto es deber del Estado, éste debe realizar acciones, incluyendo las de orden legislativo, que coadyuven al respeto y ejercicio de estos derechos del hombre; y, además, porque la ausencia acusada da paso a que la fuerza pública sea ejercida irresponsablemente, sin

¹ Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

² El Ministro encargado de esa parte del engrose fue José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria de Estudio y Cuenta María Amparo Hernández Chong Cuy.

apego a los derechos reconocidos en el derecho humanitario a toda persona y particularmente a las personas objeto de una acción policíaca, y que son recogidos y tutelados por nuestra Constitución (...).

Seis años después ese desarrollo constitucional del derecho a la vida pasó totalmente inadvertido; particularmente en la sentencia dictada el 28 de agosto de 2008 en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada bajo la Ponencia del Ministro Cossío Díaz (Secretario: Raúl Mejía Garza), en la que el Pleno de la SCJN, en una decisión integralmente dividida, expuso que la Constitución *no protege el derecho a la vida*, al considerar lo siguiente:

“Los conceptos de invalidez en los que se expresan los argumentos tendientes a demostrar lo anterior resultan infundados en atención a lo siguiente:

I. ¿SE ENCUENTRA EL DERECHO A LA VIDA CONTEMPLADO POR LA CONSTITUCIÓN MEXICANA?

(...)

Hasta este momento, sin embargo, no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional y, por ende, en este momento no resulta apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este *hipotético derecho* pudiera oponible al resto de los derechos constitucionales (...).

(cursivas añadidas)

Frente a dichos vaivenes de la jurisprudencia nacional, la Corte Interamericana tiene una vasta, uniforme y sofisticada jurisprudencia en la que reconoce múltiples dimensiones al derecho a la vida. La Corte Interamericana ha interpretado que el derecho a la vida es prerequisite de otros derechos humanos y tiene carácter inderogable e inalienable; que su protección efectiva conlleva deberes negativos y positivos a cargo del Estado; que del derecho a la vida dimana el deber de investigar efectivamente los hechos que atenten contra dicho bien fundamental; que el Estado tiene un deber de prevención razonable ante cualquier riesgo real e inmediato de su violación; que la protección efectiva del derecho a la vida obliga al legislador a emitir leyes penales para

su salvaguarda.³ Inclusive, la Corte Interamericana protege el derecho a la *vida digna*; y ha llegado a declarar inconvencional la omisión del Estado de dotar de agua y servicios de salud a comunidades y personas en situación precaria.⁴

Al respecto, es preciso apuntar que las recientes discusiones sobre el tema relativo a la penalización de la interrupción del embarazo (Baja California) tampoco han resultado suficientes para brindar un tratamiento uniforme sobre la protección del derecho a la vida y su relación con otros derechos fundamentales.

2. Prohibición de impunidad. Prescripción de crímenes internacionales

La Primera Sala de la SCJN, por mayoría de cuatro votos, declaró que el crimen de genocidio era prescriptible (Ponente: Ministro Cossío Díaz; Secretario: Raúl Mejía Garza), en un determinado momento histórico en nuestro país.⁵ Frente a dicho entendimiento, la Corte Interamericana ha señalado en jurisprudencia constante que las leyes nacionales que prevén la figura de la prescripción, tratándose de crímenes internacionales, son contrarias a la Convención Americana; particularmente al derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva de los artículos 8 y 25 de dicho instrumento internacional.⁶

3. Acceso a la justicia: Interés jurídico de víctimas y familiares

El Pleno de la SCJN, por mayoría de votos, afirmó que la víctima del proceso penal carece de “interés jurídico” para promover juicio de amparo contra los actos a través de los cuales la jurisdicción militar asume competencia para conocer de un determinado

³ Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192; etcétera

⁴ Caso Comunidad *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

⁵ Sentencia de 15 de junio de 2005, en el recurso de apelación 1/2004-PS, derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS.

⁶ Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; Caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

asunto.⁷ En un sentido similar, la Primera Sala tiene diversos criterios en los que declara que la víctima u ofendido carece de interés jurídico para impugnar la negativa a librar orden de aprehensión o el auto de libertad por falta de elementos.⁸

Por el contrario, la Corte Interamericana ha establecido que la participación de la víctima en procesos penales no debe estar limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos los derechos fundamentales a conocer la verdad y de tutela judicial efectiva.⁹ Para la Corte Interamericana, es necesario un equilibrio entre el debido proceso del inculpado y el derecho a la verdad de la víctima y sus familiares.¹⁰ Y no sólo eso, la víctima y sus familiares tienen un derecho fundamental a una investigación seria, imparcial, efectiva y de oficio, en caso de violaciones a derechos humanos.¹¹ De manera que se actualiza una violación a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, ante el incumplimiento del deber de investigar efectivamente los hechos denunciados.¹²

En forma paralela, la Segunda Sala de la SCJN, en materia de responsabilidades de los servidores públicos, ha resuelto constantemente que el denunciante carece de interés jurídico para impugnar en amparo la resolución que declara improcedente la queja.¹³

⁷ Amparo en Revisión 989/2009, caso *Reynalda Morales*, resuelto el 10 de agosto de 2009.

⁸ Véase, por ejemplo, la jurisprudencia 1a./J. 54/2008, con registro 168612, Primera Sala, Materia: Penal, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, octubre de 2008, página 223: "LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ELLA EL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO CUANDO SE RECLAMA LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, EN TANTO QUE NO AFECTA EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO".

⁹ Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

¹⁰ Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

¹¹ Caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138; Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

¹² Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 226.

¹³ Véase, por ejemplo, la jurisprudencia 2a./J. 1/2006, de registro 176129, Instancia: Segunda Sala. Materia: Administrativa. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, enero de 2006, página: 1120: "RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL DENUNCIANTE DE LA QUEJA ADMINISTRATIVA CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE LA DECLARA IMPROCEDENTE".

Contrariamente a dicho entendimiento, la Corte Interamericana ha resuelto que las víctimas tienen un derecho fundamental a participar en los procedimientos de carácter disciplinario, como manifestación del derecho de acceso a la justicia.¹⁴

4. *Arraigo domiciliario*

Desde el año de 1999, la Suprema Corte interpretó que el arraigo penal viola las libertades personales y de tránsito de los individuos, porque dispone de éstas en la fase de averiguación previa, en que todavía no existen datos que conduzcan a la probable responsabilidad del individuo.¹⁵ Sin embargo, el Poder de Reforma revirtió dicha jurisprudencia y adicionó el artículo 16 constitucional a efecto de reconocer el arraigo domiciliario como una forma de restricción de la libertad personal.¹⁶

¹⁴ Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

¹⁵ Véase la tesis 1a./J. 78/99, con número de registro 192,829, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, X, noviembre de 1999, página: 55: "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL". (Contradicción de tesis 3/99. 20 de octubre de 1999). Tesis XXII/2006 del Pleno, "ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". (Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua.- 19 de septiembre de 2005.- Mayoría de cinco votos; votaron en contra Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ausentes José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza).- (Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza). Tesis XXIII/2006 del Pleno: "ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO II DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". (Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- 19 de septiembre de 2005).

¹⁶ Actualmente, el artículo 16 de la Constitución mexicana la regula en los términos siguientes: "Art. 16. (...) La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. (...)".

Al respecto, vale la pena recordar que la Corte Interamericana ha establecido que

(...) De la obligación de respeto al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, dimana el deber de los Estados de adecuar su Constitución nacional al Pacto de San José.¹⁷

Asimismo, para la Corte Interamericana, toda restricción a la libertad personal debe respetar el principio de presunción de inocencia; el Estado puede ordenar la restricción de la libertad, en forma preventiva, únicamente *cuando existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia*.¹⁸ Bajo esos parámetros, podríamos pensar que el arraigo domiciliario previsto en la Constitución mexicana no satisface las exigencias establecidas por la Convención Americana, en tanto que se tolera la restricción de la libertad personal en la fase indagatoria, es decir, cuando apenas se están integrando los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga.

5. Prisión preventiva

La SCJN ha interpretado que conforme al artículo 20 constitucional, inmediatamente que el inculcado por un delito lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, *siempre y cuando no se trate de delitos graves respecto de los cuales la ley expresamente prohíba conceder este beneficio*; además, en caso de delitos no graves el juzgador podrá, a solicitud del Ministerio Público, negar la libertad provisional cuando

¹⁷ (...) 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.” Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹⁸ Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008 Serie C No. 189.

el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el representante social aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad.¹⁹

Frente a dicho entendimiento, la Corte Interamericana ha resuelto en jurisprudencia uniforme y reiterada que resulta inconveniente que la prisión preventiva sea determinada en abstracto por el tipo de delito que se impute al individuo, ya que aquélla debe justificarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.²⁰ Es por ello que el sistema jurídico mexicano, de manera inconveniente, otorga un tratamiento excepcional a la libertad provisional bajo caución; es decir, la prisión preventiva opera como regla general, lejos de ser una excepción; máxime que el artículo 20 constitucional establece que siempre y en todos los casos debe dictarse prisión preventiva tratándose de los delitos graves, así calificados por la ley, sin importar las circunstancias fácticas respectivas.

6. Prisión vitalicia

La SCJN en octubre de 2001 declaró que la pena de prisión vitalicia es inconstitucional por ser inhumana, cruel, infamante, excesiva y apartarse de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 constitucional, que es la readaptación social del delincuente.²¹ En febrero de 2006, la SCJN revirtió dicha jurisprudencia y reincorporó la prisión vitalicia al sistema jurídico mexicano, al interpretar que aquélla no constituye una pena prohibida por la Constitución.²²

¹⁹ “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* DE 18 DE JUNIO DE 2008)”. (Novena Época. Primera Sala. Tesis aislada CVI. Amparo en revisión 795/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles).

²⁰ Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, entre otros.

²¹ Tesis de Jurisprudencia P/J. 127/2001, con número de registro 188542. Instancia: Pleno, Materia(s): Constitucional, Penal. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XIV, octubre de 2001, página 15: “PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL”.

²² Tesis de Jurisprudencia P/J. 1/2006 con número de registro 175,844. Instancia: Pleno. Materia(s): Constitucional, Penal. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, febrero de 2006, página 6: “PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

El artículo 4.3 de la Convención Americana dispone que: “(...) No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido (...)”; lo cual ha sido reiterado por la Corte Interamericana en diversos asuntos.²³ De manera que, desde cierta perspectiva, esa reincorporación jurisprudencial de la prisión vitalicia en nuestro sistema jurídico contradice los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Derecho a la información

El Pleno de la Suprema Corte, por mayoría de votos, resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 49/2009, el 9 de marzo de 2010, en el sentido de validar la facultad legal de la Procuraduría General de la República de negarse a brindar la información requerida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando a juicio de aquella pudieran comprometerse las investigaciones en curso o la seguridad de personas.

Frente a dicha interpretación, la Corte Interamericana determinó que ningún órgano del Estado puede dejar de aportar la información requerida por autoridades judiciales u otras encargadas de la investigación de violaciones a derechos humanos. En dicho asunto, la Corte Interamericana también consideró que la garantía del derecho a la información no puede estar en manos de la autoridad a quien se imputa la comisión del ilícito que se pretende investigar.²⁴

8. Disciplina judicial

La jurisprudencia interamericana no sólo es relevante para los jueces nacionales, sino para todos los operadores jurídicos, incluido el Consejo de la Judicatura Federal. Es muy común que los órganos de disciplina del Consejo de la Judicatura Federal consideren como criterio relevante y central de evaluación, las sentencias de los jueces que son revocadas por los Tribunales de Circuito.

²³ Véase, entre otros, caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133.

²⁴ Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Al respecto, la Corte Interamericana ha desautorizado dicho criterio de evaluación y ha establecido que:

(...) los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior²⁵. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones (...).²⁶

9. *Derecho administrativo: Derechos humanos vs. "orden público"*

En el sistema jurídico mexicano parece que es mayoritario el entendimiento consistente en que el orden público *siempre* triunfa sobre los derechos humanos del individuo. Por ejemplo, la Segunda Sala resolvió en el año 2008 que determinada disposición legal

(...) no viola la garantía de libertad de comercio (...), en razón de que tal limitación (...) otorga prioridad al interés de la colectividad sobre el particular (...).²⁷

Esa lógica también se encuentra contenida en el artículo 124 de la Ley de Amparo al establecer que los jueces de amparo siempre deben negar la suspensión del acto reclamado cuando ello contravenga disposiciones de orden público o se siga perjuicio al interés social.

Para la Corte Interamericana, la invocación del orden público no triunfa *siempre* sobre los derechos humanos del individuo. En tal sentido, la Corte Interamericana ha considerado que la Administración no puede invocar el orden público para reducir

²⁵ Ver al respecto el Principio A, párr. 4 (n) 2 de los Principios y Directrices Relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África adoptados como parte del Informe de Actividades de la Comisión Africana en la Segunda Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana, celebrada en Maputo, Mozambique, del 4 al 12 de julio de 2003.

²⁶ Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

²⁷ Tesis Aislada 2a. CXXVII/2008 con número de registro 168764. Instancia: Segunda Sala. Materia(s): Constitucional, Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, septiembre de 2008, página 283: "SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA. EL ARTÍCULO 29, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY PARA REGULARLAS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10. DE FEBRERO DE 2008)".

discrecionalmente las garantías de los administrados.²⁸ La Corte Interamericana admite restricciones a los derechos humanos sustentados en el orden público; sin embargo, ha interpretado que las restricciones a los derechos humanos deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

Es verdad que el Pleno de la SCJN, distintos jueces y tribunales colegiados de circuito hemos ido incorporando el principio de proporcionalidad como límite de las restricciones a los derechos humanos.²⁹ Sin embargo, los datos mencionados revelan que todavía existe una idea judicial y legislativa consistente en que el interés público triunfa incondicionalmente sobre los derechos del individuo; lo cual constituye una noción que debe revisarse a la luz de la jurisprudencia interamericana.

10. Omisión legislativa

Otro de los dogmas presentes en nuestro sistema jurídico radica en la idea consistente en que el juicio de amparo es improcedente para reclamar omisiones legislativas.³⁰

Frente a dicha concepción, la Corte Interamericana ha sido muy clara en establecer que las omisiones legislativas son susceptibles de violar derechos humanos; y ha establecido que el Estado tiene el deber de *expedir* normas conducentes para la efectiva observancia de los derechos humanos.³¹

²⁸ Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

²⁹ Véase, por ejemplo, Tesis de Jurisprudencia P./J. 130/2007 con número de registro 170740. Instancia: Pleno. Materia: Constitucional. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVI, diciembre de 2007, página 8: "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA".

³⁰ Tesis: P. CLXVIII/97 con número de registro: 197222. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, VI, diciembre de 1997, página: 180: "LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL". Tesis de Jurisprudencia P./J. 134/2008 con número de registro 198633. Instancia: Pleno. Materia: Administrativa. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, octubre de 2008, página 43: "ISSSTE. LA LEY RELATIVA, AL NO REGULAR EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROPIEDAD DEL INSTITUTO, CONSTITUYE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE NO ES REPARABLE EN EL JUICIO DE AMPARO".

³¹ Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. Caso *Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, entre otros.

Es verdad que, recientemente, el Pleno de la SCJN, el 22 de abril de 2010, declaró fundada la Controversia Constitucional 25/2008 en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del retiro voluntario de los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del propio Estado. Asimismo, el Pleno ha admitido la omisión legislativa en Acciones de Inconstitucionalidad. Por fortuna y curiosamente antes que la SCJN, la clase política tuvo a bien establecer en el artículo 103 constitucional, recientemente reformado, que es posible la impugnación de omisiones de los poderes públicos violatorias de derechos humanos. Sin embargo, los criterios mencionados son reveladores de que existe todavía esta inercia de considerar que el juicio de amparo es improcedente contra la omisión legislativa. Por lo cual, es necesario revisar esta noción a fin de evitar que el Poder Legislativo pueda disponer de algunos derechos humanos que requieren de una ley para ser plenamente eficaces.

Hasta aquí con los ejemplos.

Existen más temas en que los tratados internacionales protegen en forma más profunda y eficaz los derechos humanos frente a lo que ha desarrollado, hasta el momento, la Constitución y la jurisprudencia de la SCJN. Los ejemplos expuestos son suficientes para demostrar que la Constitución no ha sido autosuficiente para proteger los derechos de las personas en el Estado mexicano. Es cierto que, en los últimos años, ha habido algunos avances en la protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional nacional; no obstante, lo cierto es que allí están esas sentencias, leyes y prácticas judiciales manifiestamente desfasadas y contrarias a la jurisprudencia internacional. Al parecer, el reto ahora es conocer y estudiar la jurisprudencia interamericana, a fin de alcanzar los niveles de protección que actualmente nos exige el artículo 1º constitucional, el Pacto de San José y demás tratados internacionales; ello para evitar situaciones de inconstitucionalidad, así como mayor número de sentencias condenatorias contra el Estado mexicano.

III. El deber de motivación adecuada como pieza de articulación de los sistemas nacional e internacional de protección de derechos humanos

De conformidad con los artículos 1, 14 y 16 constitucionales, todos los jueces tienen la obligación de justificar nuestras decisiones, conforme al derecho vigente. Por tanto, todos los jueces deben considerar las leyes, la Constitución y los tratados internacionales al

emitir nuestras resoluciones judiciales. Al respecto, resulta ilustrativa la tesis siguiente:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO TRATÁNDOSE DE NORMAS INTERNACIONALES. Los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano y las resoluciones de los órganos de garantía creados a partir de tales instrumentos, constituyen normas que forman parte del derecho positivo mexicano, de donde deriva que deban aplicarse e invocarse por los poderes públicos cuando resulte necesario e imprescindible justificar, mediante su contenido normativo, los actos de autoridad que emitan en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ello no conduce a determinar que en todos los casos la ausencia de invocación y aplicación de las normas internacionales sobre la materia respectiva produzca violación a las garantías de exacta aplicación de la ley, fundamentación y motivación previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello ocurrirá únicamente en caso de que, sin la referencia a las normas internacionales, resulte insuficiente o inadecuada la justificación jurídica de la actuación pública respectiva, lo que deberá valorarse en cada caso por el Juez Constitucional. (Novena Época. Segunda Sala. Registro: 164051. Amparo en revisión 1922/2009. Met-Mex Peñoles, S.A. de C.V. y otra. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García).

A partir del *deber de motivación adecuada*, podríamos pensar que el juez nacional estaría en posibilidad de articular los dos sistemas de protección de derechos humanos (nacional e internacional) que actualmente están vigentes.

Para ejemplificar esta idea, vamos a regresar al ejemplo del arraigo domiciliario.

Conforme al artículo 1º constitucional reformado, es muy claro que, actualmente, el juez nacional debe examinar que los actos respeten la Constitución y que además respeten los tratados internacionales.

De forma que el arraigo domiciliario, para ser válido, no sólo debe respetar las exigencias del artículo 16 constitucional, consistentes en que se dicte por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, tratándose de delitos de delincuencia organizada, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder (por regla general) de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

A dichas condiciones de validez se suman ahora las exigencias de la Convención Americana. Concretamente, podríamos pensar que toda solicitud u orden de arraigo será válida cuando se cumplan las formalidades del artículo 16 constitucional y, adicionalmente, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en la jurisprudencia interamericana, es decir, *cuando existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia*.³² Máxime que, por disposición constitucional, el juez nacional debe aplicar la norma (nacional o internacional) que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

IV. ¿Jurisprudencia interamericana orientadora; sentencias nacionales desorientadas?

Hemos escuchado que la jurisprudencia interamericana sentada en casos de otros países distintos a México, es solamente orientadora. Esto sin duda es un avance. Sin embargo, cuando la Corte Interamericana interpreta la Convención Americana, lo hace para todos los Estados miembros y para todas las personas que pertenecen a la jurisdicción de aquéllos; y no solamente para el Estado demandado. Por ejemplo, cuando la Corte Interamericana resolvió que es inconveniente la sustracción o secuestro de niños por militares³³ no sólo lo hizo para Guatemala, sino que dicho asunto ha servido al Tribunal interamericano para dictar un principio de derecho internacional vinculante para todos los Estados miembros; en otras palabras, a partir de dicho pronunciamiento el derecho a la integridad personal de los niños incluye la prohibición de resultar sustraídos de su núcleo familiar por las propias fuerzas castrenses del Estado. Concretamente, los poderes públicos de cualquiera de los Estados miembros que dejen de considerar dicha jurisprudencia en forma injustificada pondrían en riesgo el derecho a la integridad personal del artículo 5 de la Convención Americana.

³² Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008 Serie C No. 189.

³³ Caso *De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

La Corte Interamericana es la última intérprete del Pacto de San José, de forma que la jurisprudencia que emite proyecta el contenido concreto de las disposiciones de dicho instrumento internacional. Es por ello que la jurisprudencia interamericana tiene eficacia normativa, simplemente por virtud del carácter obligatorio de la Convención Americana para todos los Estados miembros, sin que los Estados nacionales (legislador, SCJN y jueces nacionales) sean siquiera competentes para definir el grado de su obligatoriedad y mucho menos para restarles valor normativo.

Desde esa óptica, existen muchas dudas sobre si la jurisprudencia interamericana es sólo “orientadora” como sinónimo de “normativamente irrelevante”. Como ya hemos expuesto, si la jurisprudencia interamericana “orientadora” se dejara de considerar en un caso que así lo requiriera, la resolución judicial respectiva correría el riesgo de estar muy “desorientada”, al grado que pudiera resultar contraria al *deber de motivación adecuada*, particularmente cuando ello suponga una omisión deliberada por parte del juez correspondiente, tomando en cuenta el valor vinculante de la Convención Americana, su actual constitucionalización y, sobre todo, que dicho instrumento internacional es parte del derecho positivo mexicano.

V. Algunas conclusiones

La Constitución y la jurisprudencia de la SCJN no han sido autosuficientes para asegurar una protección efectiva de los derechos humanos. El sistema interamericano de derechos humanos, actualmente constitucionalizado, supone el nacimiento de nuevos derechos y garantías en beneficio de los justiciables en el Estado mexicano.

Como hemos dicho, en los últimos años, ha habido algunos avances en la protección de los derechos humanos en el sistema constitucional nacional; no obstante, lo cierto es que allí están esas sentencias, leyes y prácticas judiciales manifiestamente desfasadas y contrarias a la jurisprudencia interamericana. Al parecer, el reto ahora es alcanzar los niveles de protección que actualmente nos exige el artículo 1º constitucional y la Convención Americana y demás tratados internacionales; ello para evitar situaciones de inconstitucionalidad, así como mayor número de sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano, todo ello en beneficio de los justiciables.

La apertura e incorporación que hace el artículo 1º constitucional a los tratados sobre derechos humanos es el germen de una obligada reordenación y reinterpretación del sistema jurídico mexicano. Uno de los motores centrales que puede ser capaz de generar la articulación entre los derechos humanos de fuente nacional e internacional

lo constituye el *deber de motivación adecuada*, que podría ser un vehículo susceptible de incorporar los estándares de protección exigidos internacionalmente en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación jurídica de las sentencias nacionales. Siguiendo esa lógica, podríamos pensar que los jueces nacionales, al cumplir con el *deber de motivación adecuada* en sus sentencias, podrían complementar la jurisprudencia constitucional mediante la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos, y demás tratados internacionales relevantes, en los casos de su conocimiento.

Para la Constitución y para la Convención Americana, el juez nacional es ahora también juez internacional; en otras palabras, la jurisprudencia interamericana es ahora también jurisprudencia mexicana; los jueces nacionales deben ahora garantizar los nuevos derechos humanos que el entendimiento armónico y complementario de los sistemas nacional e internacional reconocen en beneficio de los justiciables dentro del Estado mexicano.

Las virtudes republicanas del juzgador

Jaime Allier Campuzano*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de virtud*. III. *Clasificación*.
IV. *Virtudes republicanas del juzgador*. *Conclusión*. *Bibliografía*.

I. Introducción

En cualquier Estado democrático de Derecho, es necesario contar con excelentes jueces, que además de ser peritos en la ciencia jurídica, observen una conducta honesta y regida por virtudes. Al respecto diversos autores, dentro de los que destacan Juan Díaz Romero¹ y Javier Saldaña Serrano², sostienen que el ejercicio de determinados principios morales y la adquisición de ciertos hábitos personales colocan al juez en condiciones de administrar justicia con mayor autoridad.

Sin embargo, ¿serán los valores morales los únicos que guíen el actuar del juzgador para alcanzar la excelencia o habrá otras que complementen o perfeccionen su proceder?

El propósito central del presente ensayo es analizar las virtudes republicanas que precisamente derivan de esa forma de gobierno, prevista en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las cuales debe participar el juzgador por ser el titular de los diversos órganos jurisdiccionales que integran uno de los tres poderes de la Unión: el judicial.

* Doctor en Derecho. Magistrado del Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa del Décimo Tercer Circuito.

¹ Díaz Romero, Juan. *El ABC de la Deontología judicial*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005. (Serie Ética Judicial: núm. 3).

² Saldaña Serrano, Javier. *Ética Judicial. Virtudes del juzgador*. 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

Estimo que para que el juez pueda alcanzar la excelencia deseada por la sociedad, resulta menester que realice no sólo principios morales, sino también virtudes republicanas.

II. Concepto de virtud

La palabra virtud proviene del griego *areté* y del latín *virtus* que significa en términos generales capacidad, excelencia o perfección que posee cualquier persona, animal o cosa. Desde este punto de vista, cualquier cosa puede poseer virtud en cuanto que tiene la capacidad o posibilidad para desarrollar o ejecutar de la mejor manera una acción.

Desde el punto de vista humano, Gutiérrez Sáenz³ define la virtud como: “una cualidad estable y adquirida que facilita el acto honesto”.

Ese mismo autor⁴ desglosa dicha definición en los siguientes elementos:

- a) La virtud es una cualidad. Una persona puede realizar actos honestos sin tener virtud. Ésta es una cualidad que inclina y facilita la realización de dichos actos.
- b) Cualidad adquirida. No hay virtudes innatas. Todas deben adquirirse basándose en esfuerzo y repetición. Ciertamente es que el hombre puede tener algunas predisposiciones favorables desde el nacimiento; pero en todo caso, tales predisposiciones sólo están en potencia y no se convierten en virtud hasta que se actualizan de modo voluntario. La virtud depende de la actuación voluntaria y libre del sujeto.
- c) Es una cualidad estable. Las virtudes son hábitos buenos, según la definición aristotélica; se adquieren y poseen una cierta estabilidad en la persona, susceptible de incrementarse lentamente de un modo positivo o negativo. Generalmente se manifiestan como una línea de conducta más o menos característica de tal individuo; y
- d) Facilita el acto honesto. Aquí está el efecto de la virtud. Quien la posee tiene mayor facilidad para actuar bien; lo hace con agrado y, además, puede realizar actos que, sin ella, sería imposible.

³ Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Introducción a la Ética*. 8ª ed., México, Esfinge, 2009, p. 190.

⁴ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

III. Clasificación

Tradicionalmente, las virtudes humanas se clasifican en:

- a) **Morales o éticas:** aquellas que perfeccionan la voluntad. Tales virtudes son:
 - *Prudencia:* virtud que hace prever y evitar las faltas y peligros, es el buen juicio y la cordura.
 - *Justicia:* virtud que inclina a dar a uno lo que es suyo, o lo que le corresponde.
 - *Fortaleza:* estriba en vencer los obstáculos con la ayuda de la inteligencia y voluntad; ser capaces de derrotar los miedos y las temeridades que nos impiden dar a nuestra vida su verdadero sentido.
 - *Templanza:* virtud de moderación frente a los placeres y las penalidades. Es el punto medio entre el libertinaje y la insensibilidad.
- b) **Intelectuales o dianoéticas:** aquellas que perfeccionan el intelecto.
 - I. Formas de perfección de la razón teórica:
 - *Ciencia:* perfecciona el conocimiento de la verdad sobre los diversos campos de la realidad observable.
 - *Inteligencia:* gracias a ella la razón percibe de modo inmediato las verdades evidentes por sí mismas, sobre las que se asientan todos los demás conocimientos.
 - *Sabiduría:* perfecciona a la razón para conocer y contemplar la verdad sobre las causas últimas de todas las cosas.
 - II. Formas de perfección de la razón práctica:
 - *Arte:* consiste en el hábito de aplicar rectamente la verdad conocida a la producción o fabricación de cosas.
 - *Prudencia:* perfecciona a la inteligencia para que razone y juzgue bien sobre la acción concreta que se debe realizar en orden a conseguir un fin bueno, e impulse su realización.
- c) **Sobrenaturales o Teologales:** tiene por objetivo Dios mismo y perfeccionan la disposición humana dirigida al orden sobrenatural.

Tales virtudes son:

 - *Fe:* creer en Dios y en su palabra revelada.
 - *Esperanza:* confiar en la gracia de Dios para la realización de nuestra felicidad en la vida eterna.
 - *Caridad:* amar a Dios sobre todas las cosas y a los demás como a nosotros mismos por amor de Dios.

IV. Virtudes republicanas

A lado de las virtudes morales, intelectuales y teologales, existen las republicanas o cívicas. También se les denomina virtudes públicas o civismo.

Miguel Ángel Doménech define la virtud republicana como: “la predisposición por parte del ciudadano de dejarse guiar por consideraciones de interés público a la hora de confrontar sus preferencias y actuar políticamente; la conciencia de obligación de participación en lo público, teniendo como horizonte el bien común”.⁵

El análisis de la anterior definición, permite hacer el siguiente desglose:

El término predisposición significa ‘disposición anticipada de algunas cosas o del ánimo de las personas para un fin determinado’.⁶

De tal forma que la predisposición supone necesariamente una virtud con sus características propias: adquirida, estable y facilitadora de un acto honesto.

El titular de las virtudes republicanas resulta ser el ciudadano.

Ahora bien, el concepto de ciudadanía es definido por Ignacio Burgoa de la siguiente manera: “calidad jurídico-política de los nacionales para intervenir diversificadamente en el gobierno del Estado”.⁷

En cuanto a la ciudadanía mexicana, el artículo 34 de la Carta Magna establece como requisitos para su obtención:

- Tener la calidad de mexicano.
- Haber cumplido 18 años; y
- Tener un modo honesto de vivir.

De tal forma que las virtudes republicanas se ubican en el actuar político del ciudadano, esto es, en su actividad relacionada con el gobierno del Estado.

Además, ese comportamiento político del ciudadano debe encaminarse a satisfacer el interés público o bien común.

Al respecto Jean Dabin define el bien común público como “la creación estable y garantizada de condiciones comunes, tanto de orden material como de orden

⁵ Doménech, Miguel Ángel. *La virtud pública, el republicanismo cívico y la democracia participativa-deliberativa*. <http://losrepublicanos.files.wordpress.com/2010/02/v...>

⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 1655.

⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*. 5ª ed., México, Porrúa, 1984, p. 145.

espiritual, que sean las más favorables, de acuerdo con las circunstancias, para la realización del bien común propio de cada uno de los individuos y de los grupos sociales que integran el Estado”.⁸

Para entender mejor el concepto de bien común público, Porrúa Pérez⁹ establece sus tres elementos formales de la siguiente manera:

1. *Necesidad de orden y paz*: el Estado debe moderar y encauzar la lucha de los seres humanos derivada de su egoísmo, manteniendo el orden y la paz.
2. *Necesidad de coordinación*: el Estado debe intervenir coordinando la actividad de los particulares, de manera que la misma se verifique en forma armónica. Sobre todo en la libre actividad de los individuos en el orden espiritual o económico, considerada no como lucha, sino como un actuar encaminado a conseguir sus fines particulares.
3. *Necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de las actividades privadas*. En múltiples ocasiones, los particulares por sí solos no pueden realizar ciertas funciones de interés general, ya sean económicas, culturales, de beneficencia, etc. Para ello los particulares necesitan el concurso del Estado. Sólo con el complemento de su actividad en forma directa pueden realizar esas funciones.

Finalmente, el desarrollo de las anteriores ideas, permite perfeccionar la definición de virtud republicana y presentarla como: la cualidad estable, adquirida y propia del ciudadano que facilita dirigir su actuar político o relacionado con el gobierno del Estado hacia la consecución del bien común público.

Las virtudes republicanas son las siguientes:

- A) **Deliberación**: Todo es objeto de debate y el ciudadano debe participar y deliberar sobre los asuntos públicos.
- B) **Libertad**: Es el derecho del ciudadano de hacer aquello que las leyes le permiten.
- C) **Igualdad**: Significa que todos los ciudadanos se encuentran en un mismo plano frente a la ley y que, por supuesto, nadie debe estar por encima o fuera de ésta. En ese sentido, si la ley no admite distinción entre ciudadanos, tendrá que ser igual para todos, no sólo para proteger sino también para castigar.

Esta virtud republicana obliga al ciudadano a actuar sin discriminaciones y de manera tolerante.

⁸ Citado por Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 1ª reimp., México, UNAM, 1986, p. 200.

⁹ Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. 33ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 287 y 288.

- D) Fraternidad o solidaridad:** Es el interés o esmero que tienen los ciudadanos —movid por una actitud humanitaria y de generosidad, de ayuda y servicio— para contribuir al bien ajeno o social, aun a costa de sacrificar comodidades e intereses personales.
- E) Preeminencia de lo público:** No sólo en cuanto a la gestión pública encaminada a satisfacer intereses colectivos, sino a la existencia de espacios públicos de participación ciudadana.
- F) Laicismo:** Significa que el comportamiento político del ciudadano debe respetar la separación entre el Estado y las iglesias, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Carta Magna.
- El laicismo tiende a la existencia de una sociedad organizada políticamente de manera aconfesional, es decir, ajena a confesiones religiosas, lo cual no impide que su postura garantice la libertad de conciencia y de culto religioso.
- El Estado laico no es el que persigue o desconoce la religiosidad, sino el que garantiza la libertad religiosa y defiende el derecho de sus habitantes a vivir en coherencia con sus principios.
- G) Austeridad:** En un sentido amplio, es la capacidad del ciudadano de vivir en forma sencilla, disfrutando de la vida y lo que ésta nos ofrece sin exigir cada día más.
- En una connotación restrictiva, es el compromiso social que deben asumir todos los servidores públicos para ejercer una administración responsable, honesta, eficiente de los recursos a su cargo, para reducir el gasto público hacia los programas que tienen como propósito el avance hacia una mayor justicia social.
- H) Justicia:** Generalmente, es aceptada la definición de Ulpiano como: la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo.
- Existen tres especies de justicia:
- i) Conmutativa: rige las operaciones de cambio —conmutar significa cambiar— y en general todas las relaciones en que se compran objetos.
Las justicia conmutativa exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre infracción y sanción o entre la actividad y su producto.
 - ii) Distributiva: regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuable, así como las tareas y cargas con que los particulares deben contribuir. Tienen por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir y por indirecto solamente las cargas. Y como no todos los particulares son iguales ni contribuyen de la misma manera al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es la proporcionalidad.

- iii) Social: tiende a compensar la situación de desigualdad en que se encuentran los sectores más desfavorecidos de la sociedad, tales como trabajadores, campesinos, indígenas, etc.

Como la virtud republicana, por definición, tiende al bien común, es por ello que la justicia, como tal virtud, se encamina predominantemente a ser distributiva y social, aunque para mantener el orden y la paz, también tiende indirectamente a velar por la conmutativa.

V. Virtudes republicanas del juzgador

Como sabemos, el juez es el ser de carne y hueso, en quien el Estado deposita la función de administrar justicia. Por esta razón, todo juzgador, como ente público, debe practicar las virtudes republicanas, pues gracias a ellas podrá dirigir su actuación hacia el bien común.

Deliberación. Se debe distinguir la deliberación como virtud ética y como virtud republicana del juzgador. La primera se identifica con la prudencia y consiste en que, previamente a la emisión de fallo, el juez debe reflexionar en torno al problema jurídico planteado, al bien que debe preservarse y confrontar las posiciones y argumentos para justificar su postura.

La segunda se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de conocer y deliberar en torno a los fallos que emitan las autoridades jurisdiccionales, y respecto de la organización y funcionamiento de estos últimos. Para ello es necesario que el actuar de tales autoridades sea transparente y le permitan al gobernado el acceso a su información.

El juzgador no tiene por qué incomodarse cuando su actuar jurisdiccional es analizado y criticado por el ciudadano, siempre y cuando la crítica se formule de manera respetuosa y constructiva; por el contrario, ese parecer ciudadano constituye un material valioso que aquél debe tomar en cuenta para corregir sus errores en la administración de justicia.

Otra modalidad de esta virtud republicana, y que deriva de la circunstancia de que el juez también es un ciudadano, estriba en el hecho de que el juzgador debe ser crítico y formular propuestas respetuosas y constructivas que se encaminen al mejoramiento de la organización y funcionamiento de la institución jurisdiccional del que forma parte.

Libertad. En el caso de los jueces, esta virtud republicana se traduce en el arbitrio judicial, esto es, la facultad conferida por la ley para apreciar según su sano criterio determinadas pruebas, fallando de acuerdo con el dictado de su conciencia y dentro del marco normativo.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la individualización de la pena en materia penal, la cual corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados por la ley y sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de dicha individualización.

Igualdad. Como virtud republicana, la igualdad se identifica con la imparcialidad, entendida esta última como “la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.¹⁰

La igualdad obliga al juzgador a conducirse exactamente de la misma manera frente a todas las personas (partes, abogados, empleados y demás terceros) o situaciones iguales, salvo los casos de excepción previstos en la ley.

El principio de igualdad de trato supone por parte del juez la ausencia de toda discriminación por razones de raza, sexo, condición social, etcétera, y la adopción de una postura tolerante.

Solidaridad. Es la virtud del juzgador contraria al individualismo y al egoísmo, y que se traduce en la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común.

El juez debe ser solidario, dentro de los límites legales, con aquellos individuos y entes colectivos en situación de vulnerabilidad y desigualdad sociales.

Un ejemplo papable lo encontramos en los juzgadores federales, quienes, conforme a lo dispuesto por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, se encuentran obligados a suplir la deficiencia de la queja, entre otros supuestos: a) en materia penal, a favor del procesado; b) en la rama agraria, beneficiando a ejidos, comunidades agrarias, ejidatarios, comuneros y aspirantes a estos últimos; c) en materia laboral, a favor del trabajador; y d) en beneficio de menores de edad e incapaces.

Precisamente, esta virtud republicana nos impulsa a luchar por la supresión del principio de relatividad que rige las sentencias concesorias de amparo y la adopción de un juicio de garantías colectivo.

¹⁰ *Código de Ética del Poder judicial de la Federación al alcance de todos*. 1ª ed., México, Consejo de la Judicatura Federal, 2006, p. 47.

Ello es así, pues la fórmula Otero sólo favorece al gobernado (persona física o moral) que promovió la demanda de garantías. En cambio, el amparo colectivo beneficiaría no sólo a miembros del grupo que tenga interés legítimo, sino a toda la colectividad de la que forma parte y con quien comparte el disfrute de derechos difusos.

Preeminencia de lo Público. Es la postura que debe adoptar el juez en aquellos asuntos en que entran en conflicto intereses individuales y públicos, inclinándose a favor de estos últimos.

Un ejemplo manifiesto de lo anterior, lo observamos en los juzgadores federales cuando resuelven la procedencia de la suspensión de la ejecución del acto reclamado en el juicio de amparo, ya que para su otorgamiento deberá ponderar, entre otros aspectos, que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público (artículo 124, fracción II de la Ley de Amparo).

Laicismo. Significa que toda actuación del juzgador (jurisdiccional-administrativa) debe ser ajena a toda creencia religiosa.

Dicha ajenidad comprende tres aspectos fundamentales:

- a) En la emisión de sus fallos: el juez debe dejar a un lado sus creencias religiosas al momento de pronunciar sus resoluciones y tener a la vista sólo la ley y la justicia, sobretodo en asuntos de alto contenido moral como el aborto, al eutanasia, matrimonios entre personas del mismo sexo, etcétera.
- b) En el trato con los subordinados: el juzgador debe cumplir cabalmente con el principio de igualdad de trato, prescindiendo de toda discriminación por razones religiosas. En particular, el titular del órgano jurisdiccional no debe aprovechar su superioridad jerárquica para tratar de imponer sus convicciones religiosas a sus subordinados, sino que debe ser respetuoso de las mismas.
- c) En la imagen del local que ocupa el órgano jurisdiccional a su cargo: el juez no debe permitir la presencia dentro del mismo de símbolos religiosos, ya que la administración de justicia participa de los principios de neutralidad ideológica y laicidad estatal. Por ello, los únicos símbolos que pueden estar en las instalaciones de un centro de justicia son los representativos del Estado.

Austeridad. El juez debe ser severo en su forma de vivir y obrar, lo que implica su actuación en la función jurisdiccional que desempeña. Además, el juzgador debe mostrar sobriedad en todos sus actos, como sinónimo de moderación, formalidad, ponderación, discreción, sensatez, templanza y hasta modestia.

Pero la austeridad de un juez, nos dice Gladis Elena Noriega Aranda¹¹ no es sólo lo anterior,

...sino con el fin de conseguir autoridad moral frente a los demás, debe evitar actitudes que resulten ofensivas a su propio cargo, pues tanto jueces como magistrados, hombres y mujeres, deben tener las mejores relaciones con las personas que laboran con ellos y a la vez cooperar para lograr una eficiente administración de justicia. Su conducta debe ser intachable, sobre todo basarse en el respeto mutuo, la cordialidad y la colaboración profesional, sin importar las diferencias que se tengan.

El juzgador debe actuar de manera natural, sin mostrarse presumido o poderoso, ni ostentar bienes de lujo, pues ello suscita envidias, resquemores, o desigualdades irritantes, así como sospechas de corrupción.

Justicia. En su actividad jurisdiccional, el juez se convierte en un celoso vigilante de que se cumplan los tres tipos de justicia:

a) *Conmutativa.* En ella, aquél es el arbitro que resuelve las controversias surgidas con motivo del cumplimiento de las equivalencias entre prestaciones y contraprestaciones. Por ejemplo, los jueces civiles y mercantiles que conocen de operaciones de cambio.

También los juzgadores penales y administrativos aplican la justicia conmutativa al imponer una sanción que debe ser congruente con la gravedad de la infracción y con las características personales del infractor.

b) *Distributiva.* Los jueces que conocen de la materia fiscal deberán vigilar que los mexicanos y extranjeros cumplan cabalmente con su obligación de contribuir para los gastos públicos de la Federación, entidades federativas o municipios, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes, conforme a lo dispuesto por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) *Social.* En aquellos casos establecidos legalmente, el titular del órgano jurisdiccional deberá actuar aun oficiosamente a favor de los sectores sociales más desfavorecidos (trabajadores, campesinos, indígenas, etcétera).

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en los juzgadores federales quienes, en los juicios de garantías en materias laboral y agraria promovidos por trabajadores, y

¹¹ Noriega Aranda, Gladis Elena. *La Ética Judicial*. Promotores de Derechos Humanos. Perú. Promotores de Ética. http://proderhum.host22.com/v2/promotores_de_etica.html

por ejidos, comunidades agrarias, ejidatarios, comuneros y aspirantes a estos últimos, deben suplir la deficiencia de la queja, en términos de lo dispuesto por el artículo 76 bis, fracciones III y IV, de la Ley de Amparo.

Conclusión

Sin virtudes republicanas no es posible una democracia plena, entendiéndose por esta última: un régimen de participación colectiva. El republicanismo apuesta por ciudadanos identificados con leyes e instituciones que son obras suyas, no con pertenencias culturales, religiosas o territoriales. Así podemos identificar como virtudes republicanas las siguientes: a) deliberación, b) libertad, c) igualdad, d) fraternidad o solidaridad, e) preeminencia de lo público, f) laicismo, g) austeridad, y h) justicia.

Ahora bien, como el juez es el ser de carne y hueso, en quien el Estado deposita la función de administrar justicia, ello determina que todo juzgador, como ente público, debe practicar las virtudes republicanas, pues gracias a ellas podrá dirigir su actuación hacia el bien común.

En esa tesitura, puede sostenerse que los valores republicanos complementan las virtudes éticas del juzgador, de tal forma que el ejercicio de ambas le permite a este último alcanzar una mayor autoridad y, por ende, la excelencia en la función jurisdiccional.

Bibliografía

- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*. 5ª ed., México, Porrúa, 1984.
- Código de Ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*. 1ª ed., México, Consejo de la Judicatura Federal, 2006.
- Díaz Romero, Juan. *El ABC de la deontología judicial*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005. (Serie Ética Judicial: núm. 3).
- Doménech, Miguel Ángel. *La virtud pública, el republicanismo cívico y la democracia participativa-deliberativa*. <http://losrepublicanos.files.wordpress.com/2010/02/r...>
- Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Introducción a la Ética*. 8ª ed., México, Esfinge, 2009.
- Noriega Aranda, Gladis Elena. *La Ética Judicial*. Promotores de Derechos Humanos. Perú. http://proderhum.host22.com/v2/promotores_de_etica.html

Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. 33ª ed., México, Porrúa, 2000.

Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 1ª reimp., México, UNAM, 1986.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992.

Saldaña Serrano, Javier. *Ética judicial. Virtudes del juzgador*. 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

El juez y el abogado también son escritores

Rafael González Castillo*

Las líneas desarrolladas en el presente tienen la intención de ampliar el discurso de Elías Canetti, en relación con “la profesión del escritor” pero como si él mismo continuara con la escritura, por eso se remarcan o parafrasean algunas partes de su obra y se habla en primera persona.¹

Sin el ánimo de sonar demasiado reiterativo, estoy cierto, que las leyes sobre la responsabilidad y misericordia de la metamorfosis en la profesión del escritor, también abarcan esa misma labor pero desarrollada en el mundo de los abogados en general y del razonamiento judicial en particular.

He dicho que lo primero que un escritor debe poseer para tener derecho a serlo es su condición de custodio de la metamorfosis. Por lo que deberá familiarizarse con la herencia literaria de la humanidad y atenerse a dos obras fundamentales; una tardía: *Las Metamorfosis de Ovidio* y otra temprana: *La Odisea*. Tampoco he dejado de mencionar que Odiseo es el primer personaje de la lectura universal, sin duda, es el primero que ha estado siempre al alcance de todos, pero no es el más antiguo, pues antes de él, Gilgamesh mesopotámico fue identificado y apreciado en su importancia.

Pero sería válido y de gran utilidad para quienes se mueven en el ámbito del derecho, analizar con mayor amplitud una parte de esa brillante epopeya de Gilgamesh, en específico la descripción de varios pasajes sobre los sueños y la angustia de no

* Juez Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con sede en San Andrés Cholula, Puebla.

¹ Este discurso se publicó en las páginas 349 a 363 del libro “La conciencia de las palabras”, del Autor Elías Canetti, mismo que pertenece a una colección popular editada por el Fondo de Cultura Económica.

entenderlos², lo cual nos daría pauta a comprender mejor las interrogantes siguientes: ¿Por qué interpretar? y ¿a partir de cuándo se requirió de la interpretación?³

Si exploramos con cuidado esa parte de la obra, como ya lo dije la conocí a los diecisiete años, y desde entonces no me ha abandonado, encontramos que Gilgamesh tuvo dos sueños enigmáticos que le angustiaban; busca entenderlos y se dirige a su madre, la diosa Ninson, la que sabe todo; y ella, en esencia, le explica que su presagio era fausto y favorable respecto al primero de sus sueños, y en cuanto al otro avizora un compañero fuerte, igual a él, protector del amigo.⁴

Participar de esos sueños enigmáticos (donde se contenía una advertencia, un presagio) proporciona una respuesta en el sentido de que el hombre desde los inicios de su existencia recibió mensajes que ameritaban de su interpretación, para saber qué hacer. Por supuesto esta idea no fue exclusiva de Mesopotamia. Fue conocida por todo el mundo antiguo, pero el poema de Gilgamesh arroja un claro antecedente relativo a la interpretación, la cual es manejada directa o de forma indirecta por los personajes dentro de los límites del derecho.⁵

Sin restar importancia al poema de los sueños enigmáticos, otro gran beneficio que podría traer para con el sector de los abogados en general y para jueces en particular es la obra también vinculada a la herencia literaria de la humanidad, atribuida por tradición a Homero, pero no me refiero al trabajo excelente en *La Odisea*, del que por cierto ya realicé algunos apuntes; sino a una parte del canto XVIII de su obra *La Iliada*, en donde reseña el más antiguo registro de un proceso jurisdiccional en la antigua Grecia, grabado por el dios Hefesto en el escudo de Aquiles. El pasaje describe un genuino proceso de esas características. La cuestión planteada por el poeta se refiere a la satisfacción o no satisfacción de un pacto sobre el derecho de venganza (por homicidio). Las partes acordaron obtener una composición de manos de un experto.⁶

Si los abogados, sobre todo los jueces, exploraran con mayor amplitud esos aspectos que forman parte de la herencia literaria de la humanidad, podrían estar en condiciones de rebatir o conocer algo en torno a las afirmaciones de Marco Tulio Cicerón,

² *Gilgamesh o la angustia por la muerte: poema babilonio*/ traducción directa del acadio, introducción y notas de Jorge Silva Castillo. --4ª ed. corr.—México, Centro de Estudios de Asia y África, 2008, 2000. (5ª reimp., 2008), pp. 64-68.

³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2009, p. 320.

⁴ *Op. cit.*, nota 2.

⁵ *Op. cit.*, nota 3, pp. 320 y 321.

⁶ Homero, *La iliada*, 13ª. ed., trad. de Luis Segalá y Estalella, U.S.A., Editorial Cumbre, 1979, pp. 302 a 305.

quien a pesar de ser considerado ciudadano del mundo, humanista y filósofo, en una ocasión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los abogados, y escribió las páginas más duras que se pueden escribir sobre los abogados y sobre el derecho.⁷

Argumentó que sería difícil dialogar con un abogado que no sabe más que de leyes; ni nada hay más despreciable que las leyes; ni nada hay más despreciable que el oficio del abogado. En muchos litigios en donde intervino, no se discutían ante los tribunales sobre derecho y no se invocaban leyes. La ciencia jurídica era para los pleitos menores de bajo rango. Por eso, dentro de la contienda, el gran Cicerón decía: señores, aquí estamos hablando de cosas serias. Los tribunales no tienen por qué decidir con arreglo a las leyes ¡los tribunales son los que hacen las leyes!⁸

Pero no solo eso, de igual manera, los hechos de Cicerón hablaron por sí solos; uno de esos momentos que lo encumbraron fue cuando Julio Cesar arribó al poder con sus legiones galas, y él se retira de la escena pública para refugiarse en su vida privada, y así justificar su máxima de que lo más prudente que puede hacer un hombre sensato y no muy intrépido cuando se encuentra con otro más fuerte que él es evitarlo y, sin avergonzarse, aguardar un cambio, hasta que el camino vuelva a quedar libre.⁹ Otro hecho del mismo talante se muestra cuando al quedar inactivo por sugerencia de Julio Cesar, quiere escribir de modo concluyente su visión del mundo, pero lo pretende realizar al menos en el sentido de la espléndida frase de Escipión, que de sí mismo dijo que nunca estuvo más activo que cuando no tuvo nada que hacer y nunca menos solo que cuando estaba solo consigo mismo.¹⁰

Con esa misma fuerza comprenderían lo afirmado de que nadie puede llamarse abogado o juez si no pone seriamente en duda a serlo. Quien no tome conciencia de la situación del mundo en que vivimos, difícilmente tendrá algo que decir sobre él.

Con mayor empuje se entenderá la connotación del abogado o juzgador —también es escritor— de que es alguien que otorga particular importancia a las palabras que se mueve entre ellas tan a gusto, o acaso más, que entre los seres humanos; que se entrega a ambos, aunque deposita más confianza en las palabras; que destrona a éstas de sus siales para entronizarlas luego con mayor aplomo; que la palpa e interroga; que las acaricia, lija y pinta; que las entreteje de sílabas, letras y fonemas de nuestra

⁷ Nieto García, Alejandro, *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Valverde Alpizar, Sergio Alonso (comp.), España, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2000, p. 80.

⁸ *Ibidem*, p.81.

⁹ Zweig, Stefan, *Momentos estelares de la humanidad*, traductor De Berta Vias Mahou, Barcelona, España, Editorial Acantilado, 2002, p.11.

¹⁰ *Ibidem*, p.22.

realidad aunque haya palabras que no puedan definirse de modo ostensible, como sería la “solubilidad del azúcar” o una “fracción infinitesimal”;¹¹ que las diseña en un conjunto proposiciones estructuradas con una premisa y conclusión para formular argumentos;¹² que los argumentos armados con ellas se confronten para ver surgir un vencedor pero no por su retórica hueca sino porque su fuerza radica en ellos mismos;¹³ que sirvan para suavizar los razonamientos y el perdedor de la contienda (por lo menos en su fuero interno) reconozca su derrota; que en las tareas largas se utilicen y se dejen de escribir en el preciso momento en que sienta que podría seguir con esa labor y así será más fácil reanudar luego la encomienda; y que después de todas estas libertades íntimas el abogado o juzgador es incluso capaz de ocultarse por respeto a ellas, y entender con prudencia y en silencio por qué se les recomienda leer y escribir, y luego de ello escribir y leer, y así hasta formar una cadena interminable bajo esa fórmula que tarde o temprano encontrará el rumbo de lo pretendido, y esa aparente tarea mecánica debe calificarse como acto primario y esencial en el desempeño de la profesión del escritor, abogado y juzgador.

Porque, insisto, no es extraño que quien frecuenta las palabras más que otros también espere más de sus efectos que otra gente. Y así en lo sucesivo las consecuencias de las palabras serán más precisas para hilvanar con mejor calidad los términos, las ideas, argumentos y decisiones judiciales; con lo cual se buscará frenar los inconvenientes surgidos en el manejo de las palabras o de quien las escribe, como aquella frase que dice: “Los funcionarios pueden ser comparados a un cactus que producen una flor por un día y conservan sus espinas para siempre”.¹⁴ O aquella que tuvieron los griegos en el sentido de que no disponían de un término único para expresar, por medio del lenguaje, lo que nosotros entendemos con la palabra vida. Se servían de dos términos, semántica y morfológicamente distintos, aunque reconducibles a un étimo común: *zoe*, que expresaba el simple hecho de vivir, común a todos los seres vivos (animales, hombres o dioses) y *bíos*, que indicaba la forma o manera de vivir propia de un individuo o de un grupo.¹⁵

¹¹ *Op. cit.*, nota 3, p. 9.

¹² M. Copi, Irving; Cohen Carl, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2009, p. 21.

¹³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, pp. 195-198.

¹⁴ R. Damasco, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del estado*, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, p. prólogo.

¹⁵ De la introducción del libro: Agamben, Giorgio, *Homo sacer*, Antonio Gimeno Cuspiñera (traductor), Valencia 1998.

Con todo lo anotado, concluyo y reitero que no puede ser tarea del escritor tampoco del abogado, mucho menos del juez, dejar a la humanidad en brazos de la muerte o del desamparo. Su orgullo consistirá en enfrentarse a los emisarios de la nada —cada vez más numerosos en la literatura y en el derecho—, y combatirlos con medios distintos de los suyos. Vivirá de acuerdo a una ley que es suya propia, aunque no haya sido hecha especialmente a su medida, y que dice: “No arrojarás a la nada a nadie que se complazca en ella. Sólo buscarás la nada para encontrar el camino que te permita eludirla, y mostrarás ese camino a todo el mundo. Perseverarás en la tristeza, no menos que en la desesperación, para aprender cómo sacar de ahí a otras personas, pero no por desprecio a la felicidad, bien sumo que todas las criaturas merecen, aunque se desfiguren y destrocen unas a otras”.

Conocimiento y capacitación en el Poder Judicial de la Federación

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conocimiento y capacitación: ¿para qué? y ¿por qué?*. III. *¿El conocimiento de qué? ¿La capacitación respecto a qué?*. *Conclusiones*.

Marco Polo Rosas Baqueiro*

I. Introducción

La *materia y delimitación* del presente ensayo corresponde al desarrollo de *ideas y reflexiones* acerca de los principios denominados: “Conocimiento y Capacitación”, contemplados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, específicamente en sus artículos 28 al 34; como sustento, entre otras cualidades, del eficaz y ético ejercicio de la función jurisdiccional.

Los artículos de referencia disponen:

Artículo 28. La exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia.

Artículo 29. El juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente.

Artículo 30. La obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales.

* Magistrado adscrito al Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

Artículo 31. El conocimiento y la capacitación de los jueces adquiere una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales.

Artículo 32. El juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial.

Artículo 33. El juez debe mantener una actitud de activa colaboración en todas las actividades conducentes a la formación judicial.

Artículo 34. El juez debe esforzarse por contribuir, con sus conocimientos teóricos y prácticos, al mejor desarrollo del Derecho y de la administración de justicia.

Para lograr el propósito expuesto en líneas que anteceden, elijo el planteamiento de preguntas, con sus correspondientes respuestas, acerca de *para qué* y *por qué* interesarnos en estos temas; al *qué* es lo que debemos conocer y en qué debemos capacitarnos cuando aspiramos realizar una función jurisdiccional de calidad; al *quién* es el encargado de difundir esta enseñanza y quién tiene la responsabilidad de aprenderla; finalmente al *cómo* podemos hacer realidad el conocimiento y la capacitación en los órganos de administración de justicia.

Como el presente ensayo persigue la finalidad de *influir en el mayor número de personas involucradas* en la prestación de este servicio público, utilizaré el lenguaje más *sencillo y familiar* que conozco.

II. Conocimiento y capacitación: ¿para qué? y ¿por qué?

1. ¿Para qué?

El conocimiento y la capacitación tienen un para qué, que es *servir bien*.

Servir bien es prestar un servicio de calidad, es decir, hacer un trabajo bien hecho, con amor, con esmero, eficiencia y eficacia para el fin propuesto.

A. Imagina

Te imaginas llegar a una oficina judicial, en la que todos sus miembros sean personas amables, bien presentadas, estudiosas, compartidas, inteligentes y profesionales.

Te imaginas un órgano jurisdiccional en el que se administre justicia por igual a los pobres que a los ricos, a los desconocidos que a los influyentes.

Te imaginas un centro de trabajo en el que los que ahí laboran no solo vivan para trabajar, sino que se les permita la exploración de sus diferentes capacidades, aun las no jurídicas.

Te imaginas un juzgado o tribunal que, además de cumplir excelentemente con su función, sea también una fábrica de sueños, en la que cada miembro esté evolucionando constantemente y alcance sus más anhelados propósitos.

Te imaginas un centro de justicia, en el que cada integrante esté comprometido hasta la médula con la misión para el que fue creado ese lugar.

Te imaginas un órgano jurisdiccional en el que a pesar del aglutinado número de expedientes, se respete a cada uno de ellos; en los que se imprima amor en todo lo que se haga; en donde la gente no sienta que trabaja, sino que colabora para construir una sociedad más equilibrada.

Te imaginas un recinto judicial que no esté conformado por títulos sin concedores del derecho, sino por juristas, aun y cuando esté pendiente que alcancen su título.

Te imaginas un equipo de trabajo en el que a pesar de la seriedad de la función se escuchen de vez en cuando risas, música y alegría.

Te imaginas un templo del derecho en el que el justiciable sepa que ahí se le escuchará y se resolverá su caso de la manera más profesional y justa posible.

Finalmente, te imaginas que esa oficina judicial esté aquí en México; que sea precisamente en la que tú trabajas.

El paso de la imaginación a la realidad *es la acción; o formulado a manera de pregunta: ¿qué estamos haciendo hoy para construir esa oficina judicial modelo?*

La oficina judicial modelo que imaginamos, solo es posible si se encaminan esfuerzos prácticos en su realización y para ello se requieren como herramientas el *conocimiento y la capacitación*, que nos permitirán prestar un servicio público excelente, esto es, de la más alta calidad.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define en una de sus acepciones a la excelencia, como la *superior calidad* (atribuida a alguien o algo) *que lo hace digno de singular aprecio y estimación*; por su parte, el mismo diccionario al definir el vocablo “calidad”, dice que es el *conjunto de condiciones que determinan el valor de algo o alguien*.¹

¹ Tomado de la dirección electrónica:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=excelencia

Con base en lo anterior, concluimos que el término excelencia *es un grado de valor; una calificación superior positiva* que se atribuye a una cosa, a un proceso o a una persona, que la hace digna de singular aprecio y estimación. Para lograr esta calificación superior en nuestro trabajo jurisdiccional, necesitamos del suficiente conocimiento y capacitación, es decir, preguntarnos ¿cómo podemos hacer que la justicia que administramos sea digna de singular aprecio y estimación?

2. ¿Por qué?

A. Porque ya recibimos y ahora es justo compartir

El conocimiento y la capacitación han sido, creo, para la mayoría de las personas —entre las que me incluyo— el “pasaporte” a la libertad (de elección, económica, de acción, de criterio, etcétera). Han sido también las herramientas para vivir en constante y paulatina evolución.

Me explico. Con independencia del origen y del ambiente en que cada uno crecimos, fueron el conocimiento y la capacitación, los primeros medios de transporte hacia un mundo distinto. La pequeña semilla del fructífero árbol que ahora existe en nuestra cabeza y que seguirá creciendo. Ellos nos permitieron saber cosas que ni se nos hubieran ocurrido y hacer cosas que antes no podíamos hacer.

El saber nos proveyó un lugar privilegiado en la sociedad, pues el que se para y dice lo que piensa, pero además sabe lo que dice, acaba por ser escuchado e incluso logra que lo sigan. La gente preparada y capaz siempre es bienvenida, incluso aunque se diga que no es indispensable, es absolutamente necesaria.

Por ese motivo, ante el evidente resultado positivo que ha dejado en nuestras vidas el conocimiento y la capacitación, es un honor e incluso una responsabilidad, compartir reflexiones —no consejos—, acerca de esta temática y aplicarlas, en la medida de lo pertinente, al trabajo judicial, para que todos los que somos miembros del cuerpo judicial nos veamos con ellas, enriquecidos.

B. Porque es un derecho y un deber

El conocimiento y la capacitación son un derecho y un deber. *Derecho*, porque es válido que contemos con las herramientas que nos harán más excelentes, además de que resulta satisfactorio hacer las cosas bien. *Deber*, porque los justiciables y la sociedad en general merecen de aquellas personas a quienes entregan parte de sus impuestos y les otorgan la infraestructura necesaria, les respondan con un servicio de administración de justicia de la más alta calidad.

Este derecho está reconocido constitucionalmente.

En efecto, el artículo 17 constitucional, en su primer y segundo párrafos, establece la prohibición de que los gobernados se hagan justicia por sí mismos; a cambio de ello, establece que habrá tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Por otra parte, el artículo 100 constitucional, en su párrafo séptimo, señala que la ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como el desarrollo de la carrera judicial, que se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia; preceptos de los que se concluye que existe *un derecho subjetivo de los gobernados a recibir un servicio de calidad en la administración de justicia*, es decir, no un servicio cualquiera, *sino uno excelente*.

III. ¿El conocimiento de qué? ¿La capacitación respecto a qué?

Antes de saber lo que debemos conocer o de aquello en lo que debemos capacitarnos, conviene reflexionar sobre los términos “conocimiento” y “capacitación”.

¿Qué es el conocimiento? Esta pregunta ha sido considerada por las mentes más privilegiadas del pensamiento occidental, desde Aristóteles y Platón hasta la actualidad.

Recordemos una cita de Platón: “Supongamos ahora que en la mente de cada hombre hay una pajarera con toda suerte de pájaros. Algunos en bandadas aparte de los demás, otros en pequeños grupos, otros a solas, volando de aquí para allá por todas partes... Podemos suponer que los pájaros son tipo de conocimiento y que cuando éramos niños este receptáculo estaba vacío; *cada*

vez que un hombre obtiene y encierra en la jaula una clase de conocimiento, se puede decir que ha aprendido o descubierto la cosa que es el tema del conocimiento; y en esto consiste saber”.

El diccionario define conocimiento como: “*El producto o resultado de ser instruido, el conjunto de cosas sobre las que se sabe o que están contenidas en la ciencia*”. El diccionario acepta que la existencia de conocimiento es muy difícil de observar y reduce su presencia a la detección de sus efectos posteriores. Los conocimientos se almacenan en la persona (o en otro tipo de agentes). Esto hace que sea casi imposible observarlos.²

De acuerdo con la anterior cita, aplicada al campo del derecho, el conocimiento es el resultado de nuestra instrucción al respecto; es decir, *lo que sabemos de la ciencia jurídica*.

En este orden de ideas: ¿el conocimiento se limita a la información que tenemos respecto a determinada ciencia, o abarca también *las capacidades* para aplicar esa información a la vida práctica y transformarla?

Considero que no es suficiente con guardar información, —para eso están los diccionarios y códigos—; *se necesita poder hacer algo con esa información*, esto es, ser capaces de utilizarla para el fin adecuado y para ello requerimos de la capacitación.

1. *¿Qué es la capacitación?*

Sabino Ayala Villegas, asesor y consultor en gestión empresarial peruano, en su artículo “Proceso de desarrollo de los recursos humanos”, define así a la capacitación:

Es la *gestión* integrada e integral del *desarrollo personal de los funcionarios y demás colaboradores*, para fortalecer su visión crítica, su sentido solidario y de pertenencia; propiciando la competitividad de la empresa, implica la intervención planificada y participativa en el desarrollo de *actitudes, valores, destrezas y conocimientos requeridos para el logro de objetivos de la empresa*.

Significa el proceso integral del hombre, es decir comprende la adquisición del conocimiento, el fortalecimiento de la voluntad, la disciplina del carácter y la adquisición de todas las habilidades y destrezas requeridas por los colaboradores, *para alcanzar*

² Tomado del artículo “Conocimiento”, de la fundación Gestión del Conocimiento, consultable en la página electrónica: <http://www.gestiondelconocimiento.com>

la eficacia y excelencia en la realización de sus tareas, funciones y responsabilidades. El ingrediente esencial para alcanzar el éxito institucional hasta llegar a una excelencia — administrativa— es la capacitación del personal.

El desarrollo del potencial humano implica no simplemente pensar en términos de aumento de la cantidad y la calidad del capital inteligente o recurso humano. *Esta labor debe abarcar otros frentes. El verdadero desarrollo humano es aquel que también se dirige a alcanzar y defender la equidad, generar empleo, proteger el medio ambiente, aumentar los niveles de educación, salud y nivel de vida de las personas, pensando no solo en el presente sino en las generaciones futuras.*

La administración de Recursos Humanos tiene como una de sus tareas proporcionar la capacitación humana, requerida por las necesidades de los puestos o de la organización. Aunque la capacitación auxilia a los miembros de la organización a desempeñar su trabajo actual, sus beneficios pueden prolongarse a toda su vida laboral y pueden auxiliar en el desarrollo de esa persona para cumplir futuras responsabilidades.³

Como puede apreciarse de la transcripción anterior, la capacitación no solo implica adquirir conocimientos respecto de determinada ciencia, tampoco involucra solamente la adquisición de habilidades técnicas para realizar determinado trabajo, *sino que comprende actitudes, valores, destrezas y conocimientos requeridos para el logro de objetivos de la empresa;* de tal suerte que la capacitación involucra el desarrollo integral del potencial humano que permite lograr con eficiencia y eficacia los objetivos de la institución en que se labora.

Por ello, los conocimientos y capacitación que se requieren para poder brindar una administración de justicia de calidad son todos los que puedan reflejar, sin lugar a dudas, que estamos suficientemente instruidos en derecho, así como que contamos con las habilidades técnicas y las actitudes éticas para aplicarlo correctamente.

Desde mi punto de vista, el conocimiento y capacitación al que se deben encaminar los esfuerzos dentro del Poder Judicial, deben comprender los rubros que a continuación enuncio:

- La misión, valores y objetivos del sistema de administración de justicia y del órgano jurisdiccional
- Actitudes éticas
- Los derechos humanos y su respeto

³ Ayala Villegas, Sabino. “Proceso de desarrollo de los recursos humanos”, Texto Universitario, Primera edición, 2004, consultable en la página electrónica: http://www.elprisma.com/apuntes/administracion_de_empresas/capacitacionrecursoshumanos

- Los valores constitucionales
- El derecho vigente y su interpretación
- Estructura, objetivo y funciones del Poder Judicial, tanto judiciales, como administrativas
- Técnicas para elaborar resoluciones de trámite y de fondo en cualquier instancia
- El manejo de herramientas para plasmar ese conocimiento
- Los diferentes estilos de expresión de ese conocimiento
- Aprender a aprender
- Trato a los justiciables
- El trabajo en equipo
- El liderazgo

Antes de referirme a los temas que se enlistaron previamente, conviene reflexionar sobre *quién es el encargado de la enseñanza de esos temas, a quién corresponde aprenderlos y cuánto tiempo comprende el conocimiento y la capacitación con que debemos contar.*

En principio, la responsabilidad de la enseñanza y el aprendizaje *corresponde por igual a todos los miembros del aparato judicial.* Es cierto que cuando ingresamos queremos que los que ya han estado ahí antes que nosotros, nos enseñen, pero luego somos responsables de enseñar y capacitar tanto a los que van llegando, como recíprocamente enseñarnos y aprender los que ya estamos en el órgano jurisdiccional.

2. *¿Quién se ha hecho solo?: nadie*

Todos somos el producto de las expectativas y acciones de muchas personas. De los padres que nos educan, de la sociedad que nos moldea, de las costumbres y de nuestro propio esfuerzo. La oficina judicial que está formada por personas tampoco se hace sola. Es el resultado del esfuerzo conjunto. Cada uno de los miembros que la forman tiene cualidades y habilidades distintas. Pues bien, cualquiera que fueren tus cualidades que te hacen diferente a los demás y un poco mejor que ellos en ese aspecto, solo sirven si las compartes, si las pones al servicio de los demás; si están ahí para cumplir la misión que se encomienda a la oficina judicial, que consiste en la correcta administración de justicia. Por ello, la mejor oficina judicial y que se acerca a la que merece

la sociedad a la que nos debemos, es aquella en la que cada miembro está dispuesto a compartir lo mejor de sí mismo, sus conocimientos, sus habilidades y capacidades para lograr el fin común.

Se ha seguido la costumbre injustificada de que sólo el titular del órgano jurisdiccional, los secretarios proyectistas o de acuerdos y uno que otro actuario sean los que deben saber derecho ¿y los demás?, ¿basta con que apoyen los esfuerzos de los primeros y no obstaculicen su labor? Tremendo error.

En primer lugar, *quien administra justicia es la oficina judicial*, no determinados funcionarios. El órgano jurisdiccional está conformado por todos los miembros que pertenecen a ella, desde el oficial de mantenimiento hasta el titular y todos deben colaborar comedidamente para el éxito de dicha sede judicial. ¿Cómo es posible que se respete un expediente, cuando el oficial transcribe alguna constancia sin pensar en lo que está haciendo?; ¿cómo es posible que un secretario sea un buen proyectista cuando está más entusiasmado en buscar la salida fácil, que en resolver el problema que se le plantea?; ¿cómo es posible que algunos funcionarios judiciales se preocupen más por la vida social que por el ejercicio de su función?

El conocimiento y la capacitación, por tanto, involucra a todas las personas que trabajamos en el órgano jurisdiccional. Por ello, se necesita gente que realmente se crea la función que realiza, que tome con respeto al expediente; que sepa que su tarea, por sencilla que parezca, es primordial para que el resultado sea el más eficaz, de tal suerte que lo que no sepa lo investigue; que se esfuerce de tal manera que el lugar que ocupa tenga una justificación no solo en la nómina o en el impuesto de los justiciables, *sino en la confianza que cualquiera pueda depositar en el servicio de administración de justicia*.

La oficina judicial, por ejemplo, tiene un oficial de mantenimiento y si éste se preocupa de que sea las más limpia, cómoda, agradable, atenta con el público y servicial para los compañeros, entonces estará colaborando con la administración de justicia, pues de una oficina limpia, cómoda y feliz saldrán buenas sentencias.

Cuando el personal conoce la importancia de su colaboración, toda su energía se involucra en conseguir la excelencia en sus actividades y el resultado es que *el trabajo se vuelve una creación* y no simplemente una tarea común y corriente.

No obstante que todos somos corresponsables del conocimiento y la capacitación, *especial responsabilidad recae en el titular*, pues debido a su experiencia y especialmente a su posición dentro del órgano jurisdiccional es quien puede resultar factor vital para el avance o el retroceso de los integrantes de la oficina judicial.

En efecto, del titular depende muchas veces que el personal se capacite o no lo haga, pues si no autoriza la salida de sus colaboradores para esas actividades, aunque quieran no pueden ir. Lo mismo ocurre si esconde la información que contiene las convocatorias a los diversos eventos académicos. Por ello, además de no obstaculizar el crecimiento de sus subalternos, *debe ser el principal promotor o gestor del crecimiento de su personal*, ya sea apoyando su participación en los diversos cursos que la institución provee, ya sea actuando como docente en ellas, proponiendo las necesidades básicas de capacitación o pidiendo los materiales o recursos que permitirán a sus integrantes ser cada vez más aptos, más capaces en la realización de su función.

El titular debe —considero— manifestar una actitud de activa colaboración en esta tarea, impulsando a su personal para que se capacite y a que en su caso también colaboren en la enseñanza de sus compañeros. El titular con determinada experiencia debe inclusive, en algún momento de su carrera judicial, escribir, enseñar, revisar y corregir el trabajo jurídico que llega a sus manos, para con ello facilitar el crecimiento de los otros miembros del aparato judicial.

No debe perderse de vista que aunque la capacitación pueda parecer una inversión de tiempo que no se dedica al trabajo, lo cierto es que con el tiempo, el conocimiento adquirido repercutirá en las propias labores en forma de calidad, eficacia y eficiencia. El que los titulares cuenten con personal capacitado y profesional hará que el trabajo jurisdiccional, que no hace solo, ni puede hacerlo sólo el titular, sea cada vez mejor.

Ahora bien, ese deber de conocimiento y capacitación por parte de los funcionarios judiciales, no debe ser únicamente el necesario para aprobar exámenes o cursos que los catapultarán a un mejor puesto, sino una educación y capacitación permanente, por lo menos, durante toda la vida laboral.

Una vez que ya señalé que la responsabilidad del conocimiento y el aprendizaje corresponde a todos los miembros del aparato judicial, haciendo especial énfasis en la responsabilidad que recae en el titular y que esa obligación es permanente, continúo este ensayo desarrollando los temas —que creo son los que debemos conocer y en los que tenemos que capacitarnos—, es decir, ahondaré en el *QUÉ* debemos estudiar y *CÓMO* lo podemos hacer.

3. La misión, valores y objetivos del sistema de administración de justicia y del órgano jurisdiccional

El magistrado Ariel Alberto Rojas Caballero, en su libro *La administración del juzgado de distrito*, escribió:

En el mundo de la administración actual se viene dando una importancia creciente a la *filosofía organizacional*, destacando dentro de ella la *misión, valores y objetivos*. Toda organización debe poseer una filosofía con grandes valores, ya que *sólo a través de la identificación de sus integrantes con parámetros de orden superior, el hombre estará dispuesto a dar más de lo que le pagan*.

El significado esencial de la filosofía organizacional fue expresada de manera idónea por Thomas Watson Jr., cuando dijo:

“Estoy convencido que toda organización, a efecto de perdurar y alcanzar el éxito, debe poseer un sólido conjunto de creencias que sirvan de premisa a toda su política y a sus acciones. En segundo lugar, opino que el factor más importante del éxito empresarial es una invariable adhesión a dichas creencias. Opino que si la organización ha de estar a la altura de los desafíos que la plantea un mundo en proceso de cambio, debe hallarse preparada para cambiar en sí misma todo lo que sea preciso, a lo largo de su historia como empresa, exceptuando sus creencias básicas”.⁴

La idea de que las organizaciones tienen una misión, refleja la concepción de que son algo más que simples estructuras técnicas y administrativas. Son instituciones que *poseen personalidad y meta*. Formular la *misión de una organización equivale a enunciar su principal razón de existir*; es identificar la función que cumple en la sociedad y, además, su carácter y filosofía básicos.⁵

En concordancia con lo anterior, estimo que en todo órgano jurisdiccional se debe comenzar por reflexionar ¿para qué estamos en él? Tanto a nivel grupal, como individual. ¿Por qué en lugar de ser campesino, artesano, obrero, artista, empresario,

⁴ Cita incluida en la propia cita: Cornejo y Rosado, Miguel Ángel, *Excelencia directiva para lograr la productividad*, 12ª ed., México, Miguel Ángel Cornejo Editores, 2002, p. 142.

⁵ Cita incluida en la propia cita: Hampton, David Rey, *Administración*, 3ra. edición, México, Mc Graw Hill, 1989, p. 144. Tomadas de Rojas Caballero, Ariel Alberto. *La administración del juzgado de distrito*. México, Consejo de la Judicatura Federal, 2004, páginas 14 y 15.

médico o técnico, soy abogado? y ¿por qué de entre todos los campos de acción que permite ejercer la licenciatura en derecho, elegí la de la judicatura?, ¿cuál es mi misión dentro del órgano jurisdiccional y dentro del sistema de administración de justicia?

El magistrado Ariel Rojas Caballero, al referirse a la misión del juzgado al que entonces estaba adscrito, puntualizó:

Conocer, tramitar y resolver juicios de amparo, mercantiles, civiles y penales federales y comunicaciones oficiales de manera pronta, completa e imparcial, con la máxima calidad posible, con responsabilidad, sensibilidad social y ética, con estricto apego al Derecho y a la justicia, con espíritu de servicio.⁶

Como esa misión, cada órgano jurisdiccional puede tener la suya, más o menos parecida, porque formamos parte del mismo sistema de administración de justicia.

En el juzgado al que estaba adscrito, además adicionamos a nuestra misión, el “*hacer nuestro trabajo con amor, respetando el expediente y todos los derechos que el mismo involucra*”.

Nuestra *visión* es la de formar junto con los demás órganos jurisdiccionales del sistema judicial, el prototipo que cumpla con las expectativas de los justiciables respecto a un órgano de administración de justicia excelente.

Nuestros *valores* son el respeto, compañerismo, solidaridad, colaboración, honestidad, franqueza, confianza, responsabilidad, compromiso, diligencia, comprensión, moderación, democracia, optimismo, profesionalismo, comunicación, paciencia, perseverancia, superación, organización, hacer las cosas con amor, gratitud, belleza, orden, iniciativa.

Nuestro *objetivo*: Hacer cada día las resoluciones de mayor calidad y las más justas.

4. Actitudes éticas

El conocimiento y capacitación de los funcionarios judiciales debe versar necesariamente acerca de actitudes éticas. ¿Cuáles?

Con independencia de las diferentes definiciones de ética, para mí, la ética es *el arte de vivir bien*.

⁶ Rojas Caballero, *Op. cit.*, p. 15.

Vivo bien, cuando mi ser exterior está en congruencia con mi interior y cuando esa vida, sin perder su identidad, cultiva valores que permiten respetar y armonizar con el resto del universo.

La Constitución y el Código de Ética establecen los valores que permitirán un desempeño judicial ético, por lo que *en tales ordenamientos se encuentra el derrotero a seguir* sobre las actitudes éticas que necesitamos desarrollar y que favorecerán el mejor cumplimiento de las funciones judiciales, las que por supuesto, deben ser objeto de conocimiento y capacitación.

Al respecto dispone el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su séptimo párrafo:

La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de *excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.*

De la misma forma, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, respecto a estos conceptos, establece:

Independencia. Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social. *Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél.*

Imparcialidad. Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. *Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.*

Objetividad. Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. *Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra, y no por las que se derivan de su modo personal de pensar o de sentir.*

Profesionalismo. Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación.

Excelencia. El juzgador se perfecciona cada día para *desarrollar las siguientes virtudes judiciales:*

humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

Excedería el propósito de este ensayo hablar de las diversas virtudes éticas; no obstante, quiero referirme a tres de ellas, que considero fortalecerán determinadamente el principio rector conocimiento y capacitación.

Estas virtudes son: *el humanismo, la humildad y la responsabilidad.*

En primera instancia quiero señalar que el hablar de virtudes no hace virtuoso al que discurre acerca de ellas. El mejor discurso de las virtudes son las propias acciones. Me atrevo a referirme a ellas, no para dar consejo, sino para invitar a que reflexionemos sobre estos aspectos y para que cada uno, cuando esté convencido de que es lo mejor, las adopte como forma de vida y específicamente como filosofía de trabajo.

Formulo estas reflexiones porque pienso que si dentro del sistema judicial fuésemos más humildes, responsables y humanos, estoy seguro que el trabajo que se hace, que ya es bueno, alcanzaría la categoría de excelente.

A. El humanismo

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación dice acerca del humanismo:

En cada momento de su quehacer está conciente de que *las leyes se hicieron para servir al hombre*, de modo tal que la persona constituye *el motivo primordial de sus afanes.*

Considero que al hablar de humanismo, no solo las leyes se hicieron para servir al hombre, sino todo lo que existe está hecho para el ser humano, para que esta especie de la creación alcance dicha *calidad y dignidad.*

Ahora bien, en lo que al trabajo judicial concierne, el humanismo implica observar a las personas vinculadas en cada expediente. Tener conciencia de que en un juicio se ponen en juego intereses y derechos así como tiempo, dinero, esfuerzo, emociones y creencias. Aplicar el humanismo al resolver un expediente judicial equivale a ser empático con los justiciables; reflexionar acerca de cómo deseáramos ser tratados en caso de que nosotros fuésemos quienes participamos en un juicio.

No debe perderse de vista que no podemos tratar con humanismo a las personas que no vemos, *cuando no somos capaces de tratar con humanismo a las personas que sí vemos.* Si deseamos desarrollar esta virtud, debemos primero reflexionar sobre cómo nos tratamos a nosotros mismos, a los miembros de nuestra familia, a nuestros compañeros de trabajo, a los colaboradores y a los superiores.

Si actuamos con humanismo y estamos conscientes de que todo lo que existe tiene como propósito que la especie humana esté bien, enderezaremos algunas acciones equivocadas que por falta de cuidado repetimos y haremos otras que permitan el logro de este fin.

Por ejemplo, un fin básico del que se prepara y trabaja es vivir mejor, entendiendo como tal, entre otras cosas, el tener la capacidad económica que le permita además de resolver las necesidades básicas, gozar de algunos privilegios; tener salud, diversión y esparcimiento; cultivar además de la materia gris del cerebro, la emocional, la artística y la de relacionarse con otras personas. Además del dinero y de los bienes, el ser humano necesita sentirse apreciado, requiere incluso por instinto biológico, sentir que está evolucionando.

Pues bien, antes de pensar en aplicar el humanismo a los expedientes judiciales, habrá que observar si existe humanismo dentro de las oficinas judiciales; si a cada persona que integra el centro de administración de justicia se le trata con dignidad y respeto, si se le reconoce la calidad de ser humano; si en el centro de trabajo se le hace sentir una persona valiosa o un estorbo; si se toman en cuenta sus afanes de crecimiento o se le trata con indiferencia o prepotencia; si se le instruye con el ejemplo o solo se le dan discursos vacíos.

Me parece que cuando se predica con el ejemplo, cuando en el grupo de trabajo cada compañero se preocupa del otro, se apoya, se facilita la comunicación y la convivencia, se le permiten prerrogativas para que alcance su propio desarrollo y se le concientiza de que es la forma en que se debe vivir, se vuelve, por consecuencia, en el mayor número de los casos, empático hacia las personas que están detrás del expediente, a quienes por supuesto, tratará con humanismo.

B. La humildad

No entiendo por ejemplo, por qué algunos funcionarios judiciales a veces nos sentimos que somos más que otros, específicamente por el rango o por la información que guardamos en la cabeza. Lo mismo sucede curiosamente, en los grupos cuyos integrantes han acreditado maestrías o doctorados. El *status* o el cargo enrarece a veces el clima de comunicación y de relación entre las personas. Es posible que seamos eruditos, tengamos poder o poseamos brillantes credenciales, pero ese crecimiento no está acorde con nuestro desarrollo personal. Nos falta humildad.

¿Cómo practicar la humildad?

Siendo consciente de las propias limitaciones.

Pensemos por ejemplo que cualquier objeto que observamos hubo un tiempo en que no existía, alguien tuvo que hacerlo. Nuestros alimentos que consumimos cada día, siguen un largo proceso de producción, distribución, venta y preparación antes de llegar a nuestra boca. Nuestros instrumentos de trabajo alguien los creó y alguien paga para que fácilmente los tengamos al alcance. El sueldo que percibimos y que se deposita en un banco y al que accedemos con nuestra tarjeta de débito, alguien tuvo que cubrirlo y depositarlo. El trabajo que hacemos cada día depende del trabajo de otros, además del nuestro. ¿Pensemos qué haríamos, si todos los que nos sirven y todo lo que nos sirve, decidiera —para demostrarnos nuestro real lugar— ponerse un tiempo a huelga? ¿Qué podríamos hacer por nosotros mismos?

Cuando adquirimos conciencia de nuestras limitaciones, el primer sentimiento que surge es el de agradecimiento porque todas las personas y todo lo que nos permite vivir cómodos y felices están ahí. Cuando sentimos este agradecimiento desde el alma, me parece que la humildad es natural. ¿Cómo vamos a morder la mano que nos da de comer? ¿Como portarnos insultantes con quienes nos sirven y nos permiten mantener el *status* que tenemos?

La conciencia de nuestras limitaciones nos hace poner los pies en la tierra y nos hace saber que los cargos, grados académicos o habilidades no nos hacen más dignos, sino que son medios para que podamos ser mejores personas y en el campo judicial, para emitir de la mejor manera nuestras resoluciones y tratar con dignidad y respeto a nuestros semejantes.⁷

C. La responsabilidad

Ser responsable significa asumir las consecuencias de las acciones positivas o negativas que realizamos y responder a quien confió en nosotros. Eres responsable cuando entregas buenas cuentas o mejores de las esperadas a quien te otorgó la confianza.⁸

⁷ Tomado de las ideas rectoras del *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*.

⁸ *Idem*.

Si eres un impartidor de justicia responsable, tomarás en serio tus deberes y cumplirás a cabalidad y en tiempo las tareas que se te encomienden si aceptaste hacerlas. Serás confiable, se podrá contar contigo.

A veces se confunde la responsabilidad con la soberbia, la baja autoestima o el abuso de poder.

Me explico. Todos tenemos límites y nadie está obligado a lo imposible. Cada uno, además, sabe el justo alcance de sus capacidades. Si se le pide por ejemplo que en dos días entregue tres o cuatro proyectos de sentencia y que incluso los realice en los días de descanso, tal vez pueda cumplirlo alguna vez, siempre que no duerma lo necesario, pero si esa situación se prolonga por cierto tiempo, su salud se verá seriamente amenazada.

Con la voz de “acaso no puedes”, el proyectista que se siente “responsable”, hará casi lo imposible por lograrlo, olvidando que también debe cuidarse y pasando por alto que para hacer un trabajo bien, primero se tiene que estar bien. ¿No será acaso soberbia o baja autoestima disfrazada de responsabilidad?

El soberbio cree que puede hacer incluso lo que no puede y el que tiene baja autoestima se deja abusar por el terrible miedo que le produce el no quedar bien.

Desde la perspectiva de quien exige imposibles, el imponer este tipo de “responsabilidades” constituye un abuso de poder y un menosprecio a la dignidad humana.

En consecuencia, ser responsable es asumir las consecuencias de las propias acciones y de responder a la confianza que se otorga, pero sin que ello implique ni denigrar a otro ser humano ni permitir que lo hagan.

5. Los derechos humanos y su respeto

Como se ha puntualizado líneas atrás, el derecho debe encargarse de servir al hombre. *El respeto a los derechos humanos como medio para alcanzar la paz social, por tanto, es el fin del ordenamiento jurídico.* Estos derechos son los que permiten al ser humano ser concebido como tal y alcanzar la dignidad que merece y en cuanto prerrogativas o garantías, tienen fuerza vinculante cuando el derecho interno o los tratados internacionales al que se suscribe un Estado los reconoce.

Los derechos humanos tienen como característica general ser universales, inalienables, interdependientes, indivisibles y no discriminatorios. (Derechos a la vida, a la libertad —en sus diversas modalidades: de expresión, de asociación, de tránsito—, a

la igualdad, a la seguridad jurídica, al debido proceso, a ser diferente; derechos económicos, sociales, culturales; al trabajo, a la seguridad social, a la educación, etcétera).

La oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas manifiesta al respecto:

¿Qué son los derechos humanos?

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Universales e inalienables

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Los derechos humanos son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

Interdependientes e indivisibles

Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

Iguales y no discriminatorios

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Está presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁹

Como son precisamente los órganos administradores de justicia los encargados de aplicar el derecho en cada caso concreto, los aplicadores del ordenamiento jurídico debemos saber cuáles de estas garantías son reconocidas por nuestro derecho interno y además de conocerlos, hacerlos prevalecer en los casos que someten a nuestra consideración.

Al respecto, el Consejo de la Judicatura Federal, a través del Instituto de la Judicatura Federal se ha preocupado por difundir cursos o conferencias de manera presencial o por videoconferencias respecto a estas temáticas, por lo cual existe el medio para acceder a este conocimiento y para capacitarnos al respecto.

⁹ Tomado de la página electrónica del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

6. Los valores constitucionales

Otro referente obligado de *conocimiento y capacitación* son los valores o garantías que nuestra Constitución Federal reconoce a todos los gobernados y que por ende les permite hacerlas valer ante los tribunales en caso de desatención. Garantías que como sabemos se refieren a la igualdad, la libertad, la propiedad, la seguridad jurídica, así como las llamadas garantías sociales.

El conocimiento del derecho constitucional es materia curricular obligatoria de facultades y posgrados en derecho, así como de cursos prácticos de amparo o de medios de control constitucional que se imparten en las escuelas judiciales, por lo que dicho conocimiento está al alcance de los funcionarios judiciales quienes deben ocuparse en tomarlos, especialmente si trabajan para el Poder Judicial de la Federación que es el encargado de velar porque la Constitución se cumpla.

No basta con conocer los valores constitucionales, corresponde a quienes administramos justicia, *desarrollarlos*. ¿Cómo?

Cada caso concreto nos brinda la oportunidad de conocer en forma práctica, cómo es que se aplican esos valores y la medida en que en realidad se respetan. Esa experiencia pragmática nos permite —si deseamos hacerlo— emitir propuestas para su desarrollo y ello se puede hacer cuando compartimos la experiencia al respecto, en foros o conferencias jurídicas, cuando elaboramos artículos, o cuando, de ser competentes para ello, formulamos tesis de jurisprudencia.

La temática para abordar es abundante y no es el propósito central de este ensayo, pero a manera ejemplificativa pueden surgir preguntas como las siguientes:

¿Se sigue justificando la desigualdad de trato jurídico entre los trabajadores y cualquier patrón?, ¿el salario mínimo realmente es suficiente como lo pretende la Constitución?, ¿el derecho a una vivienda digna y decorosa es una meta alcanzada?, ¿existe la infraestructura para que sea una realidad la justicia restaurativa?, etcétera.

7. El derecho vigente y su interpretación

Es claro que quien forma parte de la administración de justicia debe conocer el derecho y por conocimiento nos referiremos a todo el saber que el derecho ofrezca, especialmente el derecho nacional y el internacional vigente, que al formar parte de

los tratados internacionales que suscribe nuestro país con otros estados del orbe, viene a formar parte de nuestro derecho patrio.

Este conocimiento implica en principio un conocimiento básico o a nivel de nociones, que conforme pasa el tiempo y la experiencia avanza se debe ir profundizando a través del conocimiento de la doctrina relativa. Ese aprendizaje, por tal motivo, debe ser continuado durante toda la vida laboral, por lo menos.

El jurista debe conocer además *la interpretación de ese derecho*; por tanto, debe cultivar el estudio de los precedentes y de las jurisprudencias que constantemente se van emitiendo por los órganos del Poder Judicial de la Federación.

El derecho además se va transformando, por lo que el funcionario judicial debe estar al pendiente de las reformas, tanto constitucionales como de las leyes secundarias, para observar los perfiles que van tomando las instituciones jurídicas nacionales, procurando para tal efecto, participar en los diversos cursos que al respecto se ofrecen y acercándose la bibliografía pertinente.

El juzgador que aspira a ser un buen Juez debe estar en constante actualización. No importa si su actividad es especializada en alguna materia o en determinado tipo de juicios. No tiene justificación para desconocer reiteradamente lo que no es común a sus actividades en este momento. Por ejemplo: si es un juez civil o sólo conoce de amparo, no es justificable que desconozca la reforma constitucional que se ha llevado a cabo en la materia penal. Si el juez es especializado en procesos, no es justificable que desconozca las probables reformas que se están gestando en el juicio de amparo. En suma, el juzgador bien formado es el que conoce el derecho vigente que se aplica y tiene el hábito de seguirse actualizando.

Por consiguiente, los titulares deben planear en cada año de trabajo, los medios con los que van a capacitar a su personal y a ellos mismos en estas materias, ya sea apoyando sus propias propuestas para inscribirse en cursos que imparte el Instituto de la Judicatura Federal en su sede central y extensiones, ya sea enseñando por sí mismos, las materias de contenido jurídico a su personal, y permitiendo que todos sin exclusión empiecen a practicar con asuntos del propio órgano jurisdiccional que serán revisados y corregidos en primera instancia con sus jefes inmediatos y después por los propios titulares.

Asimismo, deberán favorecer los intercambios con otros órganos jurisdiccionales que ven materias distintas, para que la formación del personal sea más completa.

En la actualidad, los avances informáticos permiten que ya no exista ninguna información imposible de rastrear; en la especie, se tiene acceso a casi cualquier sentencia o resolución de cualquier materia, lo que permite al acceder a ella, aprender

de aquellos asuntos que normalmente no son del conocimiento del propio órgano jurisdiccional. Con esa información se pueden formar bibliotecas de proyectos que servirán como referente para que el propio personal se capacite en la práctica.

Finalmente, también se debe apoyar al personal a que no sea solamente un alumno, sino también un docente, pues está comprobado que cuando se enseña se aprende con mayor facilidad. La implementación de este sistema permitirá que la capacidad y las habilidades jurídicas de todo el personal se eleven en un tiempo considerablemente corto.

Debo comentar, sin embargo, que debe tenerse cuidado con lo que se aprende y dónde se aprende, además de apreciar si sirve precisamente a los fines que se persiguen.

En la actualidad existen numerosos cursos y abundancia de escuelas que enseñan derecho; incluso materias semejantes tienen un contenido programático diverso. A veces se cae en el prurito de inscribirse en cualquier curso de derecho que se ofrezca —porque es la moda—, sin analizar las consecuencias de haberlo elegido.

Esta falta de reflexión hace que, por ejemplo, se tomen cursos donde se aborda el derecho internacional, cuando ni siquiera se conoce el patrio; que se utilice tiempo para aprender historia del derecho o materias relacionadas, cuando se desconoce lo básico del trabajo que ya se está realizando.

Creo que desde un enfoque práctico debe optarse por perfeccionar lo que ya se hace. Así por ejemplo, si se trabaja en el Poder Judicial de la Federación es claro que en primer lugar se debe ser un experto en amparo, enseguida en procesos civiles, administrativos y penales federales y, por ende, que los cursos que enseñan esas materias son prioritarios respecto a las que no lo hacen.

No quiero decir con esto que se soslayen los cursos que acrecentarán nuestra cultura jurídica, sino que para aprender se siga un orden, se respeten prioridades y se analicen los fines prácticos de las decisiones tomadas.

8. Estructura, objetivo y funciones del poder judicial

Actualmente el Poder judicial, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral, al desempeñar sus funciones encarga a un ente el aspecto judicial y a otro distinto, el administrativo.

Resulta importante que quien forma parte del cuerpo judicial *conozca y en su caso se capacite* respecto a la estructura, objetivo y funciones de cada una de las oficinas que conforman este poder, pues ello le permitirá, además de ubicar las competencias específicas, identificar sus propias responsabilidades, amén de distribuir equitativamente las cargas de trabajo y auxiliarse de las instancias adecuadas ante problemas concretos.

9. *Técnicas para elaborar resoluciones de trámite y de fondo en cualquier instancia*

No sirve de mucho saber el contenido de las normas de derecho si no se conocen los medios a través de los cuáles se aplican.

Por ello, el jurista, en especial el que trabaja en el Poder Judicial, debe conocer la forma y técnicas para elaborar, con calidad, resoluciones de trámite y fondo en cualquier instancia.

Un funcionario bien capacitado, será quien pueda elaborar autos, resoluciones y sentencias tanto de proceso como de amparo, en un juzgado de distrito, en un tribunal unitario, en un tribunal colegiado o en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si labora en el Poder Judicial de la Federación y sentencias y autos de procesos si labora para el Poder Judicial local.

Con tal propósito, el funcionario judicial debe ser un buen investigador del derecho, tanto en la teoría como en la práctica; debe conocer los formatos tradicionales en que se presentan las diversas actuaciones judiciales, las reglas formales y de fondo que deben satisfacerse; su contenido, la argumentación; la redacción; la correcta interpretación de las normas; la forma en que deben proponerse y solucionarse los problemas jurídicos, y todo ello sin descuidar el propósito fundamental de lograr que a través del derecho se alcance la justicia.

Actualmente, en el SISE por ejemplo, se pueden consultar sentencias de cualquier tema. Su estudio permite conocer y mejorar el propio trabajo que actualmente se hace.

Asimismo, dentro del órgano jurisdiccional, el trabajo se puede vincular a través de redes informáticas, lo que permite que todo el personal conozca y aprenda a través del trabajo que hicieron sus otros compañeros, aprendiendo de sus especiales cualidades.

10. *El manejo de las herramientas para plasmar ese conocimiento*

La demanda de trabajo actual exige que el funcionario judicial conozca y domine herramientas que permitan lograr el objetivo de administrar justicia en menos tiempo, pero con la misma o mejor calidad.

Actualmente ya se tienen computadoras, scanners, fotocopadoras, faxes, redes informáticas, memorias de datos de alta capacidad que contienen abundante información. El conocimiento de la tecnología y la forma de usarla, es y debe ser permanentemente materia de la capacitación.

En el Poder Judicial por ejemplo, deben saber usarse perfectamente el IUS; diversos buscadores jurídicos; las páginas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal que presentan diferentes herramientas legislativas; diccionarios y libros jurídicos, así como los enlaces a diversas páginas electrónicas que facilitan la labor, además de los conocimientos de informática básicos que se necesitan para acceder a esta información.

En ese aspecto es conveniente que los funcionarios de mayor edad se junten con los más jóvenes a quienes se les facilita el uso de las nuevas tecnologías. Estos últimos se verán también beneficiados, pues mientras ellos saben usar la tecnología, los mayores saben qué buscar en ella.

11. *Aprender a aprender*

En el pasado había que asistir a la biblioteca o a la sede de los congresos locales o federal, para obtener información útil al trabajo judicial.

Hoy en día, casi todo eso puede hacerse desde una oficina. Actualmente el problema ya no es la falta de información, sino el exceso y priorización de ésta.

Basta buscar en Internet cualquier tema, para que, aunque sea con alcance de nociones, haya muchas voces al respecto, que a su vez nos remiten a bibliografía precisa que nos permite profundizar. Por lo tanto, ahora lo que necesitamos es aprender a aprender, es decir, a saber qué tomar de todo ese mar de información que existe.

Con base en esta premisa considero que también debe ser objeto de conocimiento y capacitación el *aprender a aprender*, desde el uso de nuestros recursos personales como el cerebro, diversas inteligencias, así como de los recursos materiales que contienen la información que necesitamos.

12. *Trato a los justiciables*

Adicionalmente al conocimiento jurídico, especialmente el titular, pero también todos los que forman parte del equipo judicial, deben contar con un conocimiento acerca del *trato a los justiciables*, pues al fin y al cabo ellos son los depositarios del servicio de administración de justicia.

No debe perderse de vista que el fin del derecho es la paz social. Que cuando el gobernado pone en manos de la administración de justicia sus bienes más preciados como lo son después de la vida, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos, es porque ha renunciado a hacerse justicia por sí mismo, es decir a la venganza privada y ha confiado en que un tercero imparcial le proporcione lo que legítimamente le corresponde.

Es decir, si salimos a la calle y preguntamos a cualquiera qué es lo que espera de un Juez, casi unánimemente responderá: “Que haga justicia” y si les preguntáramos cómo se imaginan al juzgador ideal responderán: En primera, que sea una buena persona, porque si no lo es, con qué autoridad moral juzgará a los demás. Enseguida, considerarán que debe ser alguien preparado, es decir, que sepa el suficiente derecho como para que el asunto sometido a su consideración no le sea desconocido sino familiar y esperarán especialmente que tome en serio su función, esto es, que no tome los expedientes como una “chamba” con la cual ganarse la vida.

Los justiciables desean que los jueces puedan percibir el impulso y las características de sus necesidades, que sepan que detrás del expediente hay personas que están invirtiendo tiempo, dinero y energías emocionales para lograr algo, por lo que la respuesta a sus planteamientos no debe ser una mera receta de cocina, sino una actitud seria y responsable que se traduzca en el mejor resultado jurídico posible, quieren saber a qué atenerse y quieren que la ley se aplique a todos sin favoritismos.

Los gobernados también esperan que el juez sea sensible al respeto de los derechos humanos, a la concepción de calidad y excelencia en la realización del trabajo judicial, a la vocación de servicio.

El conocimiento y la capacitación a este respecto, también debe abarcar cuestiones no jurídicas que permitan acrecentar el bagaje cultural y por consiguiente entender las distintas manifestaciones de la cultura, no jurídica, que la vida nos ofrece, para con ello adquirir la experiencia necesaria que nos permita juzgar correctamente; finalmente, el conocimiento debería abarcar creo, un entendimiento integral del ser humano, entendido éste como cuerpo, mente y espíritu.

Un funcionario judicial bien capacitado será quien eficientemente pueda en el ámbito de sus funciones administrar justicia y hacerlo con eficiencia y eficacia.

13. El trabajo en equipo

Al interior del órgano jurisdiccional el juzgador debe ser también un buen jefe, pues si está lleno de amargura, de resentimientos, de complejos, de prejuicios, de maldad o de infelicidad, seguramente eso derramará en sus compañeros colaboradores y finalmente esta actitud enfermará no solamente al personal, sino también al producto que sale de ese órgano jurisdiccional. Por el contrario, si se está en presencia de un titular feliz y de compañeros colaboradores felices, habrá sentencias felices que incidirán positivamente en la población.

El juzgador debe estar siempre consciente de que no actúa solo, que la justicia en el órgano jurisdiccional es tarea de varios y por tanto *crédito de todos* y debe estar vigilante para que al igual que él, los demás tengan el deber y el derecho de aprender todo aquello que sea necesario para cumplir brillantemente con su función y por tanto procurar que intelectualmente y como personas, sus colaboradores crezcan, sean mejores y brinden a los justiciables el respeto a su dignidad y satisfagan las expectativas que han puesto en ellos.

A. Trabajo en equipo en lugar de individualismo. Transformación cultural

En el pasado, nos programaron para ser individualistas. Basta recordar que en el examen escolar el 10 no era para el equipo, sino para el alumno que supiera todas las respuestas y estaba prohibido y hasta castigado que aunque conocieras la respuesta la compartieras con el compañero. Incluso, cuando trabajabas en equipo sucedía que uno o dos trabajaban y el resto hacía únicamente acto de presencia. En pocas palabras, no nos enseñaron realmente a trabajar en equipo. Esta enajenación en lugar de educación, trajo sus consecuencias, entre ellas, que en las organizaciones laborales, unos trabajen mucho, otros casi nada, se esconda información que puede ser utilizada y haya pobres resultados, al no saber compartir adecuadamente recursos y responsabilidades.

A la hora de trabajar en un órgano jurisdiccional se advierte que si no se trabaja en equipo es literalmente imposible cumplir con la misión encomendada y la experiencia ha demostrado que vale más un equipo de mediana capacidad que un genio aislado.

Para trabajar en equipo se requiere en primer lugar tener humildad, es decir, entender que por mis propios méritos no puedo hacerlo todo y, por ende, que en alguna medida soy dependiente de los demás y por lo tanto debo reconocerles, esto es, darles el crédito que merecen respecto a su participación; de tal suerte que ha de cambiarse el enunciado “lo hice” por “lo hicimos”.

En segundo lugar, para trabajar en equipo se requiere que cada quien aporte algo, pues no se vale que otros trabajen y yo simplemente consuma los beneficios. Por lo tanto, es importante un auto examen para saber qué es lo mejor que sé hacer y ponerlo con gusto al servicio de los demás.

Para trabajar en equipo se necesita que en el titular se conjuguen el líder formal y el líder moral, o bien, que se reconozca dentro del órgano jurisdiccional la existencia de varios líderes con una misión en común, que debe ser, sin lugar a dudas, la evolución y excelencia de la oficina judicial y de los miembros que la conforman.

Para trabajar en equipo se necesita cambiar la idea de austeridad por la de abundancia, de tal suerte que creamos que hay suficiente bienestar y saber para todos.

Para trabajar en equipo, se requiere que todas las acciones que se emprendan, aunque en apariencia o temporalmente favorezcan a uno de sus miembros, a la postre vendrán a favorecer a todos, es decir utilizar la fórmula ganar, ganar.

Para trabajar en equipo se requiere aprender a actuar con orden, con planes, a tener paciencia, a tener constancia y autocrítica acerca de las propias acciones y resultados.

Para trabajar en equipo se requiere tener la capacidad de convencer a un grupo de personas que sientan lealtad por la institución; que de ser necesario, trasciendan la actividad laboral, pero no por obligación sino por convicción, de tal manera, que cuando actúen sientan que no solamente son utilizados, sino que son importantes y que *es su aportación la que hace la diferencia*.

Para trabajar en equipo, aun cuando existe una dirección, se debe tener la flexibilidad para escuchar puntos de vista que incluso contradigan la propia visión del director, con la única limitante de que las ideas que se expresen sean bienintencionadas y dirigidas a cumplir con más eficacia y excelencia los objetivos.

Para trabajar en equipo, finalmente, se necesita querer trabajar en equipo, lo que se logra cuando los resultados permiten que además del crédito a todos los participantes, también obtengan beneficios tangibles que no se hubieran obtenido de trabajar aisladamente.

B. El titular como un director técnico

Desde mi opinión, el clima laboral en un órgano jurisdiccional es sumamente importante y éste depende esencialmente del titular o titulares, pues ellos determinan normalmente el horario en que se trabaja, que las labores fluyan rápidamente o se estanquen, así como el grado de calidad en el servicio. Por lo tanto, a ellos corresponde especialmente establecer las fórmulas más eficaces para obtener de cada miembro del órgano jurisdiccional el mejor resultado posible.

Para ello es importante que el titular o titulares sepan que *ya no son las estrellas del equipo, sino los directores técnicos*. Si estableciéramos un símil entre el trabajo judicial y el fútbol soccer, diremos que los oficiales son las fuerzas básicas, que se caracterizan porque aun cuando no tienen mucha experiencia tienen toda la disposición y el empuje para apoyar en las tareas del equipo y para salir a jugar en algunas ocasiones en lugar de los jugadores titulares.

Los secretarios son como los jugadores estrella. En ellos descansa esencialmente la tarea de juzgar, pues son los que tienen más tiempo consigo el expediente, los que investigan lo necesario para resolverlo y establecen los datos relevantes con los que dan cuenta a sus titulares y proponen en los proyectos de resoluciones el contenido del auto o sentencia.

Un buen secretario debe ser tan eficiente que podría cabalmente sustituir al titular. De hecho, son los responsables de suplirlo en sus ausencias temporales. Por ello, afirmo que *los secretarios son las estrellas del equipo, sin que ello signifique que sean todo el equipo*, ni que por su actividad estelar resten el crédito a los demás integrantes, ni la responsabilidad ni la experiencia que corresponde a los titulares.

Los titulares, en cambio, son los directores técnicos y su lugar se justifica porque previamente ya fueron las estrellas de algún equipo, ya fueron fuerzas básicas, pero ahora son los encargados, con sus conocimientos y experiencia, de hacer que sus actuales estrellas realmente alcancen la máxima plenitud.

El titular, por eso, debe abstenerse de ser un super secretario, ya no le corresponde hacer proyectos y en cambio debe apoyar y pulir la formulación de los que hacen sus secretarios o personal que proyecta. Debe respetar su estilo; compartir sus experiencias para que facilite las tareas del nuevo secretario; debe procurar que las cualidades de cada miembro del equipo se pongan al servicio de todo el grupo y que en conjunto se logre una mayor calidad de la que pudiera haber conseguido el secretario actuando aisladamente.

14. *El liderazgo*

Los titulares *deben ser ante todo líderes*, conocedores de que el ser humano por naturaleza tiende a evolucionar y necesita hacerlo para no caer en el aburrimiento o la inacción.

Por ello, es el responsable de incitar a que todos los miembros del órgano jurisdiccional no se conformen con lo que actualmente son y hacen, sino que se preparen para que cuando la oportunidad se presente puedan asumirla con seguridad. Por ello, el titular debe insistir en que los que no tengan una carrera, la tengan, los que son oficiales se preparen para ser secretarios tanto en lo relativo a la acreditación de exámenes teóricos, como en la formulación de resoluciones jurisdiccionales en la práctica, que los hagan ser capaces de ascender cuando se presente el chance.

Asimismo, a los secretarios hay que prepararlos para ser titulares, tanto en lo jurisdiccional como en lo humano y en su faceta de líderes.

El titular debe recordar a su equipo, que todos tenemos, por lo menos, algunas oportunidades en la vida para llegar al éxito, pero solo los preparados en el momento indicado son los que las pueden tomar, razón por la que espera, que sean ellos los elegidos para ese éxito.

Los titulares deben también tener en cuenta que el desarrollo feliz de un ser humano no puede sustentarse exclusivamente en el trabajo; que incluso, la adicción al trabajo es una enfermedad y no un mérito. Los titulares, por consiguiente, deben procurar que el personal tenga una vida integral en donde tengan tiempo para comer y dormir bien, para divertirse, para convivir, para hacer ejercicio, para estar con la familia y para aprender otra serie de habilidades y capacidades que les permitan convertirse en seres integrales.

Los titulares, por ello, deben ser lo suficientemente prácticos para que el trabajo no absorba toda la vida del personal, pues los que no lo hacen, terminan con un grupo de personas asfixiadas por la ansiedad, normalmente con relaciones familiares destruidas, neuróticos, o en el mejor de los casos, adictos al trabajo. Los titulares, por ende, también deben contar con este tipo de conocimiento que corresponde a las relaciones humanas, al liderazgo y al desempeño exitoso de equipos laborales y, si no lo saben, *adquirirlo a través de la capacitación*.

Conclusiones

1. El conocimiento y la capacitación han sido el pasaporte a la libertad y el medio para convertirnos en personas valiosas dentro de la sociedad.
2. Aspiramos a construir una oficina judicial excelente, porque es un derecho de los justiciables y de la sociedad en general, reconocido constitucionalmente.
3. Queremos dicha oficina judicial para que el servicio público que prestamos tenga la calidad que sea digna de singular aprecio y estimación.
4. Para lograr ese centro de justicia ideal son indispensables el conocimiento y la capacitación.
5. El *conocimiento* es el resultado de ser instruido y la *capacitación* es además de la adquisición de habilidades técnicas para realizar el trabajo jurídico, comprenden el conjunto de valores, actitudes éticas, destrezas y conocimientos requeridos para el logro de los objetivos de la institución a que se pertenezca.
6. Los conocimientos y capacitación que se requieren para poder brindar una administración de justicia de calidad, son todos los que puedan reflejar, sin lugar a dudas, que estamos instruidos en derecho, así como que contamos con las habilidades técnicas y las actitudes éticas para aplicarlo correctamente.
7. Los rubros que deben comprender ese “conocimiento” y “capacitación” son los siguientes:
 - a) La misión, valores y objetivos del sistema de administración de justicia y del órgano jurisdiccional
 - b) Actitudes éticas
 - c) Los derechos humanos y su respeto
 - d) Los valores constitucionales
 - e) El derecho vigente y su interpretación
 - f) Estructura, objetivo y funciones del Poder Judicial, tanto judiciales, como administrativas
 - g) Técnicas para elaborar resoluciones de trámite y de fondo en cualquier instancia
 - h) El manejo de herramientas para plasmar ese conocimiento
 - i) Los diferentes estilos de expresión de ese conocimiento
 - j) Aprender a aprender
 - k) Trato a los justiciables
 - l) El trabajo en equipo
 - m) El liderazgo

8. El titular y el resto de los empleados judiciales deben ser actores y promotores convencidos del conocimiento y la capacitación.

Gracias por leer este ensayo. Deseo que mis palabras enciendan tu corazón, apoyen todo lo que ya haces, reconozcan tu esmero y dedicación y aporten algo a lo que seguramente ya sabes, para que juntos construyamos el servicio de administración de justicia que todos merecemos.

RESEÑAS

Nubiola, Jaime, *El taller de la filosofía: Una introducción a la escritura filosófica*, 4ª ed. (1ª ed., 1999), Pamplona, Eunsa, 2006, 248 págs.

En esta obra, Jaime Nubiola reflexiona sobre uno de los problemas más importantes de la enseñanza: aprender a escribir.

Plantea que escribir es semejante a la labor representada en la portada del fresco de Vasari y Stradano “Penélope con sus tejedoras”. Afirma que la actividad filosófica y la creación artística se equiparan y convergen en su didáctica, y resalta que los conocimientos que se obtienen en la primera, no obstante sus elevados objetivos, siempre parten de aquello que para nosotros es más próximo.

El autor insiste en que el conocimiento requiere reflexión y cuidado y, por consiguiente, tiempo, pero siempre un tiempo medido, con un objetivo bien definido. En general invita a leer y repensar en el tiempo y lugar adecuados, con la sugerencia de que se organice un taller que, según nos dice, es de gran ayuda en la actividad creativa del escritor. Resalta que en el horizonte de la vida intelectual se perciben las cosas con una reflexión o atención especiales, porque se contemplan con pausa, tiempo y atención, lo que conlleva a aclarar las pasiones y transformarlas en afectos. Ayuda a desarrollar la capacidad de escuchar y comprender las razones, a través de un ejercicio ético que sobre la vida se puede y necesita aplicar para alcanzar la claridad y la verdad, que al traducirse en escritura hace que el individuo gane autoridad a diario, a través del empeño por ser autor, cuando menos, de sus propias palabras, por decir siempre la verdad, por aclarar la pasión y ser claro en la expresión.

Existen muchos autores de libros sobre el tema de la verdad, no obstante que se trata de temas no filosóficos, precisamente por la razón que menciona Nubiola, es decir, porque solo de un tema abordado con rigor puede alcanzarse un objetivo plausible y verificable, que le dan el carácter de cientificidad a cualquier investigación, como lo resalta el doctor Ponce de León Armenta al señalar lo siguiente:

La verdad es un valor de la ciencia, que incluye la ciencia jurídica, todo tratamiento científico de los fenómenos socio-jurídicos, se circunscribe en la búsqueda de la verdad, para aproximarnos a la misma. Dentro de la dinámica científica es necesario someter permanentemente nuestras convicciones a comprobación; a mayor comprobación de nuestras reflexiones, mayor solidez de nuestras convicciones.¹

¹ Ponce de León Armenta, Luis. *Metodología del Derecho*, 4ª ed., México, Porrúa, 1999, pp. 5 y 6.

También resalta que la capacidad de razonar aumenta con la riqueza de recursos lingüísticos y se inhibe ante su carencia, sin que ello conlleve a la simple posesión de una tediosa erudición, sino que se asemeja más a una audaz aventura personal en pos de la sabiduría, en busca de la verdad, que alcanza su mejor expresión en la escritura.

Es trascendente resaltar que el autor conceptualiza a la metodología filosófica como una rama de la lógica que enseña los principios generales que han de guiar la investigación, pero también como un saber histórico, en el que se suman las mejores experiencias sobre cómo llevar a cabo una investigación personal en filosofía, de forma que alcance el objetivo concreto que en cada supuesto se busca, que en el caso es de la enseñanza de los principios generales que pueden presidir el trabajo del investigador, para lo cual afirma que pueden seguirse como pasos los siguientes:

- a) Mantener la ética del intelecto. Lo cual significa adquirir hábitos de trabajo intelectual, en virtud de que en la filosofía el modo, forma y pautas de la investigación, son tan importantes como los contenidos y resultados.
- b) Guiarse por la inteligencia. Es decir, empeñarse en resolver los problemas de las tareas rutinarias de la vida y de la propia investigación con base en premisas ciertas y en los conocimientos adquiridos, solucionándolos en todo momento y lugar a través de acciones aparentemente menores y sin mayor realce.
- c) Fortalecer la voluntad, evitar ir de acá para allá de un tema a otro, de un libro a otro, de un trabajo a otro, para lo cual es necesario potenciar la disciplina de la voluntad, el hacer siempre lo mismo de modo inteligente.
- d) Nutrir la reflexión filosófica con la experiencia ordinaria.
- e) Considerar que la verdad es hija del tiempo, lo cual significa que en cierta medida, la verdad futura depende de nuestra actividad actual, de lo que cada uno puede contribuir personalmente al crecimiento de la humanidad, al desarrollo y expansión de la verdad.

Analizada la naturaleza del filósofo, se le enmarca no solamente como un mero erudito, sino como quien hace de la filosofía su forma de vida, ya que su pensamiento deja de ser accidental para convertirse en su vida misma, dejando así un sello autobiográfico del saber, hasta el grado de que lleva a otros a continuar por ese camino. Quien se compromete vitalmente en una tarea filosófica trata de cambiar aquellas prácticas o modo de vivir que resulten incompatibles con su modo de pensar, por lo cual si se aplica su vida en la búsqueda de la verdad no puede partir de sus personales limitaciones. Lo cual es entendible, ya que necesita un estado de vida que facilite su

crecimiento personal y de quienes lo rodean. El filósofo no solo pretende saber más, sino ser mejor, y si sus planes de buscar la verdad difieren o no son compatibles con su estilo de vida, cambiará este a través de disciplina intelectual, de estudio y el aprendizaje, pues el arte de crecer en la filosofía requiere de esa disciplina.

Precisamente al aludir a la disciplina y a la metodología para escribir mejor, el autor considera la raíz griega de la palabra método (del griego “*methodos*”, ‘camino’, ‘vía’), aplicada a cualquier saber, se refiere primariamente al procedimiento que se ha de seguir para establecer las proposiciones que dicho saber considera verdaderas, o al menos, provisionalmente aceptables (a falta de otras “*mejores*”). En relación con ese tema Adela Cortina señala:

Distintos métodos proporcionan “verdades” distintas que a veces incluso pueden ser contradictorias entre sí, de modo que la cuestión del método seguido para establecerlas cobra una importancia capital, si es que se quiere aclarar un determinado ámbito del saber.²

Así, vale por trascendente reiterar que nuestro autor resalta la cuestión del método como de primer orden en la tarea del investigador, lo cual es entendible porque en cuestiones de filosofía en general es vital que el filósofo avale las afirmaciones que propone con una clara exposición del método que está utilizando para establecerlas, aunque lamentablemente abundan quienes juegan a las escondidas y no se atienen al rigor de los métodos razonables. Estos personajes suelen acusar de dogmáticos a quienes se atienen a un método determinado; pero no podemos menos preguntarnos si no será mucho más dogmático decir cualquier cosa que a uno se le ocurra sin atender a método alguno. Porque acusar de dogmático es inmunizar cualquier afirmación frente a la crítica razonable, y eso es lo que hace quien prescinde de todo método; no somete a las reglas del juego de los métodos razonables sus afirmaciones, por lo que éstas son mera palabrería que aspira a ser aceptada de un modo acrítico, por simple persuasión retórica. En cambio, quien se atiene a un método determinado en sus investigaciones y expone con claridad los procedimientos utilizados para decir lo que afirma, no se comporta dogmáticamente, sino todo lo contrario, pone sus cartas boca arriba exponiéndose a la crítica argumentada de los demás y posibilitando de

² Cortina, Adela y Martínez, Emilio, *Ética*, 3ª ed., Madrid, Ediciones Akal, 2001, p. 24.

este modo la detección de errores, inconsistencias y cualquier otro fallo que puedan contener sus afirmaciones, por lo que es preciso adoptar si se quiere hablar en serio en cualquier ámbito del saber.

Más adelante el autor resalta también como dato curioso que a partir de los treinta años sólo se aprende lo que uno escribe, lo que afirma. Implica que a partir de cierta edad para crecer no basta con leer, sino que es necesario escribir o enseñar a otros, lo que requiere a su vez pensar y expresarse con autenticidad, para lo que es necesario dominar el leguaje, lo cual no equivale a la esclavización del pensamiento, sino por el contrario, al camino de su efectiva liberación.

Es interesante el énfasis que el autor pone en las virtudes de la vida intelectual, de las cuales resalta la confianza en la propias fuerzas y la humildad. De esta última resalta que lleva a reconocer leal y abiertamente las propias limitaciones y lo mucho que uno no sabe, pues para aprender es necesario evitar la vanidad, que se expresa a veces en la incapacidad de tomar distancia respecto del trabajo realizado para valorarlo en lo que realmente merece. Más adelante menciona que la atención consiste en suspender el pensamiento, en dejarlo disponible, vacío y penetrable al objeto, manteniendo próximos, pero en un nivel inferior y sin contacto, los diversos conocimientos adquiridos que deben ser utilizados. Es ahí en la atención donde se articulan los problemas de la voluntad y la inteligencia, y precisamente la falta de atención puede llegar a imposibilitar totalmente el estudio o a alterar gravemente el sueño. La atención debe centrarse en un primer momento en lo que es más próximo y debe ir de lo más fácil a lo más difícil. Por ello la filosofía no es otra cosa que una estrategia para fortalecer la atención. En relación precisamente con la atención, otro interesante autor como lo es Umberto Eco, también resalta su importancia, desde el punto de vista de que el tema del trabajo del escritor debe ser de su interés, con fuentes asequibles, manejables, con base en un cuadro metodológico de la investigación.³

Nubiola afirma que quien se inicia en la vida intelectual debe desarrollar la imaginación a través del estudio de la literatura, además de cuidar el orden espacial, temporal y personal, en cuanto a la jerarquía de sus valores en los ámbitos de su realización personal, los cuales debe alcanzar a través de planes flexibles, adaptables a las circunstancias cambiantes, de forma que se logre disfrutar haciendo cosas que nos gusten, con horarios y calendarios reales; una vez que se termina el trabajo de un día se planea el del día siguiente, dando un tiempo a cada cosa, y pensar cómo se gestionarán; se

³ Eco, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, España, Gedisa, 2000, p. 34.

debe aprender a esperar y a estar a la expectativa, con la paciencia activa. Hay que tener paciencia con uno mismo, con los demás, con la lentitud en el progreso de la comprensión de las cuestiones más arduas.

Pareciera en un primer momento que para el investigador lo más importante es dejar libre a la curiosidad, para lograr así la creatividad; sin embargo, Nubiola resalta que es preciso que la domine, domesticándola para poder emplearla cuando la necesite, para lo cual sugiere proteger las horas de trabajo impidiendo que sean cuarteadas por las noticias, periódicos, televisión y otras interrupciones esterilizantes. Lo que obviamente es muy enriquecedor, ya que precisamente esos distractores quitan mucho tiempo que podría aplicarse a actividades más productivas; también reitera que se debe ir de lo que se conoce a lo que se ignora, y menciona nuevamente a la lectura, principalmente que deben leerse aquellos libros que nos apetezcan por la razón que sea, para lo cual se debe leer sin guardar orden. Basta tener los libros empleados en un montón o en una lista para irlos leyendo uno detrás de otro, de forma que no leamos más de dos o tres a la vez, y siempre siguiendo un plan de escritura, pero sin obsesionarse, además de que se debe ir siempre a todas partes con el libro que estemos leyendo para así aprovechar las esperas y los tiempos muertos.

¿Cómo leer?

Nubiola contesta a esta importantísima interrogante en el sentido de que se tenga siempre un libro en la mano o en el bolsillo, al cual se le debe hacer una pequeña raya al margen de aquel pasaje o expresión con la que nos hemos enganchado o nos gustaría anotar o fotocopiar, y también llevar dentro del libro una octavilla que nos sirva de punto y en la que anotemos los números de esas páginas que hemos señalado, alguna palabra que queramos buscar en el diccionario o aquella idea que nos ha sugerido la lectura. Hacer resúmenes de libros que se leen o tomar muchas fichas, afirma paradójicamente, es en la mayor parte de los casos, una pérdida de tiempo.

¿Cómo escribir?

Para Nubiola, aprender a pensar y a articular el pensamiento y la vida es necesario para escribir, por lo que refiere que se debe iniciar coleccionando textos breves que nos den la impresión de que estaban escritos para nosotros, huir del academicismo, huir de

los temas importantes académicamente y centrarse en los temas que realmente a cada uno más le importan. Para ello también es útil abrir una página de curiosidades, cosas o dichos que han llamado nuestra atención, palabras sueltas que debemos estudiar más despacio, metáforas o imágenes que nos han gustado, por su belleza o porque nos hacen volar la imaginación, la cual es la clave de la escritura.

En la obra de referencia se analiza también la grafoterapia, que consiste en escribir, por escrito, problemas para poder lograr una solución. Afirma que para ello se debe escribir sobre el problema como si se tratara de la carta a un amigo, en la que contamos el asunto, y en todo caso si esto se dificulta debe llevarse algo así como un diario que no tenga un carácter confesional e íntimo, sino más bien pretensiones literarias. Resalta que siempre que se escriba deberán tenerse las ideas que sea para que nos quieran, pero siempre diciendo la verdad, reconociendo lo que uno desconoce con valor y estricta conducta ética y moral, tanto pública como privada, pues acota como gran verdad, que no es compatible la moralidad pública con la inmoralidad privada, ya que eso lleva en sí mismo un error de análisis, toda vez que no existen inmoralidades realmente privadas.

De lo escrito por Nubiola se puede inferir que para él la ética tiene una triple función en el momento de escribir, a saber: 1) aclarar que lo moral, con sus rasgos específicos sí es aplicable en el momento de escribir; 2) fundamentar la moralidad, es decir, tratar de averiguar cuáles son las razones por las que tiene sentido que el investigador se esfuerce por lograr un texto con contenido moral; y 3) que el escritor aplique en los distintos ámbitos de su vida social los resultados obtenidos en las dos primeras funciones, de manera que se adopte en esos ámbitos sociales una moral crítica (es decir, racionalmente fundamentada, en lugar de un código moral dogmático impuesto o de la ausencia de referentes morales).

Además, en la obra se sostiene que siempre se debe escribir con la pretensión de que lo escrito sea publicado, porque de otra manera no tiene razón escribir, y lo que no se puede escribir tampoco se debe decir y quizá ni siquiera pensarse. En relación con la publicación, el doctor Ponce de León Armenta precisa lo siguiente:

Consiste en escribir los resultados de acuerdo con lo referido por el consumidor de la investigación, seleccionar parte de los resultados para su publicación, tratando de que sean lo más importantes para el problema presentándolos en lenguaje claro y conciso.⁴

⁴ *Op. cit.*, p. 191

Además de la pretensión de verdad, Nubiola resalta que es necesario culminar esa búsqueda presentando los resultados con la claridad necesaria para que la entiendan plenamente los demás, huyendo siempre de toda afectación del lenguaje oscuro. Nunca se debe escribir algo que no se entiende, de ahí que es necesario pensar con claridad y exponiendo pensamientos propios. Se deben decir solo cosas que uno cree verdaderas, no porque esté de moda, porque lo diga mucha gente o simplemente porque convenga, y nunca se debe considerar eximido de la obligación de estudiar a fondo lo que han escrito otros autores sobre el tema que en cada caso ocupa. Ahorrarse el esfuerzo de investigar la bibliografía pertinente sobre nuestra materia sería dañoso, ya que no se estaría buscando la verdad, sino otra cosa.

En ese mismo tono de ética, el autor precisa que tampoco se deben ocultar las fuentes, porque se asimila al plagio; siempre se deben reconocer abiertamente las fuentes textuales que se emplean.

Pareciera que en ese tono de disciplina y rigor científico el filósofo se encontrará inmerso en una realidad gris y fría; sin embargo, el autor resalta que la verdad que el filósofo predica debe ser divertida y puede ser presentada de modo que haga resplandecer su atractivo, ya que afirma que el pecado más grande del escritor es aburrir a sus lectores.

Para escribir bien, afirma el autor, se debe escribir despacio. La expresión de la propia interioridad no puede hacerse con prisas, de forma apresurada corriendo mucho, y para poder escribir despacio y avanzar en el texto se precisa disponer de tramos de cuatro o cinco horas, sin interrupciones, sin distracciones, por lo que hace falta escribir mucho, con obcecación y sin miedo, trabajando sin pausa y sin renuncia en lo que a uno le gusta. Para aprender a escribir lo único indispensable es escribir mucho, con la paciencia infinita, pero también con tenacidad y constancia.

Nubiola nos da cuatro sugerencias para la redacción, relacionados con la igualdad de géneros, a saber:

- a) Eliminar la asociación de las actividades profesionales a un sexo determinado.
- b) Identificar oportunamente los géneros, o mediante paráfrasis neutras.
- c) Superar la óptica androcéntrica que se refleja en los tratamientos de cortesía no simétricos, o en la suposición habitual de que quienes escuchan o leen son varones.
- d) La eliminación del empleo de diminutivos que jamás se usarían para varones.

En el capítulo que titula “El arte de escribir”, el autor cita a Joaquín Lorda, del que extrae algunas notas de una carta que resultan realmente interesantes. Entre ellas que cualquier persona que vive de sus ideas debe cuidarlas, para lo cual debe expresarlas con la mayor perfección, propiedad y belleza. Es preciso que se aplique a aprender los secretos de la escritura, entre los que se encuentra la corrección, es decir, la revisión reiterada y aguda de lo escrito. Afirma que el escritor debe ser para sí mismo el más duro crítico. Los escritos se deben tratar con dureza por quien los escribió, para lo cual el escritor debe adelantarse al lector, no perdonar nada, eliminar la tentación de la idea redonda, pero marginal e inoportuna, intentar mantener el hilo conductor y desembarazarlo de todos los recursos literarios innecesarios, procurar ser ameno, sin concesiones y breve, sin ser esquemático. Por ello, afirma, es mejor no escribir que hacerlo mal; escribir con frecuencia, siempre brevemente, pensando siempre en los lectores concretos a los que se dirige ese escrito. Se debe leer mucho, y bien, buen castellano, porque forma parte del oficio pensar, cultivarse para mantener y elevar el nivel de la inteligencia y de las palabras.

Resalta como una regla de la redacción, la de mantener el orden natural de la oración castellana, sujeto, verbo y complemento; sin embargo, nos da la oportunidad de que más adelante se pueda alterar ese orden consecutivo para escribir con más libertad.

Para escribir filosofía el autor destaca que hace falta leer la filosofía acumulada en los libros, una y otra vez, durante mucho tiempo y tener cierta planeación de lo que se quiere escribir. Se debe definir a qué género se quiere que corresponda el trabajo y con qué plazo se cuenta o qué tiempo en horas se puede dedicar a su preparación, qué extensión tendrá y sobre todo qué se quiere decir en ese texto y cómo se va a organizar para que diga eso. Sin embargo, deja un margen de acción al señalar que en los casos en que escribir no es distracción o descanso, sino trabajo, hace falta siempre planificar en líneas generales lo que se va a escribir. Se debe preparar un índice provisional, en el que se indique la extensión en número aproximado de palabras que se van a utilizar en cada parte.

El autor resalta que es mucho mejor escribir despacio y producir desde el principio un texto definitivo en todos sus detalles; lograr una producción constante de ochocientas a mil palabras, que en hojas se traducen en dos diarias, es decir, doce folios a la semana, cuarenta y ocho al mes, y cuatrocientos ochenta al cabo de diez meses de trabajo, los cual es un paliativo para considerar que una tesis de doctorado puede

terminarse con cierta prontitud. Al respecto, Umberto Eco menciona que en relación con el tiempo que debe aplicarse en una tesis lo siguiente: "Digamos de entrada: no más de tres años y no menos de seis meses".⁵

Nubiola sugiere también que se atienda al género en que se escribe, por lo que se debe también adoptar el tono y las convenciones vigentes en aquel ámbito en el que queremos ser escuchados. Concluye su obra abordando la elección de director de la tesis de doctorado, elección del tema, articulación del tema en un plan de investigación más amplio, calendario y plan de trabajo, el título de la tesis y el índice provisional, así como la argumentación de la tesis, recopilación del material y estrategias de la investigación, la selección de la bibliografía, obras de referencia general y especializada, archivos y acceso a materiales de trabajo, ficheros y carpetas.⁶

De lo expuesto se puede inferir que si bien nuestro autor resalta muchos puntos importantes para aprender a escribir, valiosos para lograr un mejor trabajo; sin embargo, no puede dejar de advertirse que el autor reitera desde la primera hasta la última hoja el papel principal de la lectura, la cual afirma es fundamental. Por eso el énfasis en la comprensión y la importancia de la información, por no mencionar de la hermenéutica de la interpretación, la lectura de los clásicos, el papel de la lógica y de la gramática, la autocorrección continua, como algunos de los elementos imprescindibles para iniciar el fascinante camino de la escritura.

Nubiola sugiere que planificar los escritos, aunque cueste más trabajo. Afirma que aprender a escribir, y continuar escribiendo, sobre todo en filosofía, garantiza la realización de esa actividad que se llama "filosofar" y revela mucho sobre la persona que escribe, especialmente sus potencialidades, algunas ya actualizadas, de aquí he de decir algo respecto a la actividad de un taller de escritura: muestra lo que puede llegar a ser, como ser pensante, por lo que debemos estar atentos a reconocer esos atisbos y fomentarlos. No debemos minimizar el papel de la corrección, pues es una forma de disciplina y autodisciplina, de trabajo de autocontrol en el que, bien llevado a cabo, todos salimos ganando.

Así, en la obra *El taller de la filosofía*, Jaime Nubiola da una noticia sumaria de cómo se investiga y una información más detenida de cómo se escribe de acuerdo con los diversos géneros académicos. Presta especial atención a cómo se escribe en la actualidad una tesis doctoral y proporciona información acerca de los libros donde todo ello se explica con detalle y de los recursos informáticos y bibliográficos disponibles.

⁵ *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁶ Cfr. Ponce de León Armenta, Luis, *op. cit.*, pp. 105 a 118.

El libro tiene un marcado carácter práctico, pues trata de contagiar la convicción acerca de la extraordinaria utilidad que tienen los hábitos intelectuales de rigor, la claridad y la consistencia, por lo que indudablemente es de gran importancia en la investigación. Nos marca formas de proceder prácticas para la obtención de textos estructurados y con contenido, siendo pertinente también resaltar que uno de sus aspectos más importantes es la carga ética que en cada etapa del trabajo intelectual resalta, lo cual ayuda a constatar que la vida cognoscitiva está llena de valores que también se reflejan en el acto de escribir.

Susana González Hernández*

* Secretaria del Tercer Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Décima Región con residencia en Saltillo, Coahuila.

Orduña Sosa, Héctor, *Interpretación constitucional: una aproximación a las tendencias actuales*, México, Porrúa-Instituto de la Judicatura Federal, 2010, 274 págs.

El Estado constitucional de Derecho es un modelo de organización jurídico política basado en la supremacía del texto constitucional. Este aserto tiene su fundamento fáctico en dos hechos incuestionables: el progresivo perfeccionamiento de la justicia constitucional a través de la interpretación constitucional desarrollada por los tribunales constitucionales y la formación de una cultura constitucional en la que la doctrina y la jurisprudencia enfatizan el compromiso de todas las personas con el texto supremo.

El primero de los hechos citados es motivo de orgullo de la teoría jurídica contemporánea y de la judicatura constitucional. El Tribunal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español (particularmente en la primera etapa posterior a la transición constitucional), la Corte Constitucional Colombiana, y en México, la Novena Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del Tribunal Electoral han sido tribunales constitucionales que han seguido una línea de maximización de los derechos fundamentales y de fortalecimiento de los principios incluidos en las cartas magnas. Órganos jurisdiccionales responsables del momento histórico que les toca vivir y que, de la mano de las corrientes neoconstitucionalistas (garantistas o principalistas), han sabido dotar de contenido a las disposiciones constitucionales.

Este proceso, no exento de complicaciones, ha surgido gracias al manejo de una herramienta técnica: la interpretación constitucional, que al hacer a un lado al silogismo, utiliza criterios sistemáticos y funcionales que han permitido la evolución del Derecho de manera vertiginosa, a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Esa herramienta técnica es el motivo del libro de Héctor Orduña Sosa, publicado por Editorial Porrúa y que es un producto más de las series editoriales del Instituto de la Judicatura Federal.

El capítulo primero inicia con una premisa en la que es fácil coincidir: cuando un juzgador interpreta un precepto, especialmente una disposición constitucional, aplica una determinada doctrina hermenéutica, de manera consciente o inconsciente. ¡Cuánta verdad encierra esta frase de Orduña! Me hace recordar la idea de Ernesto Garzón Valdez cuando afirmaba que en el Derecho no existía apatilandía, es decir, no hay espacios neutrales en todo el planeta jurídico.

En efecto, al analizar un problema jurídico, desde la academia o desde la función jurisdiccional, desde el ámbito administrativo o legislativo, siempre la posición del operador jurídico, su horizonte hermenéutico, acaba por imponerse; por ello, aun los más conspicuos defensores de la avaloratividad jurisdiccional, por ejemplo, cuando sostienen su postura no lo hacen de manera neutral, sino que, consciente o inconscientemente están planteando la permanencia de una determinada concepción del Derecho: la formal.

La obra de Orduña es un paseo, en primer término, por las teorías de la interpretación jurídica. De la mano de Alexy, Wróblewski, Kelsen, Hesse, Dworkin y Hervada, Orduña recorre las distintas posiciones doctrinales con respecto a uno de los temas centrales del Derecho contemporáneo: la interpretación y comprensión de los textos y hechos jurídicos. No solo eso, también analiza los enfoques descriptivos y prescriptivos, para distinguir en qué contextos los juristas plantean solo una descripción de la realidad dada (interpretación constitucional) o cuando, por el contrario, señalan las directrices que debe seguir una interpretación (ideología constitucional).

Al respecto, resulta interesante analizar la distinción que presenta Orduña respecto a dos diferentes ideologías: la estática, que privilegia la certeza y la seguridad jurídicas, contra la dinámica, en la que adecuar el Derecho a la realidad social es la premisa más importante. Asimismo, analiza las dicotomías existentes en el Derecho Constitucional entre originalistas y renovadores (en el ámbito norteamericano) así como entre particularistas y universalistas, que debaten en torno a la resolución de los casos constitucionales: los primeros señalando que debe buscarse la justicia caso por caso, en tanto que los segundos, con la idea de dar soluciones generales a los problemas. Una visión inductiva, la otra, deductiva.

En ese mismo capítulo analiza la especificidad de la interpretación constitucional. En particular, el debate en torno a si la interpretación constitucional cuenta con particularidades que permiten sostener su autonomía respecto a la interpretación jurídica en general o si, por el contrario, no es sino un tipo de interpretación del Derecho, por lo que es lo mismo interpretar una norma de índole civil a una constitucional. Este debate es enmarcado por Orduña dentro del contexto histórico de consolidación del neoconstitucionalismo. Entre los partidarios de la interpretación constitucional específica se encuentra Jerzy Wróblewski, entre los segundos a Rolando Tamayo y Riccardo Guastini. En ese aspecto, Orduña revisa los cuatro elementos propuestos por la doctrina (Commanducci) para entender la interpretación constitucional: modelo de Constitución que se sostenga; sujetos que producen o interpretan la Constitución,

técnicas interpretativas y problemas de la interpretación (valor de los preámbulos, ¿la Constitución crea o reconoce derechos?; ¿existen límites a la reforma constitucional?, ¿la constitución es incompleta?).

Más adelante se refiere a la especificidad de la interpretación constitucional en cuanto al modelo de Constitución. Debate que analiza Orduña desde la óptica del propio Comanducci, en su conocido ensayo en torno a los modelos de Constitución. Inicia describiendo cada uno de los modelos de Constitución (axiológico como norma, axiológico como orden, descriptivo como orden, descriptivo como norma), pero no se queda en la reproducción de los modelos de Comanducci, sino que acude a las fuentes originales para precisar las razones de su ubicación en uno u otro esquema.

Aunado a lo anterior desarrolla el tema de la especificidad de la interpretación constitucional en cuanto al intérprete. El autor parte de un texto clásico de Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, que clasificaban la interpretación constitucional conforme al órgano encargado de realizarla. Así, podían encontrarse cinco tipos: legislativa, judicial, administrativa, doctrinal y popular. Posteriormente, Orduña se enfoca en la preeminencia que ha tenido la interpretación judicial, como mecanismo de evolución jurídica. Analiza la interpretación legislativa, a la que, como un sector de la doctrina, le reconoce el carácter de permanente o cotidiana, pero no definitiva (dado que es susceptible de ser revisada jurisdiccionalmente). Si bien reconoce que hay facultades del Congreso no susceptibles de control jurisdiccional (por ejemplo, la declaración de desaparición de poderes en una entidad federativa) o bien que, en otras latitudes existe la posibilidad de formular leyes interpretativas como única interpretación posible de la Constitución, también señala que, al menos este último caso, no se produce en México. El autor concluye el apartado con la mención de la teoría constitucional española que señala que la interpretación legislativa no es definitiva, en virtud de que no puede fijar de manera vinculante el sentido de una única interpretación posible, dado que ello lo ubicaría en el mismo plano que el constituyente, según la acertada opinión del Tribunal Constitucional del Reino de España.

Con este antecedente, Orduña nos introduce al mundo fascinante de la interpretación judicial constitucional. Para hacerlo, toma los fundamentos teóricos de Rubio Llorente, Prieto Sanchís y Konrad Hesse. Respecto de Prieto Sanchís, el autor recoge cuatro características que fortalecen la idea de la peculiaridad de la interpretación constitucional: a) A diferencia de la interpretación ordinaria, que fija el sentido de la norma, la interpretación constitucional dice qué interpretación política del legislador

resulta inadmisibles; b) utiliza la razonabilidad en lugar de la subsunción; c) en ocasiones es un legislador negativo (acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo); y d) su carácter político.

El tercer tipo de interpretación derivada del sujeto que la realiza, según lo planteado por el autor, es la que formula el ciudadano. El marco teórico en esta ocasión es Peter Häberle y la teoría de la interpretación constitucional como un proceso cultural. En este marco, la obra cita como ejemplo las consultas públicas convocadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 respecto a la interrupción del embarazo en la legislación penal del Distrito Federal.

Un tema adicional abordado por el autor, lo es la especificidad de la interpretación constitucional en cuanto a las técnicas interpretativas. La premisa es que una particularidad de la interpretación constitucional son las técnicas que utiliza. Para fortalecer dicho argumento, la obra analiza las posiciones teóricas de Wróblewski (debe prevalecer la interpretación funcional, analizando la perspectiva política), Häberle (debe tomarse en cuenta la opinión social al ser la Constitución un producto cultural, formular análisis comparado) y Hesse (un procedimiento dotado de una racionalidad posible partiendo de reconocer las posibilidades reales y límites de la interpretación constitucional). La especificidad de la interpretación constitucional (en razón del sujeto, del modelo de Constitución o de las técnicas interpretativas) lleva al autor a una reflexión sobre la teoría constitucional, siguiendo al Ministro José Ramón Cossío Díaz.

El segundo capítulo aborda uno de los temas fundamentales de la Teoría Jurídica Contemporánea: los principios y las reglas, mecanismos de concretización y subsunción. Parte de la premisa de que la función jurisdiccional resuelve controversias conforme a reglas dictadas con anterioridad, a partir de un proceso de subsunción de la norma al caso concreto. En ese tenor, el autor apunta que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se ha profundizado en el análisis de los principios, más allá de la formulación jurídica de las reglas. Para ello, analiza el pensamiento del jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, particularmente con la revisión de la sentencia del Tribunal Constitucional español STC-6/1981. Para el autor, la concretización de principios no desplaza, sino complementa al silogismo judicial.

En ese orden de ideas, los problemas jurídicos que generan los principios son distintos a los conflictos normativos de las reglas. La forma de resolverlos es también diferente. Los problemas de las reglas se resuelven a través de los mecanismos tradicionales de interpretación y la subsunción. En caso de colisión de reglas, existen los criterios tradicionales de solución de antinomias. El mecanismo de resolución en los

casos de colisión de principios es la ponderación, cuyo inicio, se encuentra, de acuerdo con el autor, en la sentencia del caso Lüth resuelto por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, en el que, por vez primera, se estableció que la Constitución contenía una serie de valores que son el fundamento del sistema jurídico. En ese orden, el juez constitucional debe cuidarse de no incurrir en cualquiera de los dos extremos: tener una interpretación formalista de la Constitución que impida el desarrollo de las funciones o la renuncia a no controlar la constitucionalidad de los actos discrecionales. Con ello, el juez constitucional garantiza el desarrollo razonable y no arbitrario, del poder público.

Para este ejercicio, continúa la obra, el juez constitucional tiene a la mano dos modelos de tests que puede utilizar: el test de proporcionalidad y el test de constitucionalidad de la desigualdad. El texto desarrolla ambos modelos, utilizando referencias de los tribunales de otras latitudes y de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el primero, se analizan cada uno de los pasos desarrollados por la doctrina: verificar que el acto de autoridad afecte un derecho fundamental; verificar los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad:

- a) En primer término, la idoneidad (determinar cuál es el fin inmediato del acto o de la ley impugnados, determinar cuál es el fin mediato del acto o de la ley, evaluar si el fin mediato es constitucionalmente legítimo, verificar si existe una relación medio-fin entre el fin inmediato y objetivo y el fin mediato — finalidad— del acto y, finalmente, verificar si existe idoneidad de la ley o acto para conseguir el fin lícito),
- b) Posteriormente, la necesidad (identificar otros medios alternativos idóneos para alcanzar el fin inmediato, verificar si los medios planteados afectan de menor medida el derecho fundamental que los alternativos; para concluir analizando la idoneidad de los medios alternativos para alcanzar el fin inmediato y compararla con la idoneidad del acto reclamado) y,
- c) Finalmente, el de proporcionalidad, que implica determinar, en un primer paso, el grado de valor de la afectación del derecho fundamental producido por el acto reclamado, determinar el grado de valor de la importancia de la satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado, comparar ambos valores y construir una regla de prioridad.

Por su parte, el test de constitucionalidad de la desigualdad consiste, de acuerdo con el autor, en evitar que las normas, por una circunstancia de hecho, generen una desigualdad de corte jurídico. Es decir, consiste en tutelar el valor supremo de la igualdad, el cual, a su vez, se compone de diversos principios: principio de igualdad en la ley; principio de igualdad en la aplicación de la ley; principio de igualdad en derechos fundamentales; principio de igualdad en la no discriminación; prohibición de leyes privativas y fueros; igualdad entre el hombre y la mujer; principio de igualdad substancial y principio de equidad tributaria. El autor desarrolla el test con los principios de igualdad ante la ley; igualdad en derechos fundamentales y no discriminación, partiendo de la premisa de que ningún principio es absoluto y que, para la jurisprudencia mexicana, cualquier trato diferenciado debe estar adecuadamente justificado, señalando casos en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha empleado dichos criterios.

El último capítulo desarrolla uno de los temas centrales de la teoría y la práctica jurídica contemporánea: la argumentación jurídica. Al respecto, el autor destaca cómo los tribunales constitucionales del mundo no pueden realizar una interpretación rígida de la Constitución. Por el contrario, en las últimas décadas se ha desarrollado una interpretación con base en principios, a fin de resolver los problemas inherentes al contenido esencial de la Constitución, mediante la ponderación y la razonabilidad, en lugar de la racionalidad propia del silogismo.

El libro aborda el tema de cómo se relacionan la interpretación constitucional y la argumentación. En principio, define la argumentación como la actividad de dar razones a favor de una postura determinada, sosteniendo su posición en la visión de Manuel Atienza y desarrollando su estructura tripartita (formal, material y pragmática) de la argumentación. Posteriormente, menciona las que, de acuerdo con una publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son las características esenciales de la interpretación: es una labor necesaria, conceptualizada (responde a un contexto determinado), única y creadora y práctica. Ahora bien, esta actividad se realiza cuando existe ambigüedad o vaguedad de la norma así como cuando existe pluralidad de normas, lo que obliga al operador jurídico a tomar una elección para resolver la controversia. Esta perspectiva fortalece el cambio de paradigma que los juzgadores mexicanos de constitucionalidad deben tener para hacer viable la consolidación del Estado constitucional de Derecho.

El texto es, como el nombre de la colección lo indica, un verdadero cimiento de la jurisdicción. Importante porque recoge, de manera sistematizada y completa, las posiciones doctrinales más importantes surgidas en el *civil law* y algunas del *common law*, respecto a la teoría jurídica más contemporánea. Pero más importante que lo haya elaborado un servidor público del Poder Judicial de la Federación con experiencia jurisdiccional y, además, secretario técnico del Consejo de la Judicatura Federal y del Instituto de la Judicatura Federal. Es una obra que, sin duda, representa una aportación importante para entender el papel del juzgador en el Estado constitucional de Derecho.

Santiago Nieto Castillo*

* Magistrado de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Núm. 32

Se terminó de imprimir en diciembre de 2011,
en los talleres de Grupo Editorial Zeury, S. A. de C. V.
Belice No.15 Col. Olivar de los Padres.
Álvaro Obregón. 01780. México, D. F.
Tel.: 15-20-06-43

En su composición se usaron los tipos
Adobe Garamond 10/12; Cronos Pro 10/12
El tiro consta de 1500 ejemplares
impresos en papel Cultural de 90 gr.

Diseño y formación: Alberto J. Zepeda U.

