

Letras Jurídicas

Volumen 2

Julio - Diciembre 2000

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

El abogado en la sociedad moderna

Francisco Berlín Valenzuela *

En el devenir histórico, con toda claridad hemos constatado el papel sobresaliente de los conocedores del derecho, en la tarea para armonizar y equilibrar la convivencia social y política de cualquier país; el abogado al instrumentar el orden jurídico ha perseverado siempre, la consecución de los valores propios de la ciencia del derecho, como lo son el orden, la libertad y la justicia.

A nuestra memoria viene, el papel protagónico que tuvieron los abogados en la formación política y social en la antigua Roma, a lo que prosiguió las reflexiones iusfilosóficas de los teólogos y canonistas de la edad media, así como la influencia que tuvieron sobre la nobleza durante el siglo XIV. Pero su presencia de mayor relevancia histórica, ha sido en la construcción de las bases del Estado nacional y su consolidación a la luz de la instrumentación jurídica y de la democracia, que contribuyeron a la formación del Estado de derecho, a la división y equilibrio de poderes, al desarrollo de la economía y a la convivencia de la sociedad.

* Doctor en Derecho. Actualmente es Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Participación ciudadana del Gobierno de Veracruz.

Con el transcurso del tiempo dentro del Estado de derecho, se crearon instituciones jurídicas de gran significado, enriquecidas por la doctrina con obras de eminentes juristas. En los tiempos contemporáneos con los sucesos de las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo pasado, el derecho fue determinante para recuperar el orden mundial y proseguir su normal desarrollo, mismo que se vio en momentos ensombrecidos por los efectos de la guerra fría, que concluye con la caída del muro de Berlín, que marca el principio del fin del sistema bipolar al derrumbarse el socialismo.

En el contexto nacional también se ha valorado y destacado el papel del abogado y la función del derecho, tanto en la política como en la sociedad. En efecto, en la colonia ocupaban la cúspide de la pirámide social, los graduados eran considerados caballeros y sobresalieron de manera importante en la construcción de la Nación mexicana durante la época independiente, con su intervención en la elaboración de las normas fundamentales de 1824, 1836, 1842 y 1857, así como las ordinarias, decretos y reglamentos que dieron orden y sentido a la vida independiente de los mexicanos.

A la luz de la Constitución Política de 1917, nacen por primera vez dentro de un texto supremo hacia el mundo, las garantías sociales que contienen los derechos de los trabajadores del campo y de la ciudad. El derecho juega un papel primordial, durante las primeras cuatro décadas de estas centurias, en las que México logra bajo el amparo de la ley y de la responsabilidad creativa de los juristas, crear una variedad de instituciones políticas y sociales, inicia un proceso formal de industrialización, la redistribución de

tierras a ejidatarios y comuneros producto del programa de la reforma agraria y con la creación de un partido de masas, el país conoció el *bum* económico mexicano de los años 40 a 60, cuyos resultados no se debieron al sacrificio de los grupos que menos tienen, como fue notorio a finales de la colonia en 1800 y en la época Porfirista hacia fines del propio siglo.

A partir de los años 70, tampoco nos es ajeno saber como el país entra en una etapa de crisis, producto del endeudamiento externo, devaluación de la moneda, desequilibrio económico, político y social, que son las notas principales que todavía marcan nuestros tiempos, pero ya sin sus efectos iniciales.

Pero la pregunta que procede hacernos en estos momentos, es; ¿Cómo se encuentra el entorno político – social, donde se desenvuelve el abogado y cuál es el papel que juega el derecho?

Al respecto, para contestar tal cuestionamiento, primeramente debemos tomar en cuenta, que la tradición jurídica ha dado el carácter ético, equitativo y tutelar al derecho contemporáneo, que hizo posible instituciones, conceptos, principios y doctrinas con el carácter permanente, donde inclusive, los elementos del Estado se tienen como modelos casi concluidos, se ha constatado que los propios abogados no fácilmente aceptan cualquier cambio progresista en los mismos.

En segundo lugar, hemos visto o mejor dicho nos hemos acostumbrado a ser testigos del rol que juega el derecho, como eje rector para promover los cambios en la

economía. Sin embargo, en los países industrializados aceptan el fenómeno económico, tal como se da en la realidad, para después reglamentarlo, hoy día este fenómeno obedece a la realidad del dinamismo y los cambios estructurales propios de una sociedad con economía globalizada.

Cierto, el nuevo orden internacional ha dinamizado el actuar político, económico, social del Estado y sociedad, al ritmo que marca el *internet*, *fax* y todos los medios de comercialización masiva, cuyo objetivo principal es la universalización del capital, mediante una economía de mercado y consumo, producto de la revolución tecnológica que se presenta en el ocaso del siglo pasado.

Ante este panorama los abogados hemos permanecido inmóviles, siempre divididos gremialmente y aislados en el ejercicio de la profesión, por lo que es prioritario retomar los beneficios que nos brindan la reagrupación profesional; verbigracia los colegios, barras, academias y asociaciones de abogados, donde se discuta y acuerde las estrategias y objetivos, para recuperar el liderazgo social que históricamente se ha desempeñado. Nuestro triunfo ha sido haber convencido a la sociedad que hay que trabajar constantemente por construir la justicia con el esfuerzo de todos, y que la equidad requiere de la decidida participación de los miembros de la sociedad para lograrlo.

No hemos podido transmitir a las nuevas generaciones de abogados la mística de la profesión, conforme a las necesidades sociales actuales y los cambios que requiera la ciencia jurídica, necesitamos elaborar a la brevedad posible un programa de especialidad en postgrado, cuya curricula

contenga las materias que generen los conocimientos suficientes para enfrentar los principales problemas que tienen tanto la sociedad como el Estado mexicano. Asimismo es indispensable, que los especialistas en las distintas materias, se reúnan para analizar e identificar las instituciones jurídicas que deban de actualizarse, así como la revisión de los planes de estudio de las distintas facultades del derecho del país, con esta misma finalidad.

Lamentablemente la posición conservadora y tradicionalista de los abogados, lejos de afianzar su liderazgo como defensor de los derechos y reclamos de la sociedad o bien, para transformar la vida política y económica del Estado, quíerase o no ha cuestionado su estatus profesional, lo que ha ocasionado la pérdida de credibilidad y en el peor de los casos, el ser sustituidos por otros profesionistas.

Viene al caso distinguidos abogados, recordar que el vocablo liderazgo, tiene cuatro grandes contenidos, el político, filosófico, sociológico y el psicológico. Para el ensayista inglés *Carlyle* en su obra clásica “Los Héroes”, el líder es una construcción asociada a su destino, es una especie de grito en la multitud, que toma forma humana para dirigir los destinos de este conglomerado. Significativas son las palabras de *Richard Nixon* cuando nos dice, que: “los pasos de los grandes líderes son como truenos que hacen retumbar la historia”.

Por su parte *Gibson* concibe al liderazgo como un intento de influencia interpersonal dirigido a través del proceso de comunicación, al logro de uno o varias metas.

Sabemos que este liderazgo, como lo conceptualizan los citados autores ha sido el aliento que ha inspirado al abogado para impulsar el Estado de derecho y convertirlo en el eje básico de las sociedades democráticas, en las que nos encontramos inmersos todos.

Bajo este orden de ideas, ha llegado el momento irreversible de decidir si nos quedamos con los brazos cruzados, inmóviles y pasivos viendo pasar como la realidad actuante cambia de hecho las estructuras jurídicas y la vida política del país, o bien decidimos de una vez por todas a ejercer un liderazgo innovador, bajo el diseño de un programa de acción, encaminado a recuperar la vanguardia en los reclamos sociales y cambios que son necesarios para el buen funcionamiento contemporáneo del Estado de Derecho.

En este contexto, el abogado tiene específicamente las siguientes grandes funciones para el logro de este objetivo:

- Servir de vínculo comunicante entre la ley y la sociedad;
- Ser el factor de legitimación del derecho;
- Hacer congruente la conducta ética con el Estado de derecho;
- Privilegiar los valores comunitarios, por encima de los elementos subjetivos o personales;
- Concebir el estudio como la fuente de todo conocimiento; y
- Convertir a la norma como la medida de la convivencia humana.

Es prioritario que este liderazgo, este enfocado a resolver los principales problemas que aquejan a la sociedad mexicana, tan solo para citar algunos de ellos, se debe buscar la solución a la situación de pobreza en que viven más de 40 millones de mexicanos, la inseguridad pública que lesiona intereses sobre todo en grandes ciudades, el narcotráfico que cada día absorbe a más población y desgraciadamente a niños y a jóvenes, la impunidad para castigar debidamente a conductas delictivas, la corrupción que lesiona el buen desempeño de las funciones públicas, la sobre demanda social producto de la explosión demográfica que ha mermado la eficiencia y eficacia del Estado de bienestar, la violación de los derechos humanos y de los pueblos indígenas y otros más por cuestiones de tiempo no es imposible enlistarlos, pero que requieren una insoslayable y pronta atención, por parte de los abogados de México.

Como profesional del Derecho me uno a cualquier esfuerzo que se tenga que realizar por recuperar el liderazgo que históricamente ha distinguido al abogado frente a la sociedad y al Estado mexicano.

Con racionalidad y realismo, con imaginación y creatividad responsable debemos trabajar por la existencia de un liderazgo renovado, que este acorde con nuestros tiempos y sea lo suficientemente capaz, inteligente y agudo para participar de manera activa y transformadora en la dinámica social y política del país; sabemos que ya se ha andado un largo camino y hemos demostrado fehacientemente las capacidades de los juristas en la historia. En estos momentos, no debemos soslayar que la Nación necesita de abogados

comprometidos con la juridización que la sociedad y el Estado requiere.

Que sea bajo los pasos seguros del derecho, donde se logre este superior objetivo y se consolide nuestro desarrollo político, social y económico; para ello, los abogados debemos de cambiar nuestro modo de actuar y para empezar debemos combatir toda apatía, inamovilidad, inercias y pasividad a cambio de pensar en grande, tan grande como lo es, ha sido y seguirá siendo el derecho, el eje principal para mantener el equilibrio de la convivencia humana y de la división de los poderes públicos del Estado.

En conclusión el liderazgo de los abogados que reclama la sociedad moderna tiene dos vertientes: primeramente su compromiso ineludible con la comunidad y consigo mismo; para considerar posteriormente a la ley como la mejor de las virtudes sociales y políticas.

El rumbo esta claro, nuestro compromiso de actuar juntos, nos convoca a un esfuerzo de cambio que exige unidad de propósitos, ánimo inquebrantable y perseverancia para superar los retos que en diversos foros surjan. Este es el compromiso de nuestra generación de abogados que tienen la misión de contribuir al engrandecimiento de la ciencia del Derecho para beneficio del pueblo mexicano.

Por todo lo anterior, es oportuno ratificar nuestro orgullo de haber abrazado una profesión tan estrechamente ligada con el desarrollo y progreso de la humanidad, que nos hace recordar en estos momentos con emoción el mensaje expresado por el jurista Eduardo J. Couture cuando nos dice

en sus Mandamientos del Abogado: **“Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado”.**

Los límites a la retroactividad de las normas fiscales en la jurisprudencia constitucional francesa y española: un balance crítico

Gwénaél Le Brazidec *

SUMARIO : Introducción. 1. La irretroactividad de las normas fiscales: un principio no inscrito en la Constitución. 2. Un control constitucional parsimonioso pero cada vez más agudo. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El ordenamiento jurídico responde a un cierto número de principios formales y materiales entre los cuales se encuentran el principio de irretroactividad de las normas jurídicas que se podría definir, de manera genérica, por la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas y/o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal.

* Doctorando en Ciencia Política en la Universidad París 1 (Panteón-Sorbonne) y en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, becario del Centro de Análisis Comparado de los Sistemas Políticos (Universidad París 1) y becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (Programa de cooperación interuniversitaria España-América Latina 2000) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Ya en el derecho romano rigió el principio de irretroactividad de las normas, fundándose en dos justificaciones: el principio de fidelidad por el cual el magistrado está vinculado a su edicto y garantizar la confianza de los súbditos en el ordenamiento jurídico, es decir poder prever las consecuencias jurídicas de sus acciones. El viejo principio “*nulla poena sine lege*” incluye que no exista ninguna ley *ex post facto*.

Este principio se encuentra también en la fundación del sistema jurídico-político moderno, es decir en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Queriendo aniquilar la arbitrariedad y la falta de seguridad jurídica del *Ancien Régime*, el artículo 8 de dicha declaración afirma que “La Ley sólo debe establecer las penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”.

José María Suarez Collia¹ establece ocho criterios en la doctrina que fundamentan este principio: la seguridad jurídica, la aplicación del principio de legalidad, el respeto de los derechos adquiridos, la propia naturaleza de la norma jurídica, el respeto a la dignidad de la persona humana, la aplicación del principio de culpabilidad, la teoría del hecho jurídico cumplido y el respeto debido al principio jurídico de autonomía de la voluntad.

¹ José María Suarez Collia, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actos, 1991, p.35-61

Sobre el problema de la seguridad jurídica, nos podemos referir a Portalis, al presentar el Código civil francés, declarando: “allí donde se admite la retroactividad de las leyes, no sólo dejará de existir la seguridad, sino incluso su sombra” y también a Benjamín Constant según el cual la retroactividad es el peor atentado contra la seguridad jurídica. Empero, no se debe olvidar la polémica, todavía muy actual como lo veremos, que le opuso a Ferdinand Lassale sobre el valor “seguridad” y “progreso” que se puede atribuir al derecho.

También el respeto a los derechos adquiridos o del principio jurídico de autonomía de la voluntad están incluidos en la jurisprudencia constitucional actual. Aquí sólo hacemos hincapié en los fundamentos del principio de irretroactividad que pueden aplicarse a las normas fiscales y no únicamente al derecho penal para el cual este principio tiene un valor absoluto. A este efecto, podemos destacar sin embargo la aplicación en todos los ordenamientos jurídicos europeos, especialmente en el español y el francés, del principio “*tempus regit actum*” incluido en sus códigos civiles y penales.

Ahora bien, para estudiar la jurisprudencia constitucional en materia de irretroactividad, es necesario distinguir los diferentes grados que suele reconocer la doctrina jurídica.

Ya podemos entrever que la retroactividad puede ser de forma expresa o tácita, como lo son las normas aclaratorias (por propia naturaleza), las disposiciones reglamentarias, las normas procesales y... los cambios de

jurisprudencia si admitimos que la jurisprudencia es también una fuente del Derecho.

Por otra parte se distingue generalmente entre tres tipos de retroactividad:

- A) El grado máximo de retroactividad se define por la aplicación de la nueva ley a relaciones o situaciones jurídicas conformadas y a efectos consumados de hechos nacidos bajo el imperio de una norma antigua. Se suele decir que es una retroactividad en sentido propio o de carácter pleno según la terminología del Tribunal Constitucional.
- B) El grado medio de retroactividad existe cuando la nueva ley se aplica a una relación o situación jurídica cuyo origen esta regido por una ley posteriormente derogada pero sólo regula las consecuencias nacidas o que han de ejecutarse a partir de la entrada en vigor. En este caso, se habla también de retroactividad impropia.
- C) Por fin, la retroactividad de grado mínimo o limitada (que no está reconocida por las jurisdicciones constitucionales españolas y francesas como lo veremos) se deduce del sometimiento de las consecuencias futuras de supuestos de hecho nacidos bajo una ley posteriormente derogada como, por ejemplo, la supresión de un sistema fiscal privilegiado (STC 6/1983).

Podremos ver en primer lugar que no existe en los ordenamientos jurídicos francés y español el principio de irretroactividad de las normas fiscales con valor constitucional (primera parte) y que, laboriosamente, se impone algunos límites al legislador vía el control constitucional (segunda parte).

1. La irretroactividad de las normas fiscales: un principio no inscrito en la Constitución

La Constitución francesa de 1958 y la española de 1978 tienen rasgos muy diferentes en cuanto a su estructura lo que tiene repercusión en la materia que nos ocupa.

A) La V^a República francesa

La Constitución gala es esencialmente una norma fundamental de contenido orgánico, rigiendo los órganos políticos, sus competencias, sus relaciones y el modo de resolución de conflicto entre sí. Por lo tanto, por lo menos era así al principio, no existía ningún catálogo de derechos aparte de la llamada, en el preámbulo de la Constitución de 1958 al preámbulo de la Constitución anterior de 1946 que hace referencia a la Declaración de 1789, tres textos que, según los redactores de la Constitución, no tenían fuerza jurídica pero sí un valor de orientación de la política del Gobierno y del legislador.

Además, el recelo de toda la clase política a someterse al control de un órgano independiente, en cuanto a la constitucionalidad de las leyes, dio lugar a un *Conseil*

Constitutionnel con poca competencia y legitimidad. Sólo varios años después de su creación, en su decisión 71-44 de 16 de julio de 1971 (¡fíjese sólo 44 recursos de inconstitucionalidad en 13 años!), el Consejo Constitucional, en un ejemplo de activismo judicial, amplió su control al Preámbulo y por tanto a la declaración de 1789. Debemos recordar que hasta entonces, sólo cuatro personas podían impugnar una ley; de los cuales, tres por lo menos pertenecían hasta 1986, a la misma mayoría (el Presidente de la República, el Primer ministro y el Presidente de la Asamblea Nacional) y no tenían interés a recurrir una ley votada por ellos mismos. Sólo el Presidente del Senado (aunque perteneciendo también a una parte de la mayoría – pero no gaullista) podía atreverse a esto. La creación de un “bloque de constitucionalidad”² dio al Consejo un poder muy amplio de control al tener numerosos principios y conceptos de contenido indefinido; poder que fue incrementado por la reforma constitucional de 1974 otorgando también la posibilidad de impugnar una ley ante el Consejo Constitucional a 60 diputados o 60 senadores permitiendo por lo tanto a la minoría parlamentaria oponerse a la pura regla de la mayoría cuando estuviera infringido un precepto constitucional.

Así que el escaso número de artículo de la Constitución consagrado a la Hacienda Pública, ha sido

² El “bloc de constitutionalité” contiene los artículos de la norma fundamental, los preámbulos de 1958 y 1946 con sus principios (los famosos Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), la declaración de 1789 y las leyes orgánicas como prolongación de ciertas disposiciones constitucionales.

suplido por lo que Loïc Philip³ llama la constitucionalización del derecho presupuestario y financiero. Hasta entonces, el principio de irretroactividad se encontraba en el artículo 2 del Código civil⁴ que era un principio de valor legislativo que se imponía al Gobierno, a la Administración y al juez pero no se imponía al legislador que podía conferir un valor retroactivo a nuevas disposiciones fiscales. La elaboración progresiva de una jurisprudencia en la materia (cfr. Parte segunda) por parte del Consejo Constitucional ha permitido subsanar hasta un cierto grado el no reconocimiento de este principio en la norma suprema francesa.

B) La Constitución española de 1978

Al contrario del modelo francés, la Carta magna española goza de un amplio reconocimiento de derechos incluidos en el Título 1 y de numerosos principios y valores que irrigan el texto constitucional y enmarcan el ordenamiento jurídico español desde la Constitución, como norma jurídica vinculante en todos sus artículos, hasta las leyes y normas infra-legislativas.

Sin embargo, en relación con nuestro tema de irretroactividad de las normas fiscales, al volver sobre el proceso de redacción de la Constitución, no podemos sino admitir que de manera explícita, el constituyente no quiso reconocer este principio.

³ Loïc Philip, *Finances Publiques*, Cujas, Paris, 1989

⁴ Código civil, art. 2 : La Loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif

Efectivamente, aunque en el texto de las primeras y segundas lecturas de la Ponencia, no había ninguna referencia a un principio de irretroactividad fiscal, el anteproyecto de Constitución⁵, en su artículo 9-3 reconocía el principio “de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales”. Esta redacción aparece también en el Informe de la Ponencia⁶ pero desaparece en el dictamen de la Comisión⁷ para reducirse a la irretroactividad de las “normas [y luego “disposiciones”] sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

La *mens legislatoris* nos indica así la voluntad de no consagrar constitucionalmente este principio, justificándose por el riesgo, según el Sr. Solé Tura que defendió la supresión del término “fiscal”, que “mantener la irretroactividad absoluta de las normas fiscales puede, en algún momento, ser contraproducente y hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal”⁸. Esta razón alegada tiene suma importancia puesto que, como lo veremos luego con más detalle, está utilizada por el Tribunal Constitucional para poner “límites a los límites” a la irretroactividad fiscal.

A pesar de que se pueda incluir la no-retroactividad fiscal en el principio de seguridad jurídica reconocido por el artículo 9-3 CE, como lo afirma Fernando Pérez Royo, éste

⁵ B.O.C. de 5 de enero de 1978

⁶ B.O.C. de 17 de abril de 1978

⁷ B.O.C. de 1 de junio de 1978

⁸ En Regina Goya Sicilia, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1987

no tiene en Derecho tributario una “vigencia especialmente reforzada” como lo demuestra el propio autor al tratar de los principios constitucionales sobre el tributo, relegando el principio de seguridad jurídica en “Otros principios constitucionales”⁹

Además de esta explicación por la *mens legislatoris*, quizá se pueda explicar esta negación del principio de irretroactividad fiscal por, en primer lugar, la naturaleza de las leyes tributarias¹⁰ : cuando se veían como leyes puramente coercitivas, como normas odiosas o excepcionales, es decir restrictivas del ámbito o esfera de libertad y propiedad del ciudadano (con un cierto paralelismo con las normas restrictivas por excelencia, las penales), se podía justificar un control más riguroso sobre la irretroactividad. Ahora bien, en la Constitución de 1978, el tributo es visto como una institución perfectamente normal y no como elemento negativo sino “como manifestación del valor de solidaridad”. En segundo lugar, y se puede referir con particular relevancia al art. 9-2, “esta concepción del Derecho financiero entra de lleno en lo que el profesor Noberto Bobbio denomina la *función distributiva* y *función promocional* del Derecho”¹¹ en un Estado social y democrático de Derecho. De donde se

⁹ Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y tributario, Parte general*, Civitas, 1992. El autor trata de la seguridad jurídica en último término después de los principios de capacidad económica, de igualdad, de generalidad, de progresividad, de límite a la confiscatoriedad, de legalidad tributaria (reserva relativa)

¹⁰ Ibid., p.72-73

¹¹ Álvaro Rodríguez Bereijo : “El sistema tributario en la Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n°36, p.17

deduce un cierto recelo a limitar el medio principal de estas funciones.

Ahora bien, aunque en ambos casos, no haya consagración constitucional de la irretroactividad fiscal, podemos ver cómo las jurisdicciones constitucionales han puesto más límites, aunque insuficientes, a la acción del legislador en esta materia.

2. Un control constitucional parsimonioso pero cada vez más agudo

A pesar de tener dos textos constitucionales muy diferentes en lo que nos ocupa –uno, el español, tiene poco más de veinte años de vigencia y es considerado como muy moderno; el otro, aunque no tiene más que 40 años hace referencia a un texto nacido hace dos siglos- se puede comparar la labor paralela de las jurisdicciones constitucionales puesto que asistimos a un recrudecimiento de los recursos por este motivo (A), que ambas jurisdicciones deniegan un valor absoluto al principio de irretroactividad fiscal (B) aunque imponen unos límites claros a la acción legislativa.

A) Un control cada vez más frecuente:

Desde el comienzo de la tarea del Tribunal Constitucional español, éste ha tenido que zanjar el alcance que puede tener el principio de irretroactividad en materia tributaria sea por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad sea por el recurso de inconstitucionalidad lo que ha permitido

al Tribunal forjarse una jurisprudencia varias veces reafirmada aunque, a nuestro modo de ver, no siempre acertada.

Además, “el enorme volumen, la extrema variabilidad de la legislación fiscal, sometida a un continuo proceso de adaptación y cambio, y su carácter a menudo asistemático y carente de buena técnica jurídica”¹² dificultando conocimiento, comprensión y previsibilidad, vuelve más relevante la materia tributaria.

Por otra parte, como lo subrayan Louis Favoreu y Loïc Philip¹³, cada año está impugnada la Ley de Presupuestos, dando así al Consejo Constitucional la posibilidad de afinar su doctrina en materia fiscal. La apertura de la impugnación a los diputados y senadores ha permitido este desarrollo que se ha intensificado con la creación por reforma constitucional, en 1996, de un nuevo tipo de Ley anual: la Ley de financiación de la Seguridad Social cuyas tres primeras concretizaciones han sido impugnadas ante el Consejo. Y se puede pensar que así continuará, permitiendo vigilar todavía más el legislador cada año en esta materia tan sensible.

A pesar de eso, ninguna de las dos jurisdicciones ha consagrado el valor intrínseco de la irretroactividad presupuestaria.

¹² Ibid., p.35

¹³ Louis Favoreu, Loïc Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10º ed., Sirey, Paris, 1999, p.935

B) Rechazo de los principios de irretroactividad fiscal y de seguridad jurídica como valores absolutos

1) Francia

Durante mucho tiempo, el Consejo Constitucional ha dejado sin ningún control la retroactividad de los textos fiscales puesto que, en 1980, en su decisión 82-126, subrayaba que el artículo 8 de la Declaración de 1789 concernía en exclusiva a las sanciones penales y que:

« par exception aux dispositions de valeur législative de l'article 2 du Code civil, le législateur peut modifier rétroactivement les règles que l'administration fiscale et le juge de l'impôt ont pour mission d'appliquer »

Por otro lado, en 1983 (DC 83-164), reconocía que ningún principio o regla de valor constitucional prohíbe a una ley volver sobre una exoneración fiscal, que la Constitución no se opone a que una disposición fiscal haya un carácter retroactivo (DC 84-184) y que el poder del legislador no está restringido por la existencia de derechos nacidos bajo el imperio de una ley antigua. También puede el legislador tomar disposiciones retroactivas a fin de validar actos administrativos (DC 97-393).

Además, al contrario del caso español, existe una “*habituelle rétroactivité fiscale*”¹⁴ en lo que las disposiciones de la Ley de Presupuestos se aplican a la renta percibida anteriormente a su promulgación; retroactividad que el Consejo Constitucional no reconoce como tal, siguiendo así la decisión del Consejo de Estado de 8 de enero de 1959.

Otra cosa que no deja de ser sorprendente es que el Consejo nunca se refiere a casos extranjeros como suele hacerlo el Tribunal Constitucional (véase la STC 126/1987 de 16 de julio de 1987). Así mismo, ha denegado dos veces cualquier valor constitucional al principio de “confianza legítima” (DC 96-385 & DC 97-391) así como al principio de seguridad jurídica (ambos reconocidos por el derecho comunitario) aunque podemos pensar que reconoce este último de manera implícita.

2) España

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha restringido el alcance del art. 9-3 CE a los derechos fundamentales argumentando que

“el principio de irretroactividad, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorable y a las restrictivas de derechos individuales en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno” (STC 6/83).

¹⁴ Eric Schoett, *AJDA*, 20 janvier 1999, p.23

De hecho, el Tribunal Constitucional ha decidido no aplicar con toda la fuerza que le permite, la indeterminación relativa del contenido de seguridad jurídica, puesto que en el caso concreto considera, que la reducción de ventajas fiscales del régimen legal especial para las viviendas de protección oficial no tiene efecto retroactivo alguno porque no incide sobre efectos jurídicos ya producidos, basándose en que “no puede hablarse en puridad de un auténtico derecho a la bonificación tributaria o al mantenimiento del régimen jurídico-tributario de bonificación que pueda entenderse incorporado al patrimonio de los titulares del dominio” y por lo tanto no pueden entenderse privados de este derecho con efecto retroactivo aunque fuera de grado mínimo.

El Tribunal precisa que la interdicción de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, contrarias a las concepciones incluidas en el art. 9-2 CE. En la Sentencia 126/1987, añade que “no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva” y que “el principio de seguridad fiscal no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal”.

También afirman los jueces (STC 150/1990) que “la seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto”. Así que el Tribunal decide limitar su poder de control y de censura del legislador en función de la legitimidad que tiene el poder político de reformar el ordenamiento jurídico. Encontramos aquí el fundamento usado por el constituyente para la supresión del término fiscal del artículo 9-3 CE.

Ahora bien, aunque el principio de seguridad jurídica no tenga un valor absoluto, las jurisdicciones constitucionales establecen unos límites a la retroactividad fiscal.

C) Los límites jurisprudenciales

1) Francia

Aunque el Consejo Constitucional no acoja de manera explícita las sutilidades y matices de razonamiento que podemos encontrar en las Sentencias de su homólogo español, ha sabido construir progresivamente un conjunto de límites (ciertamente aún perfectible) al legislador en el marco fiscal.

Primero en 1982, haciendo evolucionar su jurisprudencia, el Consejo ha extendido la aplicación del artículo 8 de la Declaración de 1789, es decir el principio de irretroactividad, a toda sanción con carácter punitivo (DC 82-155) incluyendo las sanciones fiscales no favorables (pero excluyendo por ser de naturaleza jurídica diferente a las penalidades por demora). Luego, en 1986, añadía que las normas fiscales retroactivas tenían un doble límite al no poder atentar contra decisiones de justicia “*passées en force de chose jugée*” (es decir con autoridad de cosa juzgada) y al necesitar una justificación por motivo de interés general.

Con sentencias más recientes, el juez de la Calle Montpensier iba a poner otros límites: en 1988, prohibía volver sobre una prescripción legalmente adquirida como corolario del principio de no-retroactividad de las sanciones fiscales (DC 88-250 ; en 1991 (DC 91-298), incorporaba a los

límites la prohibición por una norma retroactiva de atentar al derecho de propiedad. Por fin, en 1995, con ocasión de la validación de un acto administrativo, al motivo de interés general se juntaba la posibilidad de justificación de una disposición retroactiva por una exigencia de valor constitucional (como puede ser el equilibrio financiero de la Seguridad Social aunque haya matizado su afirmación al decir que este interés general no puede reducirse a un simple interés financiero (DC 95-369), y con reserva de no privar las exigencias constitucionales de garantía legal.

En 1998, con ocasión del control de la ley de financiación de la Seguridad Social para 1999, el Consejo Constitucional realizó “*une percée jurisprudentielle*”¹⁵ porque, por primera vez, no se contenta con comprobar la existencia de una justificación de interés general sino exige además averiguar si existe o no una proporción entre la intensidad de la retroactividad y la importancia del objetivo perseguido. De hecho, el Consejo afirma que:

« le souci de prévenir les conséquences financières d’une décision de justice censurant le mode de calcul de l’assiette de la contribution ne constituait pas un motif d’intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l’assiette, le taux et les modalités de versement de l’impôt en question »¹⁶

¹⁵ Ibid., p.24

¹⁶ El caso concreto venía de una posible anulación de la base imponible de un impuesto excepcional por el año 1996, a cargo de las empresas farmacéuticas, por ser contraria al derecho comunitario. El legislador quiso evitar las consecuencias financieras, votando una ley retroactiva modificando la base imponible y la tasa de un impuesto cuya liquidación

Percibimos aquí que, frente a un caso de retroactividad de grado máximo (término no utilizado por el Consejo), éste hace un control de proporcionalidad, que no solía hacer, ante la “medida de validación escondida” y su justificación. Otra cosa novedosa es que el Consejo haga hincapié sobre la existencia de alternativas no-retroactivas, correspondiendo más a la capacidad contributiva actual de los empresas, dejando pensar que puede ser un criterio para declarar inconstitucional o no una medida fiscal retroactiva. Como lo subrayan L. Favoreu y L. Philip¹⁷ “esta jurisprudencia conduce a conferir al Consejo un poder de apreciación que tiende a volverse cada vez más importante”.

A pesar de todo esto, los jueces constitucionales franceses, con su estilo lapidario, están muy por debajo de la sutilidad de las sentencias del Tribunal Constitucional español.

2) España

No queremos extendernos demasiado sobre casos ya conocidos: aunque nos parezca varias veces demasiado tímido a la hora de censurar el legislador en este campo, debemos reconocer los límites reales puestos a la retroactividad fiscal por el Tribunal Constitucional.

se remontaba a dos años. El Consejo constitucional ante el grado de retroactividad, la insuficiencia de justificación de la medida y la existencia de alternativas no-retroactivas para paliar las consecuencias de la probable anulación por el Consejo de Estado de la base imponible, censuró la disposición.

¹⁷ Op. Cit., p. 940

Las sentencias 6/83 y sobre todo 173/96 y 182/97 resumen con claridad los puntos clave de la doctrina del Tribunal en la materia, con sus fuerzas y sus debilidades.

En primer lugar, considerando que sólo están absolutamente prohibidas las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (en el sentido restrictivo usado por el Tribunal) pero que las otras normas tributarias no limitadas por la prohibición de retroactividad no gozan siempre y en cualquier circunstancia de legitimidad constitucional, los jueces constitucionales aunque restringiendo su alcance, dejan abierto el paso a la defensa del principio de seguridad jurídica incluyendo el de irretroactividad.

En segundo lugar, al distinguir de manera explícita el grado máximo y el grado medio de retroactividad, el Tribunal permite medir el alcance de la vulneración que han sufrido estos principios. Tercio, atribuyendo a cada tipo una justificación más o menos estricta (exigencias cualificadas de interés general por la retroactividad propia y una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso en el supuesto de retroactividad impropia), el Tribunal ofrece criterios razonables para censurar o no las normas impugnadas.

También en el supuesto de retroactividad impropia, ponderar entre el principio de seguridad jurídica (que no es un valor absoluto) y los demás imperativos así como circunstancias concretas (grado de previsibilidad, importancia cuantitativa, relevancia de la norma afectada) permite un juicio equilibrado de los diferentes intereses en juego y llegar a una sentencia acertada.

Ahora bien, tener criterios objetivos y operativos no es suficiente, además hay que aplicarles oportunamente. La sentencia 173/96 nos parece un ejemplo de decisión acertada así como la Sentencia 126/87, llevando hasta sus últimas consecuencias el razonamiento jurídico con los criterios más arriba definidos. Por el contrario, las sentencias 6/83 y 182/97 nos parecen tachadas de algunos errores de apreciación, como pensar que no hay retroactividad ni tampoco derechos individuales adquiridos en el caso de las viviendas de protección oficial, o al no tomar en cuenta el grado máximo de retroactividad en ciertos casos y presumir de la previsibilidad de las medidas por el hecho que un Real Decreto-ley anulado por la sentencia podía “sanar *ex post factum* el sacrificio por ley de principios o derechos constitucionalmente protegidos”¹⁸

Conclusión

Si, por cierto, se desprende un cierto avance en la defensa del principio de irretroactividad, y más generalmente de seguridad jurídica, por parte de las jurisdicciones constitucionales española y francesa, pensamos sin embargo, que queda mucho por hacer en este campo.

De hecho, no se ha tomado suficientemente en cuenta la legítima confianza que deben tener los ciudadanos en el Estado y en que la legislación vigente sobre la cual ajustan su conducta económica tenga un mínimo de certeza y

¹⁸ voto particular a la sentencia 182/97 de Álvaro Rodríguez Bereijo, con el que coincidimos p. 517

previsibilidad, como lo ha subrayado el voto particular de Don Rafael Gómez-Ferran, en el caso de las viviendas de protección oficial al ver sus beneficios reducidos mientras se mantenían las limitaciones del régimen sin que sea reversible su decisión, sin pérdidas financieras importantes: por cierto, pensamos como el autor del voto, que el beneficio tributario por un plazo determinado y con un cierto alcance, derivaba de un “acto concreto” y por tanto generaba derechos que la irretroactividad viene a reducir.

También el Tribunal, al desestimar el recurso sobre la subida de las tasas de la renta (STC 182/97), ha hecho, a nuestro juicio, demasiado hincapié a los argumentos del Gobierno, al detrimento del principio de seguridad jurídica con retroactividad de grado máximo en numerosos casos y que, por su carácter imprevisible no permitía a los ciudadanos gozar de un grado suficiente de previsibilidad para realizar “una planificación fiscal” acertada y reducir el coste previsible de la carga fiscal con un comportamiento que “no siempre es fácilmente reversible”¹⁹.

Concerniendo al Consejo Constitucional, si es verdad que su labor ha permitido un avance innegable, su rechazo

¹⁹ Ibid., p. 516 A esta altura, podemos lamentar que, seguramente por razón de la tradición francesa muy arraigada de “voluntad general” que rechaza todo reconocimiento a la voz discordante, el sistema de voto particular no existe en el sistema judicial francés y tampoco en el seno del Consejo Constitucional. Prohibición que defiende el decano Georges Vedel abogando que la admisión de opinión disidente sería un medio infalible para perjudicar gravemente al Consejo (Prólogo a Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchestien, Paris, 1992, p.9)

reiterado a admitir el principio constitucional de seguridad jurídica así como de “confianza legítima” deja algunas lagunas en la protección de los derechos de los ciudadanos frente a la irretroactividad fiscal.

También la ausencia de criterios generalmente aceptados por las jurisprudencias constitucionales de su entorno europeo (como los grados de retroactividad o los principios más arriba) aunque puedan ser utilizados implícitamente, no permite ver con suficientemente claridad los criterios concretos que utiliza a la hora de decidirse. En efecto, el Consejo Constitucional “hace de la seguridad jurídica sin saberlo o teniendo pinta de no saberlo”²⁰ para evitar de atarse por un principio que podría llevar a un ciertos “statisme” del Derecho es decir su petrificación. Encontramos aquí el mismo recelo de jueces constitucionales a la hora de proclamar un principio, que sólo se permiten censurar en los casos en que su violación es más flagrante, pero dejando indefensos a los ciudadanos en los casos menos agudos pero conllevando sin embargo una restricción de seguridad a veces nada despreciable.

Un poco más sería necesario para subsanar este “déficit constitucional”²¹ en lo que respecta a la protección del principio de seguridad jurídica para no refrendar la opinión bastante crítica de Geoffrey Brennan y José Casas Pardo de que “las garantías contra la arbitrariedad del

²⁰ Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1999, p.124

²¹ Álvaro Rodríguez Bereijo, op. cit., p. 24

Gobierno [podemos añadir también del legislador] son débiles en la Constitución española”²²

²² Geoffrey Brennan, José Casas Pardo, “La Constitución Española a la luz de la economía política de las constituciones”, *Hacienda Pública Española*, nº 116/3, 1990, p.57

BIBLIOGRAFÍA

Libros :

FAVOREU, Louis, Loïc Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10^o ed., Sirey, Paris, 1999

GOYA SICILIA, Regina, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1987

PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario, Parte general*, Civitas, 1992

PHILIP, LOÏC, *Finances Publiques*, Cujas, Paris, 1989

ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchestien, Paris, 1992

SUAREZ COLLIA, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Actos, Madrid, 1991

Artículos :

BRENNAN, Geoffrey, José Casas Pardo, “La Constitución Española a la luz de la economía política de las constituciones”, *Hacienda Pública Española*, n^o 116/3, 1990

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, “El sistema tributario en la Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n^o36

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, “La Constitución de 1978 y el modelo de Estado : consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública”, Sistema, nº57

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, “Jurisprudencia constitucional y derecho presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº44, 1995

VARELA, Santiago, “La idea de deber constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982

Sentencias o Decisiones :

STC 6/1983 de 4 de febrero de 1983

STC 126/87 de 16 de julio de 1987

STC 173/1996 de 31 de octubre de 1996

STC 182/97 de 28 de octubre de 1997

DC 80-126 du 30 décembre 1980

DC 82-155 du 30 décembre 1982

DC 84-186 du 29 décembre 1984

DC 86-223 du 29 décembre 1986

DC 88-250 du 29 décembre 1988

DC 88-298 du 24 juillet 1991

DC 97-393 du 18 décembre 1997

DC 98-404 du 18 décembre 1998

Doctrina :

Cahiers du Conseil Constitutionnel, 1999-6, p.9

BERTRAND Mathieu, « Rétroactivité fiscale et sécurité juridique : l'application d'un principe implicite », *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p.89

MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1999

SCHOETT, Eric, *AJDA*, 20 janvier 1999, p.22

La tapa: análisis jurídico

Javier Álvarez Nogal y Jordi Barrat Esteve *

SUMARIO: 1. Definición. 2. Naturaleza jurídica. 2.1 Foro u oferta. 2.2 La tapa en el marco negocial. 3. Régimen jurídico. 3.1. Sujetos. 3.2. Objeto. 3.3 Lugar. 3.4. la tapa como oferta económica. Bibliografía.

Es una obligación ineludible de todo jurista el permanecer atento a los variados fenómenos jurídicos que se producen en su entorno social. La progresiva implantación de un derecho positivizado, es decir, condensado en unos textos normativos, nos impide, algunas veces, atender a ciertos acontecimientos o situaciones que, no encontrándose recogidos en estos textos, no dejan de tener un trasfondo y una estructura plenamente jurídica.

Podría señalarse incluso que la auténtica operación jurídica se produce frente a estos últimos hechos. El estudio de una institución ya regulada positivamente nos resulta

* Los autores ejercen respectivamente como abogado en el Ilustre Colegio de Abogados de León (España) y como Profesor Titular de E. U. en Derecho Constitucional de la Universidad de León (España). El Prof. Barrat Esteve actualmente se encuentra en estancia académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Una versión similar de este trabajo mereció una mención especial del Jurado del I Premio de Ensayos Jurídicos “José María Suárez” convocado por el Ilustre Colegio de Abogados de León (España).

mucho más llevadero toda vez que la propia ley se encarga de sistematizar los distintos elementos que intervienen. Cuando se trata, por el contrario, de analizar un fenómeno estrictamente social, el jurista no puede ayudarse de esas preciosas muletas, sino que sólo puede encomendarse a principios, conceptos y técnicas que anidan en su propio razonamiento. Es ahí donde el jurista disfruta enormemente ya que llega a experimentar el placer de descubrir el derecho, de ayudar a la sociedad sistematizando un fenómeno que, hasta su intervención, se producía de manera un tanto anárquica.

La masiva positivación del derecho nos suele privar de estos momentos de placer, pero curiosamente la ciudad de León nos depara ciertos elementos que merecen la atención de un jurista. Nos referimos, como el título indica, al sano ejercicio de degustar gratuitamente diferentes manjares en los distintos establecimientos hosteleros de la ciudad. La *tapa*, como suele denominarse a este instituto, presenta unos rasgos que suscitan, en primer lugar, ciertos interrogantes en cuanto al alcance de su naturaleza jurídica y, en segundo lugar, ciertas sombras sobre algunos de sus elementos. Resulta necesario, por lo tanto, proceder a su análisis exhaustivo desde una perspectiva jurídica¹.

¹El análisis contará con ejemplos extraídos del panorama hostelero leonés. Consideramos necesario advertir que tales aportaciones no constituyen meras frivolidades o curiosidades alejadas del racionamiento jurídico. El estudio de un comportamiento fáctico exige, por el contrario, una observación atenta y minuciosa que debe poder certificarse mediante ejemplos concretos.

1. Definición.

Pese a tratarse de un hecho popularmente conocido, la *tapa* presenta ciertos problemas definitorios a la hora de deslindarla de otras técnicas jurídicas que, próximas en cuanto a su entorno de aplicación, difieren en su estructura básica. Para analizar correctamente su régimen jurídico, debemos establecer previamente sus diferencias con el *pincho* y con la *ración*.

La *tapa* podría definirse como sigue: Degustación gratuita, ofrecida por un establecimiento hostelero, como complemento a la consumición líquida solicitada por el cliente o consumidor.

El *pincho*, que también consiste en una degustación, difiere de la *tapa* en el elemento de gratuidad, dado que el cliente deberá abonar una cantidad determinada si, al lado de su consumición, generalmente una bebida, pretende ingerir algún elemento sólido.

La *ración*, por su parte, tampoco es gratuita, pero además no puede ser considerada como un mero complemento de la consumición. Atendiendo a ciertos rasgos determinantes, como la cantidad servida por el establecimiento hostelero o los utensilios facilitados al cliente para su consumición (cubiertos, servilletas, etc.), adquiere una

entidad y consistencia propia que la aleja de ser un mero complemento a una consumición².

2. Naturaleza jurídica.

2.1. Foro u oferta.

Se trata, como podrá suponerse, de un elemento de enorme trascendencia ya que lo que estamos dilucidando es realmente si la tapa constituye un auténtico instituto jurídico o, por el contrario, debe quedar reducida a un mero hábito cuyo cumplimiento se encomienda a otros principios como el de tolerancia social o buena educación.

La dogmática jurídica nos ofrece distintas posibilidades en las que podría enmarcarse nuestro objeto de estudio. Podríamos hallarnos, en primer lugar, ante una mera *liberalidad*, es decir, un acto espontáneo y voluntario del establecimiento hostelero en beneficio del cliente. La segunda posibilidad consistiría en que el instituto fuera calificado como *costumbre* jurídica, es decir, un hábito que, en función de sus elementos estructurales, ha alcanzado una fuerza

²La cafetería Aroa (C/ Juan XXIII/El Ejido) nos permite contemplar en la práctica un uso riguroso de todos estos conceptos. Este local sirve, como es lógico, su correspondiente tapa, pero un cartel advierte a los clientes de lo siguiente: «El pincho a mayores de la tapa: 100 ptas.». Obsérvese como no se ha elegido una fórmula más sencilla consistente en «La tapa a mayores: 100 ptas.». Esta última solución hubiera violentado la esencia de la tapa ya que se le estaría adjudicando una determinada tasación económica. Aquella consumición que, aun teniendo el mismo contenido material de la *tapa*, se degusta a cambio de una contraprestación económica debe denominarse *pincho* y así se aplica, con extraordinaria finura jurídica, en el establecimiento analizado.

obligatoria similar a la ley. Alejándonos del entorno jurídico, la tapa también podría ser calificada como un acto de mera cortesía social equiparable, por ejemplo, a la tradición de ceder el asiento a una dama.

Analizaremos a continuación los elementos jurídicos presentes en nuestro caso, pero interesa avanzar, en este estadio del trabajo, que nuestra conclusión defenderá el carácter de la tapa como *costumbre local*.

La costumbre requiere, como sabemos, dos componentes para que pueda acreditarse su presencia. La práctica analizada debe consistir, en primer lugar, en «la realización de actos externos, de manera uniforme, general, duradera y constante» (ALBALADEJO, 1996: 97). Es sencillo comprobar como lo que conocemos por tapa reúne los elementos antes citados. Se trata, de forma evidente, de un acto externo y, en la ciudad de León, viene produciéndose de forma duradera y constante.

Podría suscitar alguna duda el requisito de que el comportamiento fuera uniforme y general ya que ni todos los bares admiten esta práctica ni los que la aceptan la aplican de forma uniforme. Advirtamos, sin embargo, que la uniformidad se exige en el ámbito territorial en el que nosotros afirmemos la existencia de la costumbre. Suele aceptarse, en este sentido, la presencia tanto de costumbres *generales*, aplicables a todo el territorio en cuestión, como de costumbres *locales*, válidas para ámbitos más reducidos. El problema de la tapa obedece a que su aplicación no alcanza todo el territorio municipal, sino que queda circunscrita a aquellos locales donde se practica con asiduidad. No parece,

sin embargo, que tal reduccionismo impida constatar la existencia de una costumbre jurídicamente válida³.

El segundo elemento exigido para admitir una costumbre presenta mayores complicaciones. La doctrina suele referirse a la denominada *opinio iuris seu necessitatis*. Se trata de un elemento subjetivo consistente en la convicción de los participantes de que sus comportamientos responden a una obligación jurídica y no a un mero hábito.

La ausencia de este elemento provoca que los comportamientos reiterados carezcan de la juridicidad propia de la costumbre y queden reducidos a la categoría de actos «de benevolencia, de tolerancia [o] de cortesía» (ALBALADEJO, 1996: 98). También podría suceder que la tapa constituyera una *donación tácita*, es decir, estaríamos ante un contrato jurídico entre el hostelero y su cliente, pero tal relación carecería de la fuerza obligatoria de la costumbre. Podría darse el caso, por último, que la tapa fuera englobada dentro de la categoría de *usos* que, «no siendo costumbres en sentido estricto de este término, tienen relevancia jurídica» (: 109). Demostraremos a continuación, sin embargo, cómo la contemplación de este hábito nos permite detectar ciertos comportamientos que evidencian la existencia de la mencionada *opinio iuris* y que implican, por lo tanto, la existencia de una auténtica costumbre.

La principal dificultad que presenta este procedimiento consiste en la *prueba* de la existencia de un

³Esta cuestión merecerá un análisis más detallado en el apartado dedicado al principio de territorialidad de la tapa.

elemento que, por sus propias características, afecta al fuero interno de los participantes. Nos encontramos, en definitiva, ante la complicada verificación de un elemento de naturaleza subjetiva o espiritual. La *praxis* jurídica soluciona tradicionalmente estos obstáculos mediante la búsqueda de ciertos elementos *externos* que reflejen, en mayor o menor medida, la existencia de una determinada inclinación en el ánimo del actor. Pensemos, por ejemplo, en la acreditación del dolo o de la culpa en el ámbito del derecho penal.

El objeto de nuestro estudio nos ofrece, en este sentido, un elemento fáctico que, de manera indubitable, parece conducirnos a la aceptación de la existencia de la *opinio iuris*. Nos referimos a los siguientes hechos cuya asiduidad puede ser comprobada con el oportuno peritaje. Suele darse el caso de que el cliente, ante el olvido por parte del hostelero de la entrega de la tapa, reclame expresa y públicamente su cumplimiento. El hostelero suele reaccionar con naturalidad ante esta petición y, lejos de sentirse ofendido ante una demanda extemporánea y extravagante, acepta su error, entrega la tapa e incluso puede aumentar su contenido en aras a la reparación del daño causado.

Consideramos que esta práctica supone el elemento externo que necesitábamos para certificar la existencia de la *opinio iuris*. La actitud de los participantes parece reflejar la convicción mutua de que la entrega de la tapa no consiste en un mero detalle voluntario del hostelero, sino en una obligación de contenido jurídico.

Llegados a este punto, puede concluirse que, una vez comprobada la existencia de los dos elementos que exige la

costumbre, cabe defender que, en determinados establecimientos de la ciudad de León, la práctica de la tapa adquiere esta naturaleza y debe ser considerada como comportamiento obligatorio a todos los efectos.

La determinación de su naturaleza jurídica debe acompañarse, sin embargo, del estudio de aquellos otros elementos que configuran el instituto. Se adjuntan a continuación las conclusiones extraídas de un análisis detenido y exhaustivo del panorama hostelero leonés.

2.2. La tapa en el marco negocial.

No estamos, en primer lugar, ante una obligación que surja con carácter autónomo, sino que proviene de un contrato *complejo* en el que una parte –el consumidor- recibe tanto una consumición líquida como una tapa. Se trata asimismo de un contrato de *compraventa civil* por el que un hostelero, a cambio de un precio, se obliga a entregar los dos productos antes mencionados.

El artículo 1.254 del código civil (CC) establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Este contrato *atípico* alberga, en todo caso, una serie de especialidades que desarrollaremos a continuación.

Como *elementos personales*, que intervienen en la formación y perfección del contrato, contamos con el consumidor o cliente y con el hostelero.

Es un contrato de carácter *bilateral* puesto que surgen obligaciones para ambas partes: una de ellas tiene la obligación de pagar la consumición y la otra tiene la obligación de entregar la tapa. Se trata asimismo de un contrato *oneroso* ya que existen prestaciones para las dos partes intervinientes.

Cabe destacar, por otra parte, que la obligación de entregar la tapa se halla implícita en la de servir la consumición dado que, aun no siendo la obligación esencial del contrato, su cumplimiento es necesario. Resulta curioso apreciar como, en el momento de la perfección del contrato, el consumidor demanda un producto diferente a la tapa, pero, si el hostelero no cumple con su obligación de entregar esta última, el primero tiene el derecho de exigirla como parte inescindible del contrato. En este sentido, el artículo 1.258 CC establece que, una vez perfeccionado el contrato, la obligación no afecta solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado (poner un vino), sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso (entregar la tapa como parte indivisible de la obligación) y a la ley.

Estamos ante un contrato *consensual* ya que su perfección se alcanza por el mero consentimiento de las partes, es decir, cuando el cliente solicita la consumición y el hostelero comienza a ejecutar las tareas encaminadas al cumplimiento de su obligación. Sucede, sin embargo, que su recto cumplimiento exige asimismo que la ejecución se realice en un periodo temporal extraordinariamente limitado ya que los productos afectados deben entregarse en unos minutos como máximo. El desconocimiento de este requisito

La tapa: análisis jurídico.

implica lógicamente el incumplimiento del contrato dado que éste ya se ha perfeccionado con anterioridad. Si, por el contrario, estuviésemos ante un contrato real, la demora antes señalada no generaría ninguna consecuencia ya que, en sentido estricto, no habría ni contrato ni posterior incumplimiento.

La formación del contrato exige, por otro lado, la existencia de una oferta mutua. La relativa al hostelero se aprecia fácilmente ya que sus establecimientos están destinados, como actividad económica principal, a celebrar este tipo de contratos. La del consumidor se materializa en la declaración de voluntad dirigida al hostelero al demandar un determinado servicio. La oferta debe contar con la intención clara de contratar por ambas partes manifestada cuando el hostelero abre el establecimiento y el cliente entra en el mismo con la intención de consumir. Debe poder apreciarse asimismo en su integridad, es decir, ni el hostelero puede servir solo el vino y olvidarse de la tapa, ni el consumidor puede pagar solo una parte de la consumición. Se exige, por último, el mantenimiento de la oferta siendo la del hostelero

habitualmente más prolongada ya que abarcará todo el periodo del día en el que se ofrece la tapa.

Según reza el artículo 1091 CC, el contrato perfeccionado genera la obligatoriedad del mismo: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Por otra parte, según el artículo 1.256 CC, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Aquí reside el derecho

del consumidor a exigir la tapa como contraprestación de la obligación del hostelero de entregarla junto con la consumición principal.

Nos hallamos ante contrato *relativo*, es decir, sólo produce efectos entre las partes contratantes ya que el hostelero sólo se obliga a entregar la tapa a quien ha consumido y no a quien está de espectador. Puede admitirse, sin embargo, que, por *cortesía* del hostelero, se entreguen «tapas» a todos los presentes, aun sin haber consumido.

También cabría hablar, por último, de irrevocabilidad del contrato puesto que, una vez que se perfecciona, sólo las partes contratantes pueden modificarlo o revocarlo. El consumidor no puede, por ejemplo, desistir unilateralmente del contrato antes de que el hostelero sirva la bebida y la tapa. De la misma manera, una vez servida una de las consumiciones, el contrato sólo puede modificarse si se cuenta con el consentimiento de ambas partes⁴.

3. Régimen jurídico.

Una vez contemplado el instituto a la luz de la teoría general de las obligaciones, nos corresponde examinar algunos rasgos específicos que conforman su peculiar régimen jurídico. Aludiremos, en primer lugar, a las categorías generales de sujeto, objeto y lugar. También abordaremos simultáneamente otras consideraciones más

⁴Esta situación suele producirse cuando el consumidor muestra su desagrado ante la tapa servida por el hostelero y ambos acuerdan su sustitución por otra.

específicas referidas a la unicidad, territorialidad o instrumentalización económica de la tapa.

3.1. Sujetos.

Existe en primer lugar un deudor, identificable en la persona que debe entregar la tapa previa petición de una consumición. Tal deudor ha de ser necesariamente la misma persona física o jurídica que vende la consumición ya que no sería lógico obtener de una persona la consumición líquida y de otra la tapa. Ello no implica, con todo, que nos encontremos ante una obligación personalísima dado que la prestación puede ser realizada por el mismo que vendió la consumición o por otro que tenga con él una relación de dependencia. Quien entrega la tapa ha de tener asimismo capacidad suficiente para enajenar ya que debe dar lo que es suyo.

También puede apreciarse claramente la figura del acreedor en la persona a quien debe entregarse la tapa una vez que haya solicitado la consumición. Estamos en presencia de una obligación que debe cumplirse forzosamente con la persona adecuada ya que no cabría que el receptor de la tapa fuera persona distinta del consumidor.

3.2. Objeto.

Dentro de este elemento obligacional debe destacarse su integridad, es decir, la necesaria realización de toda la prestación para lograr su completa extinción. Ello no obsta, sin embargo, para que sea divisible ya que en numerosas

ocasiones la entrega de la tapa se puede fraccionar y entregar en diversas etapas de tiempo (primero un caldo y luego una croqueta). Puede afirmarse asimismo que estamos ante una obligación genérica en cuanto que la obligación consiste en entregar *una* tapa, pero no *determinada* tapa.

Cabe referirse por último a la *unicidad* de la tapa. Este requisito consiste en la aplicación del principio consistente en que a cada consumición le corresponde *una sola* tapa. Se trata de un requisito de fácil comprensión y cumplimiento, pero no por ello deja de presentar ciertos interrogantes.

Pensemos, en primer lugar, que la unicidad de la tapa no implica que su contenido sea uniforme, dado que *una* tapa puede incluir degustaciones de variados productos. El bar Odín (Burgo Nuevo) entrega, por ejemplo, un plato con cuatro o cinco muestras de diferentes raciones. Existe, como es lógico, una pluralidad de objetos, pero, desde una perspectiva jurídica, nos encontramos ante una sola tapa.

Mayores dificultades suscitan los casos en los que la tapa no se presenta de forma individualizada. El León Antiguo (Romántico) entrega como tapa un recipiente con palomitas de maíz. Tanto la cantidad entregada como el número de recipientes existentes en la sala impiden considerar como una sola tapa al conjunto del recipiente, pero se hace enormemente complicado precisar qué cantidad del producto debe tomarse para no quebrar el principio de unicidad, es decir, cuál es la cantidad que equivale a una sola consumición.

La tapa: análisis jurídico.

Obsérvese que, en principio, existen varias hipótesis factibles. Una de ellas ya ha sido descartada en el párrafo anterior ya que, por las razones aducidas, no parece admisible que la tapa abarque todas las palomitas incluidas en el recipiente. La segunda hipótesis, consistente en que el consumidor tendría derecho a una sola palomita, tampoco puede asumirse ya que violenta el sentido común que debe presidir las relaciones jurídicas.

Deberíamos decantarnos, en definitiva, por la solución intermedia. La tapa facultaría al consumidor a coger un *puñado*, a lo sumo dos, del conjunto de palomitas ofertado.

Este ejemplo permite verificar otro elemento que no debe olvidarse en el presente análisis. Nos hallamos ante un fenómeno en el que se hace difícil elaborar categorías generales ya que es enorme la diversidad de los casos planteados. En último término, no debemos olvidar el carácter ya señalado de costumbre local lo que nos debe conducir a evaluar cuidadosamente, en cada caso y situación, los elementos específicos que se manifiesten.

3.3. Lugar.

Atendiendo a que la obligación analizada consiste en dar una cosa, su cumplimiento deberá producirse en el lugar donde ésta se encuentre en el momento de constituirse la obligación. Tal lugar corresponderá, en buena lógica, con el propio establecimiento hostelero.

El carácter territorial de la costumbre suscita, sin embargo, ciertas dudas. Habíamos mencionado anteriormente la necesidad de determinar cuál es el ámbito espacial en el que se aplica la costumbre analizada dado que la doctrina se refiere a dos tipos de costumbre: la general y la local. La primera de ellas abarca todo el territorio donde se aplica el ordenamiento jurídico en cuestión, mientras que la segunda se extiende solamente a una porción de este espacio.

El término *local* no debe confundirnos ya que no alude a una costumbre perteneciente a un *municipio*, sino a un hábito cuyo ámbito es inferior al abarcado por la costumbre general. Un acto repetido de manera uniforme en una provincia o en una comarca, por ejemplo, debería ser considerado como costumbre local, pese a que se extiende sobre el territorio de varios municipios. De la misma manera, una sola población puede albergar diversas costumbres locales en el caso de que su ámbito sólo alcance determinados barrios de ese municipio. Nuestra misión consiste en averiguar cuál es ese espacio en el que la tapa se manifiesta de forma reiterada y uniforme.

Una observación superficial podría conducirnos a pensar que el ámbito de aplicación de la tapa se corresponde con el de la ciudad de León en su conjunto. Se trata, sin embargo, de una conclusión errónea toda vez que existen bares sin tapas a los que no podría obligarse a admitir esta costumbre. El ámbito adecuado consistiría, por lo tanto, en cada *bar* o *establecimiento hostelero* que suele entregar la tapa a los clientes.

La tapa: análisis jurídico.

Existe, en todo caso, algún ejemplo que permite poner en duda la anterior aseveración. Pensemos en el supuesto de *La Competencia*, establecimiento ubicado en el corazón del Barrio Húmedo (C/Matasiete). Este local constituye jurídicamente una unidad, pero alberga en su interior dos *barras* en las que se sirven tapas completamente diferentes. La práctica habitual, verificable mediante los peritos adecuados, nos indica asimismo que las tapas no son *intercambiables*, es decir, que no es posible solicitar la tapa de una barra en la otra.

Este ejemplo, extraído de la realidad, hipoteca seriamente la afirmación según la cual el ámbito de aplicación de la costumbre analizada se asimilaría a la del local hostelero en su conjunto. Cabría pensar, por el contrario, que cada tapa, y la costumbre que la acompaña, se asocian a una *barra* y no a un *bar*. Aquellos bares que tienen una sola barra no reflejan esta sutil distinción, pero los que contienen varios mostradores permiten contemplar con claridad el ámbito espacial de la tapa.

3.4. La tapa como oferta económica.

Por último, resulta imprescindible, para un mejor entendimiento de este instituto jurídico, considerar a la tapa como una oferta económica. Abordamos con ello uno de los aspectos con mayor trascendencia jurídica. Algunos establecimientos ofrecen como tapa determinados productos que después pueden adquirirse como raciones en el mismo local.

Pensemos, por ejemplo, en los casos de Patatas Blas (Lucas de Tuy) o El Flechazo (Barrio Húmedo) donde tanto la tapa como su producto más emblemático encuentran en las patatas su elemento común.

No parece descabellado incorporar a la tapa dentro del proceso económico diseñado por el establecimiento. La tapa se convertiría en una especie de muestra que, caso de agradar al cliente, podría propiciar la adquisición de cantidades mayores -*raciones* y *pinchos*- del mismo producto. Esta estrategia no reduce su virtualidad al ámbito económico, sino que, como se verá a continuación, tiene una notable relevancia jurídica.

La instrumentalización de la tapa como muestra de una oferta superior debe implicar, en buena ortodoxia jurídica, una relación determinada entre la muestra y el principal, es decir, debe existir una identidad de características entre el primer producto y el segundo. No sería admisible, por ejemplo, que el cliente, alentado por la excelente calidad de la tapa, adquiriera una ración del mismo producto y encontrara, para su sorpresa, un contenido de calidad sustancialmente inferior al primero.

Debe concluirse, en definitiva, que existe una responsabilidad clara del establecimiento hostelero consistente en garantizar una identidad entre la tapa y el producto final cuando la primera actúa como oferta económica o lanzadera comercial.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I, 14 ed. Bosch, Barcelona, 1996

Artículos

La Reforma Integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave y el Municipio Libre.

José Lorenzo Álvarez Montero*

SUMARIO: 1. La Reforma a la Constitución Política del Estado. 2. Elementos constitutivos del Municipio. 3. El Municipio en las diversas constituciones federales y centralistas de México. 4. La Constitución Federal de 1917 y sus reformas en materia municipal.

1. La reforma a la Constitución Política del Estado.

El 3 de febrero del presente año, se publicó en la Gaceta Oficial la reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave. El artículo primero de la reforma dispuso la derogación de los artículos del 85 al 141; el segundo, la reforma de los artículos del 1 al 84.

Así, el texto vigente de la Constitución Política Local se integra 84 preceptos sustantivos, distribuidos en seis títulos, más 7 artículos transitorios ¹

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ En mi artículo “La reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave y los derechos humanos”, publicado

La reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y...

El título tercero que se integra con los artículos 68, 69, 70 y 71, está dedicado al Municipio. Aun cuando el Gobernador presentó a la Legislatura la iniciativa de reforma constitucional el 13 de septiembre de 1999, el proyecto recoge el texto de la reforma al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 23 de septiembre de ese año en el Diario Oficial.²

En el actual proceso de transformación del Estado mexicano y a la luz de la reforma al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial el 23 de Diciembre de 1999 y de la reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, es válido preguntarnos ¿cuál es el papel que juega este nivel de gobierno?.

El desarrollo y fortalecimiento del Municipio impone la necesidad de precisar los términos contenidos en el vigente artículo 115 constitucional y su correlativo 68 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave.

De acuerdo a lo dispuesto por los primeros párrafos de ambos preceptos, los Estados adoptarán para su régimen

en la Revista Jurídica Veracruzana del Tribunal Superior de Justicia, pp. 41-75 se analiza en forma completa las diferentes etapas que se desarrollaron en el procedimiento de la reforma Constitucional.

² El texto de la iniciativa de reforma al artículo 115 de la Constitución Federal, fue proporcionado a la Comisión para su análisis e incorporación a la reforma integral de la Constitución Política de Veracruz.

interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre.

De lo transcrito se desprenden los siguientes aspectos:

1. Los estados, constitucionalmente, no pueden tener otras divisiones territoriales que no sean los Municipios.

2. Tampoco pueden tener otra base para su organización administrativa que el Municipio Libre.

3. Así mismo los Estados tampoco pueden tener otra base para su división política que el Municipio Libre.

2. Elementos Constitutivos del Municipio.

Lo anterior, concibe al Municipio Libre como un espacio privilegiado de la República y de la Federación Mexicana, donde vivimos aproximadamente 80 millones de habitantes ya que con excepción del Distrito Federal, el restante territorio nacional tiene al Municipio Libre como base.³

El municipio además, cuenta, por mandato constitucional, con una serie de elementos similares a cualquier entidad estatal.

1. Territorio

2. Población

³ José Lorenzo Álvarez Montero, *El Municipio en el Proceso de Transformación del Estado Mexicano*, Foro Fiscal No. 36, 1996. Pág. 4

La reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y...

3. Autoridades
4. Orden Jurídico y,⁴
5. Fines

Por lo que se refiere a las autoridades debemos destacar que éstas, son electas popularmente por lo que sólo en los casos de responsabilidad pudieran ser separadas del cargo mediante el procedimiento establecido en los textos constitucionales y Leyes respectivas.

Respetando la expresión y voluntad de la soberanía popular, manifestada en las elecciones de las autoridades municipales, la Constitución dispone que entre el Ayuntamiento y el Estado no habrá ninguna autoridad intermedia.

Lo anterior, es entendible en virtud de que existen tres niveles de Gobierno Federal, el Estatal y el Municipal. No se reconoce ningún otro.

Sin embargo, distorsionando este sentido constitucional, se han creado organismos paralelos al Estado y al Municipio, que es la relación que en este momento nos interesa destacar, que se atribuyen facultades que corresponden a uno u otro nivel de gobierno, desnaturalizado de este modo, el mandato constitucional al transferir atribuciones-obligaciones que las autoridades electas tienen a su cargo, a dichos organismos, cuya integración es por designación de alguna autoridad. De esta manera, se lastima y

⁴ Raúl Olmedo, *Nuevo Orden Normativo para la reforma Municipal, Estados Municipales*, CEDEMUN, México, 1997.

aminora el efecto de la soberanía popular manifestada por medio del voto ya que al acudir a la autoridad electa popularmente, ésta manifiesta que dicha atribución, aunque la constitución señala a su cargo, por medio de un convenio o decreto se ha transferido a un órgano de carácter administrativo. El mejor ejemplo y el más sentido y lastimoso para la sociedad civil es el del agua potable y alcantarillado, servicio que se ha transferido en Veracruz, a un organismo administrativo-burocrático, integrado por designación, insensible a las necesidades más urgentes de la comunidad, que administra el servicio como si fuera otro Estado y no el mexicano. Además, el párrafo tercero del multicitado artículo 115 expresa que, corresponde a los Municipios prestar el citado servicio y podrá hacerlo con el concurso de los Estados condicionando:

1. A que dicho concurso sea necesario y,
2. Que así lo determine la Ley.

De donde se desprende la obligación de comprobar y explicar ampliamente a la comunidad que efectivamente es necesario el concurso del Estado y, fundarlo en una Ley que permita dicho concurso. Lo que no dice la Constitución es que puede transferirse el servicio a un ente distinto al Estado.

En conclusión de lo anterior, el camino o el proceso de transferir las funciones municipales a organismos

administrativos-burocráticos distintos al Estado, no es la manera de fortalecer al Municipio ni a sus autoridades.⁵

Por lo que se refiere al orden jurídico municipal, éste se integra por el marco constitucional federal y local y las leyes que expiden el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, manifestándose propiamente en los reglamentos Gubernativos y de Policía como lo dispone el artículo 21 constitucional.

Siendo el municipio el tema de esta colaboración pasare a describir su presencia en las diferentes constituciones de México y de Veracruz, haciendo especial referencia al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917 y sus reformas, para culminar con el título dedicado al Municipio en el texto vigente de la Constitución renovada de Veracruz.

3. El Municipio en las diversas Constituciones Federales y Centralistas de México.

El 23 de diciembre de 1999 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación importantes reformas al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por los cuales se reconoce expresamente a los ayuntamientos la calidad de gobierno, dejando así de ser simples administradores de los asuntos municipales.

Para valorar este cambio, es indispensable señalar que administrar significa cuidar bienes ajenos, suministrar

⁵ Julián Salazar Medina, *Elementos Básicos de la Administración Municipal*, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 1992.

servicios, conformando una concepción de subordinación a su superior. En tanto que gobernar se traduce por regir, mandar, ejercer autoridad superior.⁶

De lo anterior puede afirmarse que la sustitución del término “administrado” por el “gobernado” nos induce a concluir que el ayuntamiento deja de ser una entidad subordinada al gobierno del Estado para transformarse en la autoridad superior del municipio, lo cual se completa con los nuevos servicios y atribuciones que la ley fundamental le otorga, como son entre otros, los de seguridad pública y policía preventiva que estará al mando del presidente municipal.

También es necesario recordar que el municipio como dimensión geográfica y vivencial, así como el ayuntamiento, no siempre recibió la importancia que hoy nos merece.⁷

Por ejemplo, no tuvo ninguna mención en el acta Constitutiva ni en la Constitución Federal de 1824. Fue hasta la Constitución Centralista de 1836 que en la sexta ley, referente a la división del territorio de la república y gobierno interior de sus pueblos, aunque no se mencionó el municipio, pues el artículo 1 dispuso que la república se dividía en departamentos y éstos en distrito y partidos, sí incorporó a los ayuntamientos como entidades sujetas a los prefectos que

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real academia española vigésima edición, Madrid, 1999.

⁷ Moisés Ochoa Campos, *La reforma municipal*, Editorial Porrúa, México, 1979; Mariano Azuela Güitrón, *La reforma municipal en la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1986.

La reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y...

tenían que velar del cumplimiento de las obligaciones de los ayuntamientos.

Los ayuntamientos se establecían en las capitales de los departamentos, en los puertos con no menos de 4000 habitantes y en los pueblos cuya población ascendiera a 8000 y se integraban por alcaldes, regidores y síndicos. Se regularon los requisitos para ser miembro del ayuntamiento y las atribuciones de éste.

En las fracciones X y XIII del artículo 134 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, se prescriben como facultad de las asambleas departamentales, establecer corporaciones y funcionarios municipales, expedir sus ordenanzas y reglamentar la policía municipal, urbana y rural, así como aprobar los planes de arbitrios municipales y los presupuestos anuales de los gastos municipales.

El Acta Constitutiva y de reforma de 1847 es omisa en cuanto al municipio y los ayuntamientos.

Sin contener ninguna regulación de los municipios y los ayuntamientos, solo el artículo 49 de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, se refiere a las municipalidades.

Es en el artículo 32 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano donde se indica que el territorio nacional se divide en 8 grandes divisiones; en 50 departamentos; cada departamento en distritos; cada distrito en municipalidades. Además, en el artículo 36 se ordena, por primera ocasión, que cada población tendrá una administración municipal propia y proporcionada al número de sus habitantes, quedando a cargo

de la misma, los alcaldes, ayuntamientos y comisiones. Los primeros eran nombrados por el Emperador o por los prefectos.

Los alcaldes presidían los ayuntamientos. El emperador decretaba contribuciones municipales.

Los ayuntamientos representaban el Consejo del municipio y sus integrantes eran electos popularmente. También aparece la figura del síndico procurador para los litigios que sostenga la municipalidad.

El detalle con que fue reglamentado el municipio y sus autoridades permite esbozar, cuando menos, que en México, esta entidad recibe un mayor impulso durante el régimen monárquico de Maximiliano de Hasburgo.

4. La Constitución Federal de 1917 y sus reformas en materia municipal.

El texto original del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, solo en unas reducidas líneas se refería a los municipios y a los ayuntamientos. Así, dispuso que el municipio, al que calificó de libre, era la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de los Estados. Agregando, que cada municipio sería administrado por un ayuntamiento de elección popular directa y no habría ninguna autoridad intermedia entre el gobierno del Estado y el ayuntamiento.

La reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y...

Se otorgó a los municipios la facultad de administrar libremente su hacienda y se les dotó de personalidad jurídica propia.

Sucesivas reformas constitucionales dieron a los municipios y a los ayuntamientos el perfil que ostenta en la actualidad.⁸

Así, la reforma de 1933 introdujo la no reelección inmediata para los presidentes municipales, síndicos y regidores electos popularmente; la de 1947 incorporó la participación de las mujeres en las elecciones municipales; la de 1976, lo relativo a los asentamientos humanos; la de 1977, la representación proporcional en la elección de los ayuntamientos de los municipios cuya población fuere de 300 mil o más habitantes; la de 1983 que diseñó el artículo 115 constitucional en 10 fracciones, de las que 7 correspondieron al aspecto municipal, y 2 que comparten estados y municipios y 1 para los Estados, introducen la suspensión, declaración de desaparición de poderes municipales y revocación del mandato de los miembros de los ayuntamientos; la facultad de expedir bandos y reglamentos de acuerdo a las bases normativas; se listan los servicios públicos; la libre administración de su hacienda; la participación de los ayuntamientos en la zonificación y planes de desarrollo urbano; se confirma la composición de la representación proporcional y la regulación de las relaciones laborales;⁹ la de

⁸ Secretaría de Gobernación, Centro Nacional de Desarrollo Municipal, Gobierno y administración municipal en México.

⁹ José Francisco Ruiz Massieu y otros; *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1983, p. 443 y ss.

José Lorenzo Álvarez Montero

1998 que amplió la representación proporcional a todos los ayuntamientos, y la reforma publicada en el diario oficial de la Federación del 23 de diciembre de 1999 a la que se hizo mención al principio de la presente colaboración.¹⁰

¹⁰ Para mayores datos puede consultarse la obra de Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, México, 1999, p.96 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ MONTERO, José Lorenzo, *El Municipio en el Proceso de Transformación del Estado Mexicano*, Foro Fiscal No. 36, 1996, Pág. 4

AZUELA GÜITRÓN, Mariano, *La reforma municipal en la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1986.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real academia española vigésima, Madrid, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, México, 1999, p.96 y ss.

OCHOA CAMPOS, Moisés, *La Reforma Municipal*, Editorial Porrúa, México, 1979.

OLMEDO, Raúl, *Nuevo Orden Normativo para la reforma Municipal, Estados Municipales*, CEDEMUN, México, 1997.

RUIZ MASSIEU, José Francisco y otros, *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1983.

SALAZAR MEDINA, Julián, *Elementos Básicos de la Administración Municipal*, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 1992.

SECRETARIA de Gobernación, Centro Nacional de
Desarrollo Municipal, Gobierno y Administración Municipal
en México

Los senderos inagotables de *el nombre de la rosa...*

Rebeca Elizabeth Contreras López^{*}

SUMARIO: 1. El inicio... 2. Y en el principio... 3. Y al final...

1. El inicio...

Un libro para reflexionar. *El nombre de la rosa*¹, una obra en la que *Umberto Eco* da muestra de erudición pero, sobre todo, de sensibilidad y estilo. La novela, por muchas razones, es interesante de principio a fin. Cada tema que salta de sus páginas evoca riquezas infinitas, sin embargo, en mis notas de lectura, algunas se repiten constantemente.

La herejía es un tema fundamental, la propia época y el ambiente de la novela lo hace imprescindible. Además la visión histórica del inquisidor, *Eco* la desarrolla magistralmente. No podemos soslayar los detalles de la

^{*} Doctora en Derecho Público, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, catedrática de Derecho penal en la Universidad Veracruzana y en la Universidad de Xalapa.

¹ Estos comentarios se realizaron de la lectura de la novela de Umberto Eco, *El nombre de la rosa*, tr. Ricardo Pochtar, representaciones editoriales, 4a. ed, México, 1985, 614 p.

investigación que reflejan un agudo sentido criminalístico y nos permiten imaginar, paso a paso, el descubrimiento de indicios y circunstancias que mantienen expectante al lector.

Las descripciones son maravillosas, *Eco* no escatima en detalles y utiliza varias páginas para describir la abadía, la biblioteca, los personajes, el templo, algún sueño o la escena de un crimen, se hace evidente una cuidadosa investigación histórica que enriquece la novela.

Para muchos, esta novela pone en práctica elementos teóricos que *Eco* ha desarrollado en sus obras científicas. Fundamentalmente nos introduce en el juego de una semiótica ilimitada que permite, a través de la intertextualidad, identificar los signos específicos que la propia obra revela y en donde son evidentes (para los conocedores) las influencias, reconocidas por *Eco*, de Peirce, Conan Doyle, Borges, Manzoni, Sterne y otros autores/textos².

De aquí surge la necesidad de establecer que *Eco* ha llamado *semiosis* al proceso de producción de los signos y las vicisitudes de esos signos en la red de los códigos³.

² Rocco, Capozzi, "Intertextualidad y semiosis: L'éducation sémiotique de Eco", p. 189.

³ La "semiosis ilimitada es ante todo un concepto que se refiere al código, no al mensaje. Entiendo por semiosis ilimitada (...) el hecho de que todo signo, lingüístico o no, es definible e interpretable a través de otros signos, en una circularidad infinita. (...) Un texto funciona (y funciona también en cuanto texto abierto) precisamente a base del mecanismo de la semiosis ilimitada." Marin Mincu, *La semiótica literaria italiana*, Milán,

Derivando de ahí uno de los conceptos más importantes de su argumentación que es que el significado de un *signo* no se tiene en el signo mismo, sino en su relación con el código en que actúa⁴. Es decir, ese signo no tiene significado en tanto no se le considere en su relación con otros signos y dentro de un código determinado⁵.

De ahí surge el concepto clave que nos permite entender la estructura de la novela, que se refiere a la *intertextualidad* que posibilita construir un texto tomando expresiones de otros textos, los cuales en su interrelación toman una dinámica propia, por ello la novela de *Eco* es un mosaico de citas, “un libro hecho de libros”. Sin embargo, el “placer efectivo que se experimenta al leer el *nombre de la rosa* no se deriva tanto de reconocer una u otra pista intertextual como de descubrir el modo en que funciona la novela”⁶. Ya que a partir de la intertextualidad, la semiosis ilimitada y la escritura, como acto creador, se vincula el autor con el lector en una nueva experiencia que supone la lectura de otros textos. Aunque hay que tener cuidado en no desmembrar esta bella novela en pasajes intertextuales (en ocasiones sólo evidentes para los eruditos) que nos harían perder la continuidad y el placer de su lectura.

feltrinelli, 1981, p.p. 61-62. Tomado de Rocco, Capozzi , “Intertextualidad y semiosis...”, p. 197.

⁴ Frank, Kermode, “El caballo de los Baskerville”, p. 222-223.

⁵ De ahí la expresión con que se concluye esta novela “del nombre de la rosa nada tenemos”.

⁶ Renata, Haas, “De Humberti Eco Fabula”, p. 189.

Aquí encontramos otro de los aspectos relevantes trabajados por *Eco* y que se refieren a la confrontación entre obra abierta y obra cerrada. *El nombre de la rosa* es, por supuesto, una obra abierta que supone, además, una competencia específica del lector (lector modelo) que a partir de su acervo cultural e intelectual le permite interpretar (decodificar) la obra. Por ello, *Eco* atribuye al lector el papel de colaborador e intérprete de los significados de un texto. Sin embargo, tampoco es necesaria esa competencia específica para leer y disfrutar la lectura, ya que el éxito de la obra es, precisamente, que cualquier tipo de lector es atrapado por ella y, al mismo tiempo, iniciado (como Adso) en la educación semiótica que permite identificar signos y relacionarlos con otros signos. La novela está plagada de ejemplos y referencias específicas a esa semiosis ilimitada que permite reconocer relaciones dentro y fuera de la obra.

En este contexto podemos descubrir los senderos que *Eco* difumina en la obra y que aparecen como un círculo de signos que nunca se cierra (¿por eso la rosa?). La novela inicia con la referencia a la obra cerrada (“En el principio era el Verbo...”) que representa un intérprete único de verdades inmutables, es decir, de una obra dogmática y sin matices. Y, al final termina con la referencia a la rosa (que nunca es mencionada en el texto) que representa la intencionalidad semiótica de entender los signos en relación con otros signos, ya que por sí solos no tienen significado (“...del nombre nada tenemos”). La rosa que también nos remite a otro de los símbolos fundamentales de la novela, el laberinto (la biblioteca) en donde se guarda y oculta el saber.

A partir de esta panorámica son una trilogía de temas los que atrapan mi atención: la fe, el poder y la sexualidad. La trama misma gira alrededor de estos ¿fantasmas? que no pueden capturarse abiertamente, pero que están en la mente de todos. Los personajes se moldean en torno a esta trilogía y, por supuesto, se interrelaciona la herejía con la homosexualidad y, lo más excitante, con la figura de Dios.

¿Dios ríe o no? es una pregunta sustancial, de ella depende la esencia del hombre, ya que la risa constituye una fuerza liberadora y su inhibición representa la sujeción a la autoridad y al dogma divino. La novela se desarrolla en torno a la historia de los libros y de uno en especial, el libro que habla sobre la risa⁷. ¡Es maravilloso!

Las reflexiones filosóficas, teológicas y morales a que nos conduce la lectura son inagotables, además de su riqueza histórica y belleza literaria. Pero no olvidemos el contexto en que la obra se desarrolla. Primero, hay que aclararlo, *Eco* narra la historia de *Adso de Melk* que descubre, entre 1968 y 1980, en diversos libros antiguos. La historia parece desarrollarse entre los siglos XII y XIII en una abadía propia de la baja edad media latina. Un recinto cerrado, rígido, aparentemente imperturbable.

Eco advierte: “Transcribo sin preocuparme por los problemas de la actualidad, En los años en que descubrí el texto del abate *Vallet* existía el convencimiento de que sólo debía escribirse comprometiéndose con el presente, o para

⁷ Se trata del segundo libro de la Poética de Aristóteles.

cambiar el mundo. Ahora, a más de diez años de distancia, el hombre de letras (restituido a su altísima dignidad) puede consolarse considerando que también es posible escribir por el puro deleite de escribir... Porque es historia de libros, no de miserias cotidianas...”(p. 14)⁸.

2. Y en el principio ...

“En el principio era el Verbo y el Verbo era en Dios, y el Verbo era Dios. esto era en el principio, en Dios, y el monje fiel debería repetir cada día con salmodiante humildad este acontecimiento inmutable cuya verdad es la única que puede afirmarse con certeza incontrovertible...” (p. 7). Pero aún esta verdad, aceptada por todos, parece derruirse ante los intensos matices que cada concepción evoca.

No contaré la historia... eso, *Eco* ya lo hizo maravillosamente, sólo me referiré a fragmentos que originan estas líneas “por el puro deleite de escribir”.

Cada personaje tiene un perfil propio, ninguno se parece a otro, lo cual sorprende en un ambiente tan “aparentemente” similar. Así, nos encontramos que GUILLERMO es el maestro y agudo observador que pone en juego toda la técnica semiótica que le permite relacionar signos y encontrar “verdades”. ADSO, el joven novicio, es quien narra la historia y como interlocutor de Guillermo es

⁸ Es una advertencia previa de enero de 1980. En adelante se señalarán las páginas citadas entre paréntesis, todas corresponden a la edición ya mencionada de la novela.

iniciado en la educación semiótica que, a su vez, instruye al lector.

El ABAD, obsesionado por el poder y la tradición se esfuerza por mantener en secreto los crímenes y conflictos de la abadía. JORGE, el venerable anciano que, a pesar de su ceguera, conoce todos los secretos y sabe, a ciencia cierta, que Dios no ríe. Este personaje es fundamental en la novela, se convierte en el adversario de Guillermo, portador (por gracia de Dios) de la “verdad” y obsesionado por ocultar el libro sobre la risa. Libran una batalla entre semiosis limitada y semiosis ilimitada, por ello Guillermo es el propio Eco y Jorge parece ser una representación de Jorge Luis Borges, que ocupa un papel central en la narrativa semiótica de Eco⁹.

Un discípulo incondicional de Jorge es MALAQUIAS, el bibliotecario y celoso guardián del “saber”. Por su parte, SEVERINO es el herbolario que conoce los secretos de las hierbas que curan o matan y REMIGIO, el cillerero acusado de herejía.

UBERTINO es un anciano sabio que había sido compañero de Guillermo, años atrás; mientras que en SALVATORE encontramos la expresión animal del hombre que representa la estupidez y la lujuria.

⁹ Walter E., Stephens, “Un Eco in Fabula”, p. 160. La referencia a los senderos que se bifurcan también es tomada de Borges, así como los símbolos del laberinto en la biblioteca de Babel y el espejo deformante que es la puerta para entrar a la parte oscura de la biblioteca en donde los libros amenazantes son resguardados.

Al llegar a la abadía Guillermo y Adso inician una minuciosa investigación sobre los asesinatos ocurridos en la abadía y aunque el relato policíaco, en sí mismo, toma un papel secundario, su seguimiento nos permite entender la técnica de investigación semiótica que *Eco* propone. Guillermo, interpeta esa cadena homicida a partir de la clave apocalíptica que, aunque errónea, al final lo conduce a la verdad y a Jorge que es el autor, directo o indirecto, de las muertes. Así, nos introducimos en los secretos del método semiológico en donde la relación de unos signos con otros nos conduce finalmente a la verdad, aunque la relación entre ellos sea más intuitiva que real.

En vez de interpretar y comprender las relaciones entre los signos, Guillermo acepta demasiado “ciegamente” un código apocalíptico preestablecido y empieza, por consiguiente a buscar signos que se adapten a tal “código”. Las muertes de Adelmo, Venancio, Berengario y Severino (dadas las circunstancias y las personas implicadas) inducen a Guillermo a creer que el astuto asesino está realmente siguiendo un plan preordenado, el de las siete trompetas del Apocalipsis¹⁰. Guillermo se da cuenta al fin que ha olvidado el principio que hasta entonces había tratado de enseñar a Adso, de que un signo es a menudo signo de otro signo. A partir del propio error, Guillermo comprende al fin que el problema no estriba tanto en entender cada uno de los signos como en acertar la exacta relación entre ellos¹¹.

Un solo personaje femenino, anónimo y nebuloso, la joven de la que Adso se enamora y que vende su cuerpo por un pedazo de carne. La época y el ambiente son netamente

¹⁰ La novela misma sigue esa estructura de los siete días y en lugar de capítulos hace referencia a las horas de oración de los monjes.

¹¹ Rocco, Capozzi, “Intertextualidad y semiosis...” p. 196.

masculinos pero la “amenaza” de la feminidad está siempre presente.

En todo momento es evidente la aguda inteligencia de Guillermo como se percibe cuando, al llegar a la abadía, descubre la identidad del caballo perdido y con una breve explicación de iniciación semiológica, pone de manifiesto el proceso de inducción-deducción.

...De modo que me encontraba a mitad de camino entre la aprehensión del concepto de caballo y el conocimiento de un caballo individual. Y, de todas maneras, lo que conocía del caballo universal procedía de la huella, que era singular. Podría decir que en aquel momento estaba preso entre la singularidad de la huella y mi ignorancia, que adoptaba la forma bastante diáfana de una idea universal. Si ves algo de lejos, sin comprender de qué se trata, te contentarás con definirlo como un cuerpo extenso. Cuando estés un poco más cerca, lo definirás como un animal, aunque todavía no sepas si se trata de un caballo o de un asno. Si te sigues acercando, podrás decir que es un caballo, aunque aún no sepas si se trata de Brunello o de Favello. Por último, sólo cuando estés a la distancia adecuada verás que es Brunello (o bien, ese caballo y no otro, cualquiera que sea el nombre que quieras darle). Este sería el conocimiento pleno, la intuición de lo singular...(p. 38).

En otro pasaje, Guillermo hace referencia a la ciencia. Cuando Adso pregunta, “Entonces, ¿por qué queréis saber?”. El responde: “Porque la ciencia no consiste sólo en saber lo que debe o puede hacerse, sino también en saber lo que podría hacerse aunque quizá no debiera hacerse. Por eso le decía hoy al maestro vidriero que el sabio debe velar de alguna manera los secretos que descubre, para evitar que otros hagan mal uso de ellos. Pero hay que descubrir esos

secretos...” (p.123). Y esa sed de saber es lo que anima a Guillermo (como símbolo de la naturaleza humana) a buscar respuestas, aún a costa de su vida y del resquebrajamiento de la fe, representada por la abadía y sus moradores.

En varios pasajes, Guillermo alaba a Roger Bacon¹² diciendo: “...siempre me ha fascinado la esperanza que animaba su amor por el saber. Bacon creía en la fuerza, en las necesidades, en las invenciones espirituales de los simples” (p. 249). Y en esta época, cuando el saber se concentraba en los “elegidos de Dios” esta afirmación era sumamente atrevida. Más aún decía que Bacon no habría sido buen franciscano “si no hubiere pensado que a menudo Nuestro Señor habla por boca de los pobres, de los desheredados, de los idiotas, de los analfabetos...” (p.249)¹³. Y con vehemencia, Guillermo continua...

Los simples tienen algo más que los doctores, que suelen perderse en la búsqueda de leyes muy generales: tienen la intuición de lo individual. Pero esa intuición por sí sola no basta. Los simples descubren su verdad, quizá más cierta que la de los doctores de la iglesia, pero después la disipan en actos impulsivos. ¿Qué hacer? ¿Darles la ciencia? Sería demasiado fácil, o demasiado difícil. Además, ¿qué ciencia?.. (p.250).

Se advierte la fuerza con la que se busca desmitificar al sabio, a aquel que se siente “iluminado” por el saber.

¹² (1241-1294). Monje inglés, filósofo, astrónomo y matemático. Se le atribuye la invención de la pólvora. Fue considerado hechicero e iniciado en ciencias ocultas.

¹³ Ello me recuerda la referencia de Michel Foucault de “oír la voz de los que no la tienen”.

Aunque, al mismo tiempo, se argumenta sobre la necesidad de la ciencia, como una forma de conocer y explicar lo conocido.

Al referirse a la ciencia de Bacon, Guillermo sugiere que la intuición de lo individual es la única real, aunque la universalidad sea la búsqueda de las relaciones permanentes entre las cosas y es la experiencia la que permite pasar de la intuición individual a lo general. La ciencia se refiere a proposiciones sobre las cosas (no a las cosas mismas) y de sus términos, que se refieren a cosas iguales. Así, dice Guillermo,

...tengo que creer que mi proposición funciona porque así me lo ha mostrado la experiencia, pero para creerlo tendría que suponer la existencia de unas leyes universales de las que, sin embargo, no puedo hablar, porque ya la idea de la existencia de leyes universales, y de un orden dado de las cosas, entrañaría el sometimiento de Dios a las mismas, pero Dios es algo tan absolutamente libre que, si lo quisiese, con un sólo acto de su voluntad podría hacer que el mundo fuese distinto. (p. 251)

Aquí se plantea el eterno problema entre la fe y la ciencia que, por ejemplo, se ha debatido entre lo natural y lo positivo del derecho. Sin embargo, el problema de fondo es ¿cómo entender (o conocer) aquello que no conocemos por la experiencia? ¿Debe la ciencia renunciar a esas explicaciones? Ahora, afirmamos que la existencia y omnipotencia de Dios es un acto de fe, sin embargo ¿no ha sido esta idea un eje central en la historia de la humanidad?

Un punto central en el razonamiento de Guillermo es su pretensión de objetividad, a él no le interesa saber quién es bueno y quién es malo (subjetividad) sino establecer la relación de causa a efecto entre los indicios conocidos y el resultado (objetividad). De ahí que su fin es conocer la verdad pero no juzgar a los responsables. Busca la verdad, pero no el contenido moral de esa verdad ¿es ese el interés de la ciencia? Más adelante, en la época del positivismo, la respuesta sería un sí rotundo. Pero ahora ¿podemos prescindir del contenido ético del conocimiento científico? Yo diría que no, pues aunque ese desprendimiento ético “aparentemente” fortalezca su estatuto epistemológico, afecta su estatuto humano, ya que lo científico existe en tanto actividad humana, de la que no podemos desprender los contenidos éticos que le son inherentes.

Si, por ejemplo, se establece la identidad del asesino con base en la investigación objetiva de los indicios y se determina, también objetivamente, su culpabilidad. Al final necesariamente existe una valoración que, aunque la realice quien este legitimado (inquisidor, juez, magistrado), contiene un juicio ético que permite establecer la mayor o menor responsabilidad y, por tanto, la pena “más justa”¹⁴. Es más, la propia norma establece juicios éticos que nos conducen, en un momento específico, a lo prohibido y lo permitido¹⁵. Aunque,

¹⁴ Nuestro propio sistema penal se fundamenta en este juicio valorativo, artículo 68 Código penal de Veracruz.

¹⁵ Por supuesto que no afirmo que lo permitido por la norma tiene un valor “positivo” y lo prohibido un valor “negativo”, sino simplemente que a partir de juicios éticos llegamos a la norma jurídica y que ésta a pesar del calificativo de “jurídica” no prescinde de esa valoración ética.

en ese momento, ya tienen la categoría de jurídicos ¿puede el derecho prescindir de esos contenidos éticos? ¿por incorporarse a la norma deja de ser un juicio valorativo? Nuevamente la respuesta es negativa, no se puede desligar al derecho de la ética y en la norma jurídica siempre subyace un juicio valorativo que le da origen y que, posteriormente, permite su aplicación.

Otra cosa, mucho más compleja, es presuponer la existencia de Dios pero como la novela es una historia de fe y disciplina monástica, no podemos soslayar la figura de Dios, su conceptualización es un eje central. En un diálogo de Guillermo con Adso, se afirma:

Así es como conoce Dios el mundo, porque lo ha concebido en su mente, o sea, en cierto sentido, desde fuera, antes de crearlo, mientras que nosotros no logramos conocer su regla, porque vivimos dentro de él y lo hemos encontrado ya hecho.

- ¡Así pueden conocerse las cosas mirándolas desde fuera!

- Las cosas del arte, porque en nuestra mente volvemos a recorrer los pasos que dio el artífice. No las cosas de la naturaleza, porque no son obra de nuestra mente (p. 267).

Aparece la dualidad entre idealismo y empirismo que, en la figura de Dios es unidad, “Dios como origen de las ideas y, a la vez, creador del universo”. Así, el conocimiento se plantea desde dentro del cosmos y desde fuera de él, esta segunda posibilidad sólo reservada a Dios.

Y en este punto encontramos, a mi juicio, la fuerza culminante de la novela: **la fe en Dios**. Nadie duda de la existencia de Dios y de sus designios (insisto en que es una historia de fe), sin embargo, cada uno la interpreta a su manera¹⁶. Surge así la discusión central **¿Dios ríe o no ?** El libro misterioso afirma que Dios ríe, Guillermo dice que la risa es, incluso, una bondad del alma. Pero Jorge, un agelasta¹⁷ consumado, es capaz de morir por sostener que Dios no ríe, dice incluso que la “risa sacude el cuerpo, deforma los rasgos de la cara, hace que el hombre parezca un mono” a lo que Guillermo contesta. “Los monos no ríen, la risa es propia del hombre, es signo de su racionalidad”. Y Jorge insiste:

...También la palabra es signo de la racionalidad humana, y con la palabra puede insultarse a Dios. No todo lo que es propio del hombre es necesariamente bueno. La risa es signo de estulticia. El que ríe no cree en aquello de lo que ríe, pero tampoco lo odia. Por tanto, reírse del mal significa no estar dispuesto a combatirlo, y reírse del bien significa desconocer la fuerza del bien, que se difunde por sí solo (p. 161).

A lo largo de la novela se sigue discutiendo acerca de la licitud de la risa que no es un tema banal para nuestros personajes.

¹⁶ Y esa es precisamente la intención de Eco, que la novela subyuge a cada lector para convertirlo en un intérprete semiológico de los signos (internos y externos) que se desbordan de ella.

¹⁷ Palabra de origen griego que significa “el que no ríe, el que no tiene sentido del humor”. Milan, Kundera, *El arte de la novela*, Vuelta, México, 1988, p. 147.

El arte de la novela ha llegado al mundo como eco de la risa de Dios, afirma Kundera al recordar un proverbio judío, *El hombre piensa, Dios ríe*, e insiste: “¿Por qué ríe Dios al observar al hombre que piensa? Porque el hombre piensa y la verdad se le escapa. Porque cuanto más piensan los hombres más lejano está el pensamiento de uno del pensamiento de otros. Y finalmente, porque el hombre nunca es lo que cree ser”¹⁸. Y, habrá que pensar si Dios llora al vernos actuar. En fin, me parece que lo fundamental de todo esto es establecer la esencia de Dios, como un ser desprovisto de sentimientos (que son propios de la debilidad humana) o, como un Dios sensible que ríe y llora con nosotros pero que, como tal, no es omnipotente, muestra su debilidad.

Otro de los aspectos que llaman la atención es la belleza de las descripciones que la novela contiene, nos permiten recrear paso a paso el ambiente, las texturas, las imágenes. El propio *Eco* es consciente de ello y en un punto específico surge la idea de belleza, afirmando que “de tres cosas depende la belleza: en primer lugar, de la integridad o perfección, y por eso consideramos feo lo que está incompleto; luego, de la justa proporción, o sea de la consonancia; por último, de la claridad y la luz, y, en efecto, decimos que son bellas las cosas de colores nítidos” (p.92). Por supuesto que cada uno entiende la belleza de forma diferente, para mí significa armonía, tal vez no integridad, ni claridad pero sí consonancia, justa proporción.

¹⁸ M.,Kundera, ... p. 146

Al lado de la belleza surge también la idea del amor que se deforma en el placer y la lujuria. Ese placer que siente Guillermo al acercarse a los libros pero que llega a extremos de odio y destrucción aún en él, que es el personaje más racional de la obra. Esa lujuria que se muestra en las evidentes relaciones homosexuales de algunos monjes que, por otra parte, parecen justificarse ante el encierro y la abstinencia forzosa.

Aparece así la dualidad entre sensualidad y sexualidad, ambas negadas a la visión monástica pero que resultan esencia del ser humano. Sin embargo, aún el sentimiento más bello llevado a sus extremos resulta destructivo, “un exceso de ternura ablanda y entorpece al guerrero, aquel exceso de amor posesivo y lleno de curiosidad exponía al libro a la enfermedad que acabaría por matarlo” (p.p. 225-226).

Cuando Adso tiene un encuentro sexual con la muchacha de la cocina (después acusada de herejía), surgen en él sentimientos ambivalentes entre el amor que siente y su consagración a Dios. Muchos años después afirma: “Ahora sé que mi sufrimiento se debía al contraste entre el apetito intelectual, donde tendría que haberse manifestado el imperio de la voluntad, y el apetito sensible, sujeto a las pasiones humanas”(p. 341). Y citando al doctor angélico dice “las pasiones en sí mismas no son malas, pero que han de moderarse mediante la voluntad guiada por el alma racional” (p. 342).

Existen múltiples referencias a la “enfermedad” del amor que puede existir entre hombre y mujer, pero que al convertirse en lujuria se considera un pecado grave, más aún cuando es entre seres del mismo sexo, que es lo que sucede en la abadía. Sin embargo, esa obsesión también puede sentirse hacia los objetos que dan placer y, en la novela, son los libros que contienen el saber, los que provocan sentimientos disímolos pero extremadamente fuertes.

Y en esos argumentos de lujuria sin sentido, se acusa a la campesina (única mujer de la novela) de herejía pues, conforme a la visión de los “santos varones”, la sola imagen de mujer induce al pecado. Dice Ubertino “si la miras y sientes deseo, entonces, por eso mismo es una bruja”(p.404). Se hace evidente el temor irracional que los monjes sentían por la figura femenina pues, a pesar de todo, no podían controlar sus instintos pasionales que desencadenaron relaciones homosexuales. Satisfacían sus instintos pero condenaban sus almas y este sentimiento de culpa ha permanecido en la historia de la humanidad, de muchas maneras, y ha propiciado el surgimiento de tabúes y simulaciones que obstaculizan la comunicación abierta entre los seres humanos.

Remigio, el cillerero, es acusado de herejía. Se le amenaza con la tortura para que confiese lo que a Bernardo, el inquisidor, le interesaba (“...que la herejía de los que han predicado y predicán la pobreza, contra las enseñanzas del señor Papa y de sus bulas, solo puede conducir a actos criminales”). El cillerero abrumado por la amenaza del tormento gritó, pero...

Los senderos inagotables de *el nombre de la rosa*

...el grito que salió de su boca era el grito de su alma, y en él, y con él, se liberaba de años de largos y secretos remordimientos. O sea que, después de una vida de incertidumbres, entusiasmos y desilusiones, de vileza y de traición, al ver que ya nada podía hacer para evitar su ruina, decidía abrazar la fe de su juventud, sin seguir preguntándose si ésta era justa o equivocada, como si quisiera demostrarse a sí mismo que era capaz de creer en algo (p.p. 465-466).

Bernardo explica el procedimiento de tortura para intimidar a Remigio

Me repugna tener que recurrir a métodos que el brazo secular siempre ha aplicado sin el consentimiento de la iglesia. Pero hay una ley que está por encima de mis sentimientos personales. Rogadle al Abad que os indique un sitio donde puedan disponerse los instrumentos de tortura. Pero que no se proceda en seguida. Ha de permanecer tres días en su celda, con cepos en las manos y en los pies. Luego se le mostrarán los instrumentos. Sólo eso. Y al cuarto día se procederá. Al contrario de lo que creían los seudo apóstoles, la justicia no lleva prisa, y la de Dios tiene siglos por delante. Ha de procederse poco a poco, en forma gradual y sobre todo recordad lo que se ha dicho tantas veces: hay que evitar las mutilaciones y el peligro de muerte. Precisamente, una de las gracias que este procedimiento concede al impío es la de saborear y esperar la muerte, pero no alcanzarla antes de que la confesión haya sido plena, voluntaria y purificadora (p.470)¹⁹.

Un pasaje que nos remite a siglos de historia. Una historia de temor y violencia, que aún ahora receptamos en la amenaza, el terror, la idea de pecado, la expiación por la

¹⁹ Recordemos la descripción del suplicio que realiza Michel Foucault en su obra *Vigilar y castigar* (el nacimiento de la prisión), siglo XXI, México, 1991.

confesión purificadora y, lo que es peor, la dominación abierta o disimulada del fuerte sobre el débil. El propio inquisidor afirma que el mundo está desgarrado por la herejía que deambula, incluso, en las salas de los palacios imperiales. Pero, no sólo es hereje el que practica la herejía a la vista de todos, sino también los partidarios de la misma. La lucha de poder que se gesta en toda la trama se hace evidente con todos los artificios que cada parte esgrime siendo el más poderoso, por la época, el argumento de la herejía.

No puedo pasar por alto un signo inicial de sabiduría del torpe Salvatore al afirmar que “cuando los verdaderos enemigos son demasiado fuertes, hay que buscarse otros enemigos más débiles” (p. 234). Ello al decirle Adso que los verdaderos enemigos del pueblo eran los señores y obispos que acumulaban bienes a través del diezmo. Pero ellos, acierta Salvatore, eran demasiado fuertes y esto sigue sucediendo, en nuestras experiencias cotidianas nos olvidamos de los grandes responsables y nos concentramos en los más débiles, con los que sí podemos luchar y, tal vez, vencer. Nuevamente la lucha de poder.

En una discusión entre Ubertino y Guillermo, sobre la diferencia entre los herejes y los espirituales. Ubertino sostiene que son diferentes, pues los primeros son pecadores. Guillermo, a su vez, sostiene que en el fondo no son diferentes ya que ambos llegan a la exaltación y el misticismo por lo que creen ya que, en el fondo, su fe (y su lujuria) es igual. Pero Ubertino insiste “lo que quieres decir es que hay un paso muy breve entre querer el mal y querer el bien, porque en ambos casos se trata de dirigir la misma voluntad.

Eso es cierto. Pero la diferencia está en el objeto, y el objeto puede reconocerse con toda claridad. De una parte, Dios; de la otra, el diablo” (p. 74).

Adso reflexiona y piensa que en realidad Ubertino es diferente precisamente porque sabe reconocer esa diferencia entre unos y otros (¿la diferencia entre el “bien” y el “mal”?). Y sin embargo, cualquiera es hereje, cualquiera es ortodoxo. No importa la fe de cada movimiento, sino la esperanza que propone. Las herejías son la expresión de que existen excluidos pero, si se les incorpora, se reducen los privilegios de los poderosos.

La lucha contra la herejía rara vez tiene que ver con la fe, más bien es una lucha por el poder. No hay una regla estricta para juzgarla depende de los hombres y de las circunstancias. De ahí la veneración que Guillermo sentía por San Francisco que se dio cuenta que es “imposible cambiar al pueblo de Dios sin reincorporar a los marginados” (p. 245). Sin embargo, “Francisco no pudo hacerlo y te lo digo con mucha amargura. Para reincorporar a los excluidos tenía que actuar dentro de la iglesia tenía que obtener el reconocimiento de su regla, que entonces engendraría una orden, y una orden, como la que, de hecho, engendró, reconstruiría la figura del círculo fuera del cual se encuentran los excluidos” (p. 246).

El eterno círculo que hasta nuestros días mantenemos y que se cierra entre la institucionalización y la marginación. Las normas e instituciones imponen límites y, por tanto, *siempre* habrá quienes permanezcan fuera de esos límites. Los “herejes”, los “leprosos”, las “mujeres”, los “anormales”,

los “criminales”, en fin, los que en ese momento no sólo no tienen el poder, sino que constituyen una amenaza a un cierto estado de cosas, aún sin saberlo.

Uno de los puntos más impresionantes es el de la biblioteca, Eco nos permite reconstruirla con una lucidez extraordinaria. Su arquitectura compleja y excitante nos muestra el laberinto del saber. Primero, el misterio, la oscuridad; después, el placer por el descubrimiento. Guillermo llega, incluso, a la soberbia. La pasión por la verdad lo seduce, se endurece su alma y ya no siente misericordia por los demás. Adso escucha de su maestro que los libros no son para creer lo que dicen, sino para analizarlos. “Nadie nos exige que sepamos, Adso. Hay que saber, eso es todo, aún a riesgo de equivocarse” (p. 548).

Y en esa búsqueda inagotable del saber, los libros son un elemento indispensable. Sin embargo, hay que tener presente que el “bien de un libro consiste en ser leído. Un libro está hecho de signos que hablan de otros signos que, a su vez, hablan de las cosas. Sin unos ojos que lo lean, un libro contiene signos que no producen conceptos. Y, por tanto, es mudo” (p.482). Y con esta cita se hace presente la semiosis ilimitada que requiere del intérprete para conocer y reconocer los mensajes que a través de la intertextualidad Eco nos envía. En este sentido el símil que se hace con el lenguaje de las gemas resulta clarificador del agudo sentido de esta obra literaria, “El lenguaje de las gemas es multiforme, cada una expresa varias verdades, según el tipo de lectura que se escoja, según el contexto en que aparezcan... ¿Y quién decide cuál es el nivel de interpretación y cuál el contexto correcto?

Lo sabes muchacho, te lo han enseñado: la autoridad, el comentarista más seguro de todos, el que tiene más prestigio y, por tanto, más santidad”. (p.545)

Eco alude a ese intérprete autorizado que deviene de argumentos dogmáticos y que entiendo como una crítica a la soberbia de “los que saben”, aunque no podemos pasar por alto que ese argumento de autoridad sigue existiendo, pues en aquel momento eran santos, ahora son científicos, políticos o intelectuales.

Resalta el interés de Guillermo por desenredar la madeja, no en el juego del poder terrenal e inmediato, sino alrededor de un libro prohibido. Un libro al que se le tiene temor, por ello se esconde, se destruye. Esto refleja el manejo que, a través de la historia, se ha hecho de los tabúes, de los temas prohibidos y, en ese sentido, al rescatar el libro, se exalta la libertad y respeto en la expresión de ideas pasadas y futuras. Ello, en última instancia, representa respeto y tolerancia para la humanidad.

Por esto las argumentaciones de Guillermo son tan interesantes. No da nada por hecho y tiene la agudeza de criticar su fe y buscar lo “otro”. Su ironía parece poner en duda esa fe, le dice a Adso, por ejemplo, que el Corán no es un libro perverso, sino un “libro que contiene una sabiduría diferente de la nuestra” (p. 384).

En la cúspide de la obra se hace evidente la admiración recíproca que existe entre Jorge y Guillermo, sus encuentros representan un acto de seducción que pone a

prueba su intelecto y sagacidad, sin que exista la mínima compasión por el otro. Y es que son adversarios formidables, no hay cabida para la debilidad o la misericordia.

Guillermo, aún perplejo, le pregunta a Jorge por qué precisamente ese libro era el que debía ocultarse, incluso al grado de asesinar por él. Por qué si solo es un libro sobre la risa cuando existen otros que efectivamente blasfeman e insultan el nombre de Dios. Jorge dice que la risa es corrupción y este libro por ser del *Filósofo* es aún más peligroso. Guillermo, aún sin conocerlo, describe el libro:

No habla de hombres famosos ni de gente de poder, sino de seres viles y ridículos, aunque no malos. Y tampoco termina con la muerte de los protagonistas. Logra producir el ridículo mostrando los defectos y los vicios de los hombres comunes. Aquí Aristóteles ve la disposición a la risa como una fuerza buena que puede tener incluso un valor cognoscitivo, a través de enigmas ingeniosos y metáforas sorprendentes, y aunque nos muestre las cosas distintas de lo que son como si mintiese, de hecho nos obliga a miraras mejor, y nos hace decir: Pues mira, las cosas eran así y yo no me había dado cuenta. (p. 571)

Y con ello se observa el triunfo de la intertextualidad, pues a partir de sus lecturas y experiencias, Guillermo logra insertar los signos en un contexto adecuado para comprender el texto de un libro que, de hecho, no conoce. Cuando Jorge es descubierto culmina su intervención para proteger “su verdad” y en un acto de fe se come trozos del libro envenenado como si fuera la hostia. El momento más patético es cuando se hecha a reír pero ríe con la garganta, sin que sus labios expresen alegría, al contrario parecía que estaba llorando. El fuego crece a su alrededor y Guillermo exclama

¡no me importa que muera, el maldito!.. ¡Pero yo quiero el libro! El incendio de la mayor biblioteca de la cristiandad es el símbolo de purificación a través del fuego pues, en esos momentos, Jorge representa la figura diabólica de la destrucción. Así lo dice Guillermo:

Hablo de Jorge. En ese rostro devastado por el odio hacia la filosofía he visto por primera vez el retrato del Anticristo, que no viene de la tribu de Judas, como afirman los que anuncian su llegada, ni de ningún país lejano. El Anticristo puede nacer de la misma piedad, del excesivo amor por Dios o por la verdad, así como el hereje nace del santo y el endemoniado del vidente. Huye, Adso, de los profetas y de los que están dispuestos a morir por la verdad, porque suelen provocar también la muerte de muchos otros, a menudo antes que la propia, y a veces en lugar de la propia. Jorge ha realizado una obra diabólica, porque era tal la lujuria con que amaba su verdad, que se atrevió a todo para destruir la mentira. Tenía miedo del segundo libro de Aristóteles, porque tal vez éste enseñase realmente a deformar el rostro de toda verdad, para que no nos convirtiésemos en esclavos de nuestros fantasmas. Quizá la tarea del que ama a los hombres consista en lograr que éstos se rían de la verdad, lograr que *la verdad ría*, porque la única verdad consiste en aprender a liberarnos de la insana pasión por la verdad. (p.p. 594-595)

A fin de cuentas no existe un orden en el Universo porque ello ofendería la libre voluntad de Dios y su omnipotencia. De ahí que esa libertad divina es la condena de nuestra soberbia. Sin embargo, no es posible perderse en esa resignación pues ¿qué haría el sabio si ya no hubiera saber posible y comunicable? ¿o si faltase el criterio mismo de verdad? (p.p. 596-597).

Adso y Guillermo abandonan la abadía en la que tantos secretos quedaron ocultos. Años después, Adso ruega a Dios que haya acogido el alma de Guillermo y le perdone los actos de orgullo que su soberbia intelectual le hizo cometer. Y cuando visita nuevamente la abadía, la encuentra en ruinas, desolada, solitaria...²⁰

3. Y al final...

El anciano narrador se muestra, también, desolado: “Cuanto más viejo me vuelvo, más me abandono a la voluntad de Dios, y menos aprecio la inteligencia, que quiere saber, y la voluntad, que quiere hacer: y el único medio de salvación que reconozco es la fe, que sabe esperar con paciencia sin preguntar más de lo debido...” (p.479).

Por ello en nuestro camino tenemos que escoger alguno de estos senderos que, al final, nos llevarán al recuento retrospectivo de nuestra existencia²¹. En esas palabras del viejo Adso encontramos las claves: inteligencia,

²⁰ Como el *Nocturno mar* de Villaurrutia: **mar sin viento ni cielo, sin olas, desolado...** Pues en las ruinas silenciosas de la abadía se perfila ese: mar que arrastra despojos silenciosos, olvidos olvidados y deseos, sílabas de recuerdos y rencores... Lo llevo en mí como un remordimiento, pecado ajeno y sueño misterioso, y lo arrullo y lo duermo y lo escondo y lo cuido y le guardo el secreto. (Fragmentos de Nocturno Mar de Xavier Villaurrutia)

²¹ Esos senderos inagotables son los que Eco nos regala con esta novela que nos lleva a reflexiones misteriosas y, en ocasiones, caprichosas.

voluntad, resignación, paciencia, fe inquebrantable. La elección... depende de cada quien.

Eco nos regala una extraordinaria novela que, en cada una de sus más de seiscientas páginas, nos conduce a profundas reflexiones, nos lleva a una intimidad, al propio tiempo, rica y desolada. En ella nadie encuentra su sitio, porque todos los sitios son posibles. “Sólo me queda callar... Dejo este texto, no sé para quién, este texto que ya no sé de qué habla: *stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus...*” (p. 607).²²

²² “queda el nombre de la rosa purísima, del nombre nada tenemos”. Lo que significa que el nombre no es la cosa, por ello el signo por sí sólo nada nos dice, si no es en su relación con otros signos.

BIBLIOGRAFÍA

CAPOZZI, Rocco. “Intertextualidad y semiosis: L’ éducation sémiotique de Eco”. Publicado en *Recherches sémiotiques/Semiotic Inquiry*, “*Intertextuality and Semiosis: Eco’s: education sémiotique*”, vol. 3, n. 3, p.p. 284-296, Toronto, septiembre 1983.

HAAS, Renata. “De Huberti Eco Fabula”, Publicado en *Vox Latina*, “*Librorum Existimationes*”, n. 19, fasc. 73, St. Gallen, Pegasus, 1983.

KERMODE, Frank. “El caballo de los Baskerville”, Publicado en *The London Review of Books*, “*Frank Kermode on the Horse of the Baskervilles*”, p.p. 18-19, Londres, 6 de octubre de 1983.

KUNDERA, Milan. *El arte de la novela*, Vuelta, México, 1988.

FOUCAULT, Michel en su obra *Vigilar y castigar* (el nacimiento de la prisión), siglo XXI, México, 1991.

STEPHENS, Walter E. “Un Eco in Fabula”, publicado en *Diacritics*, “*Ec(h)o in febula*”, p.p. 51-64, Estados Unidos, verano 1983.

ECO, Umberto *El nombre de la rosa*, tr. Ricardo Pochtar, representaciones editoriales, 4ª. Ed, México, 1985, 614 p.

_____ *La estructura ausente: introducción a la semiótica*, tr. Francisco Serra Cantarell, México: Representaciones editoriales, Lumen, Barcelona, 1999.

_____ *Obra abierta*, tr. Roser Berdagué, Planeta- De Agostini, Barcelona, 1992.

VILLAURRUTIA, Xavier. *Nostalgia de la muerte*, (1938), “Nocturno mar”, ediciones Coyoacán, México, 1997.

Los delitos electorales y la reforma política mexicana.

Ma. del Pilar Espinosa Torres *

SUMARIO: Introducción. 1. El derecho penal electoral. 2. Algunos problemas dogmáticos de los delitos electorales federales. 3. Evaluación político-criminal. Conclusiones.

Introducción.

Me refiero en este trabajo a los delitos que en el Código Penal para el Distrito Federal, Título Vigésimocuarto, son denominados *Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos*¹ y *Delitos contra la función electoral* en el título XVII del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz.² Tomando como eje de exposición las disposiciones del primero, (artículos 401 a 413) se intenta sistematizar el desarrollo alrededor de los puntos polémicos que se han detectado al analizar la bibliografía localizada, relacionando la misma con el material del Seminario *La Reforma Político Electoral*, coordinado por el Doctor Manuel Barquín Álvarez, impartido en octubre de

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas. U. V.

¹ Trasladado de la Ley electoral al Código en 1990 y reformado según D. O., de 25-III-94 y 22-XI-96.-

² Adicionado en 1992. G. O. 4-IV. Con reformas en 1994, G. O., 1º-IX y 8-XI.

1997 en el Doctorado en Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

En primer lugar considero necesario hacer una precisión acerca del llamado Derecho Penal Electoral; a continuación realizaré una breve crítica dogmática a algunas de las disposiciones del ordenamiento del Distrito Federal y finalmente ofreceré una evaluación político-criminal de la eficacia de las normas relativas tanto a nivel federal como estatal. No se pretende realizar un exhaustivo análisis dogmático sino intentar una crítica de la reforma política mexicana.

1. El Derecho Penal Electoral.

Se ha pretendido denominar Derecho Penal Electoral al conjunto de disposiciones penales que ya sea dentro de la legislación electoral o dentro de la penal, se refieren a cuestiones propias de este tema, atribuyéndoles una pretendida autonomía que les daría categoría de derecho especial. Negamos radicalmente tal postura por constituir una oportunidad para derribar los límites de un derecho penal mínimo ³ frente al ejercicio irracional del poder. Todo derecho penal debe respetar los principios *nullum crimen sine conducta*, *nullum crimen sine lege* y *nullum crimen sine culpa*. Otro es el sentido de derecho penal mínimo cuando el Doctor Zaffaroni expresa: “No se trata de contraer o reducir

³ Según el concepto de Luigi Ferrajoli, como el modelo de derecho penal sujeto a las garantías de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1995.

el derecho penal como discurso, sino de ampliarlo para reducir el poder punitivo”⁴

Por lo tanto, la expresión *Derecho Penal Electoral* sólo puede aceptarse como denotación para el conjunto de disposiciones referidas a la conflictividad derivada de la afectación o lesión del bien jurídico, libertad de sufragio, pero nunca como indicadora de un derecho penal especial.

Entre los aspectos generales del tema penal-electoral, hay uno particularmente importante, se trata del problema del sujeto pasivo. Hasta ahora se reitera en el derecho penal, en forma dogmática, que el único sujeto pasivo del delito es el hombre,⁵ lo que se corresponde con la afirmación más general, en el ámbito de todas las restantes ramas del derecho, de que el hombre es el único posible titular de derechos. Desde este planteamiento es discutible lo afirmado por diferentes autores en el sentido de sostener como sujetos pasivo “al pueblo”; “el Estado”; o “los partidos políticos”. Considero que sólo el hombre es el sujeto pasivo de los delitos electorales y de todos los tipos penales. El concepto de pueblo carece de consistencia jurídica, el Estado es la organización política del poder, pero jamás el titular de los

⁴ E. R. Zaffaroni, “Tendencias finiseculares del Derecho Penal”, Ponencia presentada en las *Jornadas sobre Tendencias Actuales del Derecho*, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1991, p. 9.

⁵ Utilizo “hombre” como sinónimo de “ser humano, individuo humano”. *Diccionarios de Sinónimos Larousse*; y “ser animado racional”, *Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 1989 y *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición, Real Academia Española, Madrid, 1992.

derechos humanos, aunque recordamos que en la historia, los estados totalitarios pretendieron reducir todas las figuras típicas a atentados contra dicha organización. Así, en el Código de Napoleón y los códigos penales de países que lo tomaron de modelo como México, eran los delitos contra el Estado los que encabezaban la parte especial, siendo hasta 1980 cuando Veracruz modificó dicha ordenación, todavía sostenida en el Federal y del Distrito Federal. Como este punto está muy relacionado con el bien jurídico tutelado volveremos sobre él. Respecto a los partidos políticos, como se establece en el artículo 41 Constitucional, son agrupaciones de ciudadanos, siendo éstos los titulares de los derechos.

2. Algunos problemas dogmáticos de los delitos electorales federales.

Desde la perspectiva dogmático-jurídica, los tipos electorales presentan diversos problemas. Nos referiremos sólo a algunos de ellos.⁶

Las fracciones X de los artículos 403 y 404 utilizan el adverbio: “ilícitamente” el cual genera dudas. ¿Se trata de una referencia a la antijuridicidad (o sea que el delito necesita la ausencia de causas de justificación) o, por el contrario, se trata de un elemento normativo del tipo penal objetivo? En la segunda hipótesis nos encontraríamos en supuestos en que

⁶ Recientemente se publicaron dos completas monografías sobre el tema. Uno de la Doctora Olga Islas de González Mariscal, *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de registro nacional de ciudadanos*, México, Porrúa, 2000 y Arturo Zamora Jiménez, *Delitos electorales*, Angel Editor, 2000.

habría introducción o sustracción lícita de una o más boletas electorales. ¿cuáles serían estos casos?

En el libro sobre el tema del Doctor González de la Vega⁷ encontramos la afirmación de que es posible la forma culposa en algunos tipos penal-electorales, lo cual es inadmisibles a partir de la reforma al Código Penal del Distrito Federal en su artículo 60 párrafo segundo. (D. O. 10 de enero de 1994).⁸

La reforma penal de 22 de noviembre de 1996 corrigió algunos defectos técnicos al capítulo que nos ocupa. Sustituyó los términos “sin causa justificada” por “sin causa prevista por la ley”, lo cual responde mejor al principio de legalidad y facilita la tarea del agente del Ministerio Público, del fiscal o del juez. Lo mismo puede decirse de la inclusión del término “de manera ilegal” entendido como lo previsto por la ley. Se adicionaron también referencias de lugar, tiempo, medio y modo en la ejecución de las conductas prohibidas.

La reforma anterior de 25 de marzo de 1994 implicó en lo general una agravación: la pena alternativa se sustituyó por acumulativa; el máximo de privación de libertad se elevó a 9 años; se adicionaron nuevas hipótesis delictivas, y se cambió la suspensión de derechos políticos por la inhabilitación hasta por cinco años y destitución en el cargo.⁹

⁷ *Derecho político electoral*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1977, p. 272.

⁸ En apoyo de nuestra postura confrontar Doctora Olga Islas, ob., cit., p.p. 21,22.

⁹ Como afirma el Doctor Sergio García Ramírez, en general domina la severidad punitiva. Prólogo al libro de la Doctora Islas, p. XXVI.

En ese tiempo Huerta Psihas, aceptando dichas modificaciones, criticaba la falta de sanción privativa de libertad para los ministros de cultos religiosos y la omisión en la tipificación de las conductas relacionadas con el financiamiento.¹⁰ En la nueva fracción VII del artículo 406 ya se incluye una hipótesis al respecto.

El Código Penal estatal también sufre reformas, que en lo general siguen al ordenamiento para el Distrito Federal, (Gaceta Oficial de 8 de noviembre de 1994). Es de comentar la diferencia en la fijación de la multa establecida en salarios mínimos en Veracruz y no en días multa como se señala en el artículo 29 del federal.

Destaca en este apartado, el problema generado por las divergencias de opinión respecto al bien jurídico tutelado por estas figuras. González de la Vega¹¹ enumera tres: libertad del sufragio, honestidad del proceso electoral y sinceridad del sufragio electoral. Estos dos términos, honestidad y sinceridad son conceptos normativos que implican juicios de valor. ¿cómo se justifican?. Moreno Hernández enuncia como bienes jurídicos los siguientes: libertad de sufragio; adecuado desarrollo del proceso electoral; transparencia, limpieza y objetividad electoral; y neutralidad en el uso de bienes, fondos y servicios públicos. En dicha lista no taxativa, se observa también cierta falta de claridad. ¿cómo se decide qué es lo adecuado? ¿para quien debe ser adecuado el proceso

¹⁰ Elias Huerta Psihas, “Los delitos electorales en la reforma electoral 1994”, en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LX, núm. 2, México, mayo-agosto de 1994, pp. 99-106.

¹¹ Obra citada, p.,267.

electoral? Transparencia significa calidad de transparente, lo que deja ver una cosa a través de ella ¿puede ser esto el bien jurídico tutelado? ¿limpieza electoral? Términos usuales tanto en el lenguaje coloquial como en el electoral no pueden admitirse en materia penal en la que debe predominar la legalidad y la seguridad jurídica.¹²

Por su parte Reyes Tayabas¹³ identifica el bien jurídico tutelado con la función electoral. De acuerdo al título del Código Penal de Veracruz podría admitirse tal aserto, pero sólo relacionándolo con una interpretación del artículo 41 Constitucional, predominando la libertad de sufragio. La función electoral, a cargo primero del Gobierno y ahora cada vez más de ciudadanos es el procedimiento, no el bien jurídico tutelado.

Patiño Camarena,¹⁴ afirma, como también lo hace Moreno Hernández que cada artículo tiene un bien jurídico tutelado además de un bien jurídico general: el derecho a votar. Coincido con lo aseverado por estos autores por cuanto a un bien jurídico general, sin embargo disiento por cuanto a los bienes jurídicos especiales designados por el Fiscal Especial. Así, sostiene que el artículo 404, cuyos sujetos activos son los ministros de cultos religiosos, tiene como bien

¹² Moisés Moreno Hernández, *Delitos electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público*. PGR., México, 1994, p.13.

¹³ Jorge Reyes Tayabas, *Reflexiones en torno a los delitos electorales*, P. G. R., México, 1994, p.10.

¹⁴ Javier Patiño Camarena, "Delitos electorales en materia federal", Conferencia en Xalapa, Veracruz. Evento organizado por la PGR, viernes 23 de mayo de 1997, versión estenográfica, Sala Regional Jalapa de la Tercera Circunscripción plurinominal.

jurídico “preservar el principio histórico mexicano de separación entre la iglesia y el estado...si éste se mete a regular conciencias, sería peor que un estado dictatorial” pero reclama “que tampoco las iglesias se inmiscuyan, se claven en los asuntos políticos”. No estoy de acuerdo con este supuesto bien jurídico tutelado, ineluctable como circunstancia histórica y política y fuente material de nuestro derecho, pero de ninguna manera bien jurídico tutelado penalmente.

En el tipo del artículo 405, el Doctor citado afirma encontrar un bien jurídico en la pretensión de “respeto a los principios de legalidad, imparcialidad, independencia, objetividad y certeza”. Creo que se están confundiendo los principios del derecho electoral a los que se debe ajustar la actuación de los funcionarios, con bien jurídico tutelado. En esta parte también cita Patiño Camarena la coincidencia de todos los abogados al recurrir al “respeto a la función electoral como bien jurídico tutelado por esta y todas las figuras del capítulo XXIV. Resultan ahora dos bienes generales, el derecho a votar y el aquí enunciado, y no uno como se afirmó al principio de su exposición.

“The clear play” es el bien jurídico del artículo 406. Los partidos políticos tienen la obligación de jugar limpio. Por cuanto al numeral 407, todavía siguiendo a Patiño Camarena, pretende “evitar que se mixtifique, que se distorsione o que se prostituya la función pública” ¿mixtificar? ¿prostituir?

En el artículo 408 se trataría de “preservar el principio constitucional de confirmación en el funcionamiento de las

instituciones democráticas y republicanas”. A propósito de lo dicho por el Doctor Camarena es oportuno recordar la afirmación de Arendt Luphart:¹⁵ “hay muchas formas diferentes de gestionar con acierto una democracia” y como pudimos constatar con la lectura de Dahl ¹⁶ es muy difícil transitar de una hegemonía a una cuasipoliarquía o poliarquía como lo han hecho las democracias parlamentarias.

Para concluir con el intento del Fiscal Especial de atribuir un bien jurídico específico a cada tipo electoral, nos resta aludir a los artículos 409 y 410, que tienen como bien jurídico el “preservar la confianza en el Registro Nacional Ciudadano”. Concluyó su conferencia afirmando que el bien jurídico tutelado por todo el capítulo era “preservar el respeto y el funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas que nos hemos dado los mexicanos”. Resultó así un tercer bien jurídico general. La Doctora Islas de González Mariscal también señala la existencia de diversos bienes jurídicos tutelados,¹⁷

La confusión o claridad en el concepto de bien jurídico proviene a nuestro entender de la agresión de los seguidores de la corriente funcional sistémica y de algunas neoiusnaturalistas al concepto garantístico de derechos humanos. Es necesario recordar la denotación de éste como una relación entre un titular y un objeto, titular, como ya se dijo identificado únicamente con ser humano. Por

¹⁵ Arendt Luphart, *Las democracias contemporáneas*, Ariel, 2ª, ed., Barcelona, 1991, p. 21.

¹⁶ Robert a., Dahl, *La poliarquía. Participación y oposición*. Tecnos, Madrid, España, 1989.

¹⁷ Obra citada.

considerarlo de gran importancia transcribimos una cita textual. Así se dice: “bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas”¹⁸

De acuerdo con este concepto, se pueden señalar los bienes jurídicos por los objetos con los que el individuo se relaciona, no habiendo por tanto, ningún objeto jurídicamente no disponible. En México, ningún tribunal de administración de Justicia ni las Comisiones de Derechos Humanos reconoce los derechos políticos como derechos humanos, bajo una supuesta necesidad de ser apolíticos. Se olvida que los derechos del hombre y del ciudadano son de los primeros en ser bandera y motivo de luchas sangrientas. Junto con la libertad personal o la vida, encontramos el derecho al sufragio. Ser apolíticos o reconocer que alguien es apolítico no es garantía de imparcialidad y objetividad en la administración de justicia. Uno de los aportes de la sicología judicial ha sido demostrar que tanto los agentes del Ministerio Público como los jueces, lo reconozcan o no, son políticos y esto se traslada a sus decisiones dentro del sistema jurídico en general y del penal en particular.

Otra importante observación es que no existen bienes jurídicos supra-individuales, cualitativamente diferentes de los individuales. Lo que hay son bienes de sujeto múltiple.

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, tomo II, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 240.*

Esto no se contradice con la existencia de un interés social en tutelar la disponibilidad de ciertos bienes.

La confusión al tratar de delimitar el bien jurídico tutelado en los delitos electorales, creemos se deriva de una visión parcializada del concepto mismo o de una hipertrofia de una de sus funciones. El bien jurídico desempeña, a) una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal, surgida de la Constitución, en nuestro tema del artículo 41, y la otra función, b) es teleológica-sistemática, o sea importante para reducir a sus límites la materia de prohibición.¹⁹

La clasificación de los delitos en orden a los bienes jurídicos suele significar más de lo que usualmente puede creerse. Demuestra una ideología implícita. Concebir al estado como titular y afirmar que un delito es contra él, revela la actitud de la ilustración, cuando se consideraba al estado como garante de todos los derechos que con la razón se descubren en el hombre. Desaparecido el estado, desaparecerían también esos derechos, por eso era necesario apuntalarlo. En el modelo napoleónico, también es el estado el principal objeto de protección, aunque con criterios diferentes deducidos del pragmatismo de Bentham. La sistemática liberal, en cambio, parte de la base de que el hombre (ser humano o persona para estar de acuerdo con la moda del género) tiene derechos anteriores al reconocimiento del Estado. A esta corriente pertenece nuestra doctrina jurídica tanto constitucional como penal y si somos congruentes y no

¹⁹ Hans Welzel. *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª. ed., Chile, 1970, p., 76.

nos quedamos en el discurso acrítico debemos concluir afirmando que en los delitos electorales el único titular es la persona y el bien tutelado la libertad de sufragio. El estado de derecho es la mejor realización de los derechos del hombre, debiendo también tutelarse la institución, pero lo primordial es la tutela de los derechos individuales.

Concluyendo en esta parte y apoyándome en Dahl y García García,²⁰ afirmo que el único bien jurídico tutelado en los delitos electorales es la libertad de sufragio, que presupone la de asociación, expresión, de competir y ser elegido, tener acceso a fuentes de información y existencia de elecciones libres e imparciales con instituciones que realicen, vigilen el procedimiento electoral. El Dr. Bunster opina que ese único bien jurídico es la “integridad del sufragio”²¹ El punto débil de hablar de libertad de sufragio es el no incluir algunos tipos en los que el sujeto pasivo es el mismo elector, como sería votar sabiendo que no se tiene el derecho. Por supuesto las libertades implican derechos de una contraparte.

Se afirma que México se encuentra en una transición a la democracia y ello debido al avance en materia electoral. Esto sólo es comprensible a partir de lo siguiente: Dahl expresa: “Democracia es un sistema político que intenta

²⁰ Robert Dahl, obra citada, Raymundo García García, *Derecho político electoral*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1987, pp. 238-246.

²¹ Alvaro Bunster Briceño. “Reformas al título XXIV del Código Penal sobre delitos electorales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nueva serie, año XXX, no. 89, mayo-agosto de 1997, p., 880.

satisfacer entera o casi enteramente a todos sus ciudadanos”, las instituciones sociales deben garantizar, con igualdad de oportunidades, las libertades necesarias para que existan debate público y el derecho a participar”.²² Por ello, “la elección se traduce en el modo o requisito *sine qua non* de la democracia moderna. La democracia tiene tres elementos; procedimiento, garantías de libertad y estado de derecho. El sufragio es el ejercicio político a través del cual los ciudadanos crean el poder público.”²³

Como señaló el Doctor Barquín,²⁴ estamos lejos aún de una poliarquía en la que exista una alta representación y un abierto debate público. No obstante haber obtenido la oposición algunos gobiernos estatales y municipales en la última década, falta aún una alternancia real de poder, que parece consolidarse a partir de las elecciones presidenciales del 2000. En tanto se olvida en nuestro país que los derechos políticos son derechos humanos, por tanto, no procede el amparo. Las Comisiones de Derechos Humanos son incompetentes para conocer de esta materia. La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación, que se supone resolvería este problema, se reduce a otorgar la credencial de elector, que sólo es un instrumento. Tampoco hay una completa libertad de elección, ya que a pesar de aparecer en la boleta un espacio para candidatos no registrados, éste se anula. No es posible votar en el extranjero para las elecciones

²² Robert Dahl, obra citada.

²³ Raymundo García García, obra citada.

²⁴ Doctor Manuel Barquín Álvarez. Seminario en el Doctorado en Derecho Público. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. V. Septiembre de 1997.

en México. En fin, nos queda aún mucho por recorrer en el camino a la democracia.

3. Evaluación político criminal.

Me resta ahora efectuar una valoración político-criminal del problema. ¿cumple el capítulo de delitos electorales una función de protección efectiva del bien jurídico? Actualmente se discute la eficacia de todo el derecho penal, revelado como un ejercicio de poder altamente selectivo y justificador. “El penalista ha vendido ilusiones, no ha podido resolver los conflictos sociales en ningún ámbito.”²⁵ El problema electoral debe ser resuelto en este solo nivel, mas ahora que el derecho electoral constituye una rama autónoma del derecho público con una prolífica legislación. Trataremos de demostrarlo.

Hasta 1999 eran pocos o nulos los casos denunciados ante las agencias del Ministerio Público. En 1997 solicitamos información a los partidos PAN, y PRD y ahí se nos indicó que prefieren recurrir a la Comisión Estatal debido a la premura de las situaciones que se presentan. La Procuraduría General del Estado, contestó que los pocos casos que existían son confidenciales “por ser de índole política” y se negó información. En el Tribunal Electoral Federal, (también negándose a proporcionar nombres), se nos dijo que al revisar los asuntos turnados en ocasiones se constata la posible comisión de delitos, pero que no se denuncia al Ministerio

²⁵ Doctor Eugenio Raul Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. AFA, Editores importadores, Lima, Perú, p. 20.

Público, ya que la solución prevista en el Código Electoral es preferible.

El Doctor Patiño Camarena afirmó recientemente que se presentan muchos casos a nivel federal.²⁶ Según la Fiscalía Especial para delitos electorales en el periodo 1997 a 1999 se dictaron 202 autos de formal prisión, y 11 de libertad por 140 consignaciones y 780 indiciados. En el 2000, se han dado más de 120 denuncias siendo las principales causas la alteración de credenciales para votar y el desvío de fondos, bienes y servicios institucionales para favorecer a algún candidato o partido político.²⁷ Después de las elecciones presidenciales, la Fepade declara haber recibido ya 325 denuncias por delitos electorales: alteración de credenciales para votar con fotografía, apoderamiento, destrucción o alteración de documentos electorales y uso indebido de documentos. 48 servidores públicos se encuentran entre los acusados. Se argumenta una “eficiencia, honestidad y probidad” de los jueces de distrito, al fallar en un 90% de los casos a favor de la Fiscalía. Se nombraron 64 fiscales federales para atender las denuncias en los estados.²⁸ En los días posteriores a la elección presidencial del 2 de julio se confirmaron estos datos, especificando ser algunas denuncias hechas por los partidos, unos contra otros. Por cuanto a las conductas frecuentes se enuncian: actos de proselitismo al momento de las votaciones, acarreo de votantes y dádivas o pagos por preferencia a un partido. Se consideró por parte de la Fiscalía

²⁶ Entrevista en canal 2 de televisión, 26 de mayo de 2000.

²⁷ Declaración del Doctor Javier Patiño Camarena. Subprocurador especial en la P.G.R. *Diario de Xalapa*, 27 de mayo del 2000, p. 1 y 6 A.

²⁸ *Excelsior*, domingo 2 de julio del 2000, p. 4-A.

ejemplar el proceso electoral ya que votamos el 75%, un total de 58 millones de ciudadanos que integramos el padrón electoral y sólo se dieron ese número de denuncias. Reconoció como queja recurrente el caso de las casillas especiales, insuficientes para los solicitantes.²⁹ En septiembre, el mismo Patiño Camarena ya hablaba de más de mil cien casos por presuntos delitos electorales, opinando que “se han consolidado las instituciones electorales”, pero puede discutirse en una agenda de reforma de estado la perfectibilidad de las mismas.³⁰

A nivel estatal la eficacia de los delitos electorales era nula. Para tratar de suplir la carencia de información oficial, seguí con atención el proceso electoral municipal de 1997 en las noticias periodísticas para constatar la comisión de presuntos delitos electorales. Se solicitó auditoria de la Comisión Estatal al PRI, por sospecharse que ha rebasado el presupuesto de financiamiento permitido. (*Política*, 15, oct. 1997). Empleados de dependencias de Gobierno declaran que se ha trasladado y utilizado tanto material como personal para uso de la campaña de la candidata oficial. Sin embargo ¿quien presentaría la denuncia? El empleado perdería su trabajo o recibiría represalias en el mismo. Lo único que hacen es contarlo a los partidos de oposición y dejar que estos actúen. Los tiempos juegan un papel decisivo. En folletos distribuidos por el PRD, se mencionan las conductas frecuentes; compra de credencial de elector, (se cotizaban entre \$50 y \$100.00), regalos a cambio de la promesa de votar a favor, retención de

²⁹ *Universal*, nota publicada en *Política*, 4 de julio del 2000, p. 7.

³⁰ OEM. Nota publicada en *Diario de Xalapa*, 23 de septiembre del 2000, p. 2B.

credenciales a miembros de agrupaciones populares, etc. (*Política*, 17, oct. 1997.) Se denuncia a los medios de comunicación, que son los funcionarios partidistas y los funcionarios públicos, con apoyo de Gobierno, los que reúnen las características de sujetos activos siendo muy grande su impunidad, a pesar del control de las Comisiones Estatales y Municipales y de las agrupaciones de observadores. Debido al ingreso al PRD de ex priistas se rumora de la llegada de alquimistas electorales. Tal vez ahora sí se presentarán, recibirán y tramitarán las denuncias sobre hechos delictivos cometidos.

En relación a las elecciones municipales del 2000, todos los partidos reportan la comisión de delitos electorales atribuidos a los opositores. Todos, menos el todavía partido mayoritario sacaron una lista de 42 formas de cometer lo que denominaron “fraude electoral”³¹ Entre las conductas se denuncian: existencia de una circular a los trabajadores de Laguna Verde para que se afilien al PRI, acarreo de votantes, no estar en la lista, intimidación a miembros de sindicatos de maestros, destrucción de propaganda. Se solicitó por acuerdo unánime de los partidos el establecimiento de una Fiscalía estatal especializada,³² lo cual se hizo en la Procuraduría Estatal. En octubre de este año del 2000, se publica la existencia de orden de aprehensión contra el ex presidente municipal por presunta comisión de delitos electorales.³³

³¹ Manuel Enríquez. Veracruz. Nota publicada en *Política*, 28 de junio del 2000, p. 16.

³² Angeles Fernández. *Política*, 21 de junio del 2000, p. 1,4. y T. V. Veracruz.

³³ *Política*, 17 de octubre del 2000, p. 14.

La inclusión de los delitos electorales en la ley penal ha respondido más a un intento de legitimación del gobierno que a una real protección de la libertad de sufragio. Se pretende, intimidar a los posibles sujetos activos, olvidando que esto es también una ilusión. Se argumenta una mala tipificación, cuando el problema se presenta a nivel de eficacia por la dificultad en materia probatoria.

En el plano legislativo se observa la marcada tendencia al uso frecuente de la ley penal como supuesto recurso para la solución de los conflictos sociales. El resultado real de esto, es la progresiva ampliación de la planificación punitiva, sin que en general ello altere la capacidad operativa de las agencias del sistema penal. La creación de la Fiscalía Especial para los delitos electorales es una excepción que responde más a razones de legitimación y presiones de opinión pública que a su relación con la eficacia de su función dentro del proceso judicial. Como lo reconoce el Doctor Patiño, se realizan otras tareas de mediación, promoción cultural, etc. que son similares a las realizadas por las Comisiones o por el Tribunal Federal o Estatal.

Dada la importancia que en nuestro derecho electoral tienen los partidos políticos, sería mas efectivo establecer sanciones como la suspensión durante la siguiente o siguientes elecciones, de igual manera a la prevista cuando no se alcanza un número de votos, y despenalizar las conductas ahora previstas en el código punitivo. Posiblemente pudiera mantenerse un mínimo con aquellas conductas de los ciudadanos que no obedezcan a criterios partidistas.

González de la Vega sostiene que los delitos electorales son necesarios para la democracia, yo creo que no, ya que siempre hay una selección del sistema penal en perjuicio de los sectores débiles de la sociedad o de quienes se convierten en vulnerables por circunstancias políticas. El derecho penal debe ser garantista y de última instancia.

Conclusiones

Creo que los avances en derecho electoral han sido muchos y muy importantes, debiendo, no obstante reconocer que todavía falta mucho más para llegar al nivel de otros países. Contamos con una legislación constitucional electoral y leyes electorales muy completas y detalladas, suficiente para prevenir y sancionar conductas antijurídicas sin necesidad de recurrir al derecho penal punitivo, ineficaz para resolver la mayoría de los problemas derivados del proceso electoral.

Es preferible consolidar un derecho electoral realista atribuyendo a cada individuo y partido político de la sociedad, la responsabilidad de proveer las soluciones a los conflictos que el derecho penal no puede resolver. Mientras tanto, y toda vez que ahora existen –ni modo– los delitos electorales, es necesario vigilar que el derecho electoral, vía derecho penal no se convierta en un pretexto para construir un nuevo derecho represivo aplicado a la oposición en el poder. Es necesario, además, el dominio por parte de todos los agentes del Ministerio Público, jueces y abogados tanto del derecho electoral como el penal.

Los delitos electorales y la reforma política mexicana

El derecho penal y la pena, llevada al ámbito electoral, solo debilita aún mas nuestra precaria democracia.

BIBLIOGRAFÍA

BARQUIN ÁLVAREZ, Manuel, Seminario impartido en el Doctorado en Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. V., octubre de 1997.

BUNSTER BRICEÑO, Alvaro, “Reformas al título XXIV del Código Penal sobre delitos electorales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie, año XXX, no. 89, mayo-agosto de 1997, pp., 879-884.

DAHL, Robert, A., *La poliarquía. Participación y oposición*, Tecnos, Madrid, España, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

GARCIA GARCIA, Raymundo, *Derecho político electoral*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1987.

GONZALEZ DE LA VEGA, René, *Derecho penal electoral*, México, 4ª. Edición, 1997.

HUERTA PSIHAS, Elias, “Los delitos electorales en la reforma electoral 1994”, en: *Criminalia*. Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LX, no 2, México, mayo-agosto de 1994, pp.99-106.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de registro nacional de ciudadanos*, Porrúa, México, 2000, prólogo de Sergio García Ramírez.

LUPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas*, 2ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1991.

MORENO HERNANDEZ, Moisés, *Delitos electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público*, México, Procuraduría General de la República. Fiscalía Especial para la atención de los delitos electorales, 1994.

REYES TAYABAS, Jorge. *Reflexiones en torno a los delitos electorales*, México, Procuraduría General de la República, Fiscalía Especial para la atención de los delitos electorales., 1994.

PATIÑO CAMARENA, Javier, “Delitos electorales en materia federal”, Conferencia. Jalapa, Veracruz, Evento organizado por la Procuraduría General de la República, viernes 23 de mayo de 1997, Versión estenográfica, Sala Regional Jalapa de la Tercera Circunscripción plurinominal.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Parte general, 11ª edición, Chile, 1970.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Delitos electorales*, Ángel editor, México, 2000.

ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal*, T. III, Buenos Aires, Argentina, 1983.

_____ *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Lima, Perú, 1990.

_____ “Tendencias finiseculares del Derecho Penal”., ponencia presentada en las *Jornadas sobre Tendencias Actuales del Derecho*, U.N.A.M., México, 1991.

LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, Tomo I, 9ª edición, Porrúa, UNAM, México.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, México, 57ª, edición, Porrúa, 1996, con addendum de reformas (22 de noviembre de 1996).

Código Penal Federal, Diario Oficial de 18 de mayo de 1999.

Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Delma, 3ª, ed., 2000.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz. Puebla, 10ª, edición, 2000.

PERIÓDICOS

Excélsior, México, Distrito Federal. 2000.

Diario de Xalapa, Jalapa, Veracruz. 1997, 2000.

Política, Jalapa, Veracruz. 1997, 2000.

DICCIONARIOS

Diccionario Practico Larousse. Sinónimos y Antónimos. México, 1986.

Diccionario Manual Ilustrado de la lengua española. Real Academia Española, Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición, Real Academia Española, Madrid, 1992.

Invención, conservación y destrucción del Patrimonio cultural en México.

Rosario Huerta Lara.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La época posrevolucionaria: supremacía Constitucional y patrimonio cultural en el siglo XX. 3. Artículo 27 de la Constitución. 4. Ley de Bienes Nacionales. 5. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 6. La legislación específica. 7. Ley Federal de Monumentos Históricos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (1972). 8. La preservación del patrimonio cultural, artístico e histórico de la ciudad de Coatepec, Veracruz, México. 9. Acerca de los Decretos. Bibliografía. Legisgrafía.

1. Introducción.

Es de utilidad pública la investigación, protección, conservación, restauración y recuperación de los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos y de las zonas de monumentos.

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas
Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

La definición y reconocimiento jurídico del Patrimonio cultural en México corresponde originariamente a la esfera del Estado y la Sociedad, a la relación constitucional entre propiedad pública y propiedad privada, de acuerdo a los

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

distintos ordenamientos legislados durante la colonia, el siglo XIX, y las leyes actuales. Resulta impensable como tal categoría no se incluyera, bajo cláusula de Soberanía, en los distintos proyectos nacionales suscritos en las Constituciones decimonónicas en la que todavía la de 1917 en vigor en muchos aspectos resulta heredera. Se trata de una asignatura postergada por los poderes ejecutivo y legislativo de los más o menos efímeros gobiernos que protagonizaron la vida pública del México independiente, republicano, liberal y conservador, en un contexto de ignorancia y desconocimiento de las clases gobernantes ocupadas en la competencia por cimentar sus intereses en el poder público en el dominio del desorden y la impunidad y la mentalidad de los gobernados incapaces de asociar la Soberanía nacional con ese conjunto abigarrado de bienes acumulados y destruidos en cada periodo de la historia nacional. Experiencia y apariencia de épocas y sociedades concretas y diversas.

Posteriormente a la conquista y destrucción de las grandes ciudades mesoamericanas consideradas centro del poder político (Tenochtitlan, 1521) en el siglo XVI, contra lo que se pueda creer, fue Hernán Cortés, el conquistador, el primero en disponer se conservaran los monumentos aztecas a fin de sustentar el valor cultural de las sociedades sometidas, hecho que justificaba y revaloraba la empresa de los conquistadores a la vista de la metrópoli¹. Durante la colonia,

¹ Que bien probaban y demostraban materialmente el significado literal de la conquista, el momento y el estado en que quedaban los productos y la obra de una cultura que concluía, mientras otra de edificaba con distintos ingredientes genéticos y resultados en ese laboratorio de préstamos, intercambios y transformaciones culturales y su saldo de pérdidas y ganancias que fue la Colonia.

el siglo XVIII y mediados del XIX, fueron los particulares, criollos, de modo principal, quienes conservaron, protegieron o bien destruyeron, en su carácter de propietarios, el acervo arqueológico mesoamericano, sin olvidar la imponente documental que alimentó las piras encendidas por el Santo Oficio, con los libros y códices del arte, la historia, la ciencia y el conocimiento escrito de los pueblos sometidos. Tampoco se pueden dejar de lado muchas disposiciones oficiales como la del virrey Revillagigedo que ordenó el rescate y resguardo de los monumentos dedicados a la Coatlicue y la Piedra Solar-Calendario Azteca. En el siglo XIX destacan los decretos de Guadalupe Victoria y Maximiliano para preservar los monumentos históricos y arqueológicos. A Porfirio Díaz en las postrimerías del Diecinueve le corresponde la valorización de la obra cultural novohispana.

Los obstáculos naturales para declarar como bienes culturales e históricos como un *valor de utilidad e interés públicos aquélla clase especial de muebles e inmuebles vinculados a la identidad cultural y a la historia* bajo una fórmula jurídica que se expresara en leyes o instituciones responsables de ejecutarlas, provenían además de la indolencia gubernamental, a la falta de un interés público manifestado por las clases ilustradas, en contravención al monopolio que ejercían hasta el siglo XIX los particulares y las corporaciones como la Iglesia sobre el dominio de cierta clase de bienes culturales, tales como las haciendas y sus cascos, la arquitectura y el arte civil de las ciudades, y el arte mobiliario novohispano, los templos, las iglesias del periodo virreinal .

Anterior a la reforma juarista prevalecía el carácter privado de la propiedad y el dominio de los particulares sobre esta clase de inmuebles. Esto, en obvio, significaba únicamente que el propietario no tendría más restricciones que su libre voluntad de usar y disponer, para modificar, alterar, transmitir su dominio y propiedad. Esto en parte explica que el patrimonio arquitectónico y artístico del periodo colonial sobreviviera sobre los escombros de las distintas repúblicas e imperios de entreguerras, de las destrucciones, el pillaje y el saqueo que caracterizaron el siglo XIX.

Fue al autoridad civil decimonónica quien encaró por vez primera la tarea de definir el marco jurídico e instrumentar como política de Estado el uso y destino del acervo patrimonial de los bienes expropiados al clero, que por ejecución de las Leyes de Reforma pasaba a formar parte de la Hacienda Pública.

Este inusitado acervo mobiliario e inmobiliario que se colocó en la potestad del estado liberal resultó en valores insuperables a toda índole de tasación material, en virtud de sus acusadas expresiones históricas, ideológicas, artísticas, sustentadas en sus características arquitectónicas, estéticas fundadoras de una cultura nacional temprana, labrada en el decurso colonial.

De entonces el Estado asume la titularidad de los derechos de propiedad sobre todos aquellos objetos muebles e inmuebles clasificados por las diversas legislaciones como bienes nacionales en el cual destaca el acervo mobiliario e inmobiliario histórico, arqueológico y artístico que desde esa

percepción garantizaría seguridad jurídica y material al patrimonio cultural de la Nación.

Creo que será a partir de las leyes de Reforma y las leyes secundarias y reglamentarias que le sucedieron cuando originalmente se inscribe en el plano de las leyes el valor patrimonial de los elementos tangibles de la cultura. Sin embargo, debe destacarse que esta valoración únicamente esta dirigida al aspecto físico, a la naturaleza material de los inmuebles, en tanto valor de cambio. Los aspectos históricos, artísticos, estéticos son vistos como accesorios al bien raíz.²

Esto bien explica como la ley de manera natural tiende a identificar siempre en primer termino el patrimonio monumental arquitectónico sobre la diversidad de bienes culturales omnipresentes en la vida social, económica de la sociedad. Asimismo, vincula esta tarea de preservar, conservar, restaurar los objetos y cosas culturales al status jurídico, v. gr., el régimen de propiedad y el equilibrio entre interés público y el interés de los particulares. El valor cultural de los inmuebles y muebles como plusvalía, fuente de riqueza y rentabilidad del bien raíz.

De modo que cualquier valoración cultural quedaba de plano descartada. Aunque este hecho se relaciona con la falta

² De acuerdo a Tovar y Teresa (1997) el punto de vista legal considera al patrimonio cultural como los *objetos o cosas* “que detentan un valor o significado cultural”. De acuerdo con lo anterior la ley solo asegura al objeto, el bien material susceptible de protección, cuidado, investigación, estudio, difusión debidamente normados según se determine en cada caso. Trátese de edificios, obras de arte, objeto de uso común o documentos, la ley siempre se refiere a cosas.

de un interés público que sólo una sociedad civil podría expresar con mayor vigor con posterioridad en el siglo XX, en pleno fragor nacionalista. Será otro de los intentos de la sociedad mexicana por refundar su nueva identidad en el imaginario precolombino y colonial. Este imaginario encontró sus significantes en los vestigios arqueológicos de una historia indivisa de antiguas civilizaciones más un colonial mestizaje que el liberalismo hizo tabula rasa bajo los principios del igualitarismo y una revolución que hizo de lo mexicano vinculado por el tiempo y el territorio un símbolo de sí mismo que hacía superable las diferencias sociales, culturales, demográficas, políticas y económicas y daban garantía a la unidad nacional y el escenario requerido por las instituciones estatales en la tarea de organizar y dirigir la modernización de las instituciones mexicanas.

2. La época posrevolucionaria: supremacía Constitucional y patrimonio cultural en el siglo XX.

A partir de la Constitución de 1917 con sus nuevos acotamientos a la propiedad pública y privada y la promulgación de leyes de carácter federal es cuando se define por vez primera el marco jurídico relativo al régimen de propiedad que por causa de utilidad pública e interés nacional adquirirían los bienes muebles e inmuebles, en virtud de su carácter histórico, artístico y, como tales, susceptibles de protección, conservación, cuidado, investigación, estudio y difusión debidamente normados.

Para determinar la naturaleza jurídica del *dominio* de la Nación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico de México he de considerar en primer término a la Constitución, puesto que sus disposiciones relativas excluyen la aplicación de cualquiera otra norma sobre el particular. La Constitución y las leyes emanadas de ella son la suprema ley de la Nación (artículo 133 de la Constitución); pero no podemos decir a *priori* que la Constitución nos dará la naturaleza del dominio publico o privado sobre la masa de bienes constituyentes del patrimonio nacional. El principio de la supremacía de la Constitución solamente nos obliga a acudir a ella en busca de la norma. Se nos pueden presentar dos situaciones distintas: a) que la Constitución no contenga la norma buscada, en cuyo caso deja de ligarnos en la resolución del caso concreto, y b) que la Constitución contenga la norma, en cuyo caso ésta es suprema y excluye a cualquiera otra norma.

El principio de la supremacía es universalmente aceptado en todas las constituciones escritas. En la Constitución de 1857 el principio está consagrado por el artículo 126. Pero la Constitución de 1857 es un ejemplo del primer caso, en que la norma no se encuentra en la Constitución, ya que en su artículo 27 se limita a mencionar a la propiedad privada como una de las garantías individuales y a autorizar la expropiación por utilidad pública. En cambio, la Constitución de 1917 es un ejemplo del segundo caso, en que la Constitución contiene la norma buscada, por lo que sus disposiciones son supremas y excluyen a cualquier otra norma relativa al mismo asunto.

3. Artículo 27 de la Constitución.

La propiedad privada. El párrafo primero establece que

“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”

El párrafo segundo trata de la expropiación de la propiedad privada por utilidad pública, y el párrafo tercero de las modalidades que puede imponer la Nación a la propiedad privada en vista del interés público. Los tres primeros párrafos del artículo 27 se refieren exclusivamente a la propiedad privada que ya existe o a la que puede llegar a serlo: esto significa que la Nación “ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ella a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

La propiedad pública. El párrafo cuarto establece que “Corresponde a la nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyen depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como...” El dominio directo del subsuelo mineral y petróleo es de la Nación. el párrafo quinto establece que “Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales...”. El párrafo sexto engloba a los bienes enumerados en los

párrafos cuatro y cinco, para considerarlos dentro de la misma norma y establecer que el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible. El párrafo cuatro otorga a la Nación el dominio directo; el quinto otorga la propiedad y el sexto se refiere al dominio a secas.

4. Ley de Bienes Nacionales.

De acuerdo con la ley de Bienes Nacionales, reglamentaria del artículo 27 Constitucional, los monumentos históricos y la Zona de Monumentos adquieren el carácter de bienes de dominio público de la Federación en virtud de clasificarse como aquellos de uso común. En este sentido lo indican el artículo 1º, fracción I, que establece que el patrimonio nacional se compone de Bienes de dominio público de la Federación.

En el mismo sentido el artículo 2º, fracción I, indica que son bienes de dominio público los de uso común. Por su parte el artículo 29, fracción XIII define que son bienes de uso común los monumentos artísticos e históricos.

De manera muy específica el artículo 43 señala que tratándose de inmuebles que tengan el carácter de históricos, artísticos o arqueológicos, la Secretaría de Educación Pública tendrá la intervención que le corresponde por conducto del Instituto Nacional de Antropología e Historia del Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura.

Lo anterior se encuentra debidamente normado en el Código Civil Federal. El capítulo III “De los bienes

considerados según las personas a quienes pertenecen” en su numeral 764 distingue que “los bienes son de dominio del poder público o de propiedad de los particulares”. Respecto a los primeros se pueden considerar los llamados bienes de uso común los cuales son inalienables e imprescriptibles, pudiendo aprovecharse de ellos todos los habitantes con las restricciones establecidas por la ley. Lo mismo opera para los llamados bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, ambos pertenecientes al dominio pleno de la Federación, los Estados o los Municipios. Por su parte el art. 772 de la citada ley dispone que son bienes propiedad de los particulares, todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse sin el consentimiento del dueño o autorización de la ley, operando esta última restricción a favor de aquellos bienes que describe la Ley Federal sobre Monumentos Históricos, la cual impone restricciones al pleno dominio de sus propietarios a fin de preservar dichos bienes en virtud de su utilidad pública en tanto son considerados afectos al patrimonio histórico de la Nación.

5. Ley Orgánica de la Administración Pública federal.

De acuerdo a esta ley, corresponde a la Secretaría de Educación Pública proteger el patrimonio cultural de la Nación constituido por los monumentos históricos. Por su parte, a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo administrativo le asigna la tarea de conducir la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal, tratándose también de aquellos bienes considerados como integrantes del

patrimonio nacional, en el que se incluyen los monumentos históricos. De manera concomitante corresponde a la Secretaría de Turismo promover en coordinación con las entidades federativas las zonas de desarrollo turístico nacional y formular la declarativa de que dicha zonas contribuyen al desarrollo turístico nacional.

6. La legislación específica.

La forma legal de constituirse el patrimonio cultural e histórico en México, en particular el arquitectónico y urbano se vincula a las distintas disposiciones legislativas expedidas durante este siglo se pueden ordenar cronológicamente de la siguiente manera:

La *Ley sobre Conservación de Monumentos Históricos y Artísticos y Bellezas naturales* del 6 de abril de 1914 prescribe la conservación de templos, monumentos y edificios y objetos históricos o artísticos. Consecutivamente la *Ley sobre Conservación de Monumentos, Edificios, Templos y Objetos Históricos o Artísticos* de 1916 incorpora los documentos que no contemplaba la anterior. Ambas, constituyen las normas jurídicas más inmediatas a las leyes que en la materia se dictarán con fecha posterior a la Constitución de 1917.

A la luz de estas normas hemos de ver la evolución de los conceptos y categorías jurídicas a partir de cuatro momentos de la vida nacional y como se legisló en materia de bienes y patrimonio cultural.

Por ejemplo, la Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos y Bellezas naturales de 1930 incluyó las poblaciones típicas, cenotes, cavernas y habitaciones prehistóricas, rocas esculpidas o pintadas, discriminando de ese conjunto la obra de los artistas vivos al asociar todo patrimonio cultural al pasado. De acuerdo a este concepto del tiempo, es el pasado la medida y valor de las cosas, lo que le confiere valor de rareza y originalidad, y lo logra separando el presente, la contemporaneidad de las obras y sus autores de toda valoración cultural. Llama la atención esta ley que si bien no definió de modo sustantivo la categoría de Monumento Histórico, no dejó de atribuir sus elementos a través de cosas y objetos, mueble o inmueble, junto a su valor de cosas materiales. Esta concepción jurídica contrae la categoría de patrimonio cultural exclusivamente a los objetos y las cosas, excluyendo, por supuesto, todo aquello que no tenga un soporte tangible y material.

La *Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos Arqueológicos e Históricos, Poblaciones típicas y Lugares Naturales* de 1934 definió como tales aquellos inmuebles originados posterior a la Conquista y sean exponentes de la Historia y al Cultura por su excepcionalidad artística o arquitectónica. También declara de interés público su cuidado y mantenimiento.

Décadas adelante, en 1970 entra en vigor la *Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Nación* adquiriendo mayor ámbito de aplicación que las anteriores al incluir expresiones culturales pertenecientes al universo de lo intangible, como la música o el cine. Por supuesto no se incluyen las tradiciones, las costumbres, la historia, el

derecho, las lenguas de los pueblos indígenas y el vasto continente de la llamada cultura popular. Sí se reconocen las colecciones científicas y técnicas; piezas etnológicas, antropológicas y paleontológicas, así como fonograbaciones, películas y fotografías.

En 1972 se legisla la *Ley Federal sobre Monumentos y zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas* en vigor, en ella de manera puntual se tipifica como monumentos históricos “los edificios religiosos para el culto, la educación, la enseñanza, asistencia o beneficencia; los de usos públicos para servicios y ornato o los usados por autoridades civiles y militares, así como los edificios privados relevantes, además de aquellos en los que habían ocurrido hechos importantes para la historia del país”.

Con esta ley (1972), en palabras de Sonia Lombardo³ “se introduce el concepto de zona de monumentos para proteger no sólo los monumentos, sino también su contexto, y se precisan los tipos de edificios y documentos que se consideran monumentos”

7. Ley Federal de Monumentos Históricos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas. (1972)

Al respecto dicha Ley señala en su Artículo 2 que es de utilidad pública, la investigación, protección,

³ Sonia Lombardo de Ruiz. El patrimonio arquitectónico y urbano (de 1521 a 1900) en: Florescano. et. al, *El patrimonio Nacional de México*, FCE, México, 1997

conservación, restauración y recuperación de los monumentos, artísticos e históricos y de las zonas de monumentos. Por su parte el Artículo 35 define como monumentos históricos aquellos bienes vinculados con la historia de la nación, a partir del establecimiento de la cultura, o bien, en los términos de la declaratoria respectiva o por determinación de la Ley. De manera más precisa el artículo 36 en su fracción I, señala que son monumentos históricos los inmuebles construidos en los siglos XVI al XIX, destinados a templos y sus anexos; arzobispados, obispados y casas curales; seminarios, administración, divulgación, enseñanza o práctica de un culto religioso; a la educación y a la enseñanza, a fines asistenciales o benéficos; al servicio y ornato público y al uso de las autoridades civiles y militares. Los inmuebles que se encuentren o se hayan encontrado en dichos inmuebles y las obras civiles relevantes de carácter privado realizadas en los siglos XVI al XIX.

El artículo 37 faculta al Presidente de la República, para que mediante decreto, haga la declaratoria de zona de monumentos arqueológicos, artísticos o históricos. Las declaratorias deberán inscribirse en el registro correspondiente y publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

De lo anterior se desprende que las zonas de monumentos estarán sujetas a la jurisdicción de los Poderes Federales, como lo señala el artículo 38 de la Ley invocada.

Es de mencionarse que el artículo 41 define a la Zona de Monumentos Históricos como el área que comprende varios elementos históricos relacionados con un suceso

nacional o la que se encuentre vinculada a hechos pretéritos de relevancia para el país.

Como consecuencia de lo anterior dicha ley ha dispuesto que en la Zonas de Monumentos y en el interior y exterior de éstos, todo anuncio, aviso, carteles; las cocheras, sitios de vehículos, expendios de gasolina o lubricantes; los postes e hilos telegráficos o telefónicos, transformadores y conductores de energía eléctrica, e instalaciones de alumbrado; así como los kioscos, templete, puestos o cualesquiera otras construcciones limitaciones e impedimentos que al respecto fije esa ley y su reglamento.

Una puntualización muy destacable es la que se refiere el artículo 43 que señala que en la Zona de Monumentos, los institutos competentes autorizarán previamente la realización de las obras.

8. La preservación del patrimonio cultural, artístico e histórico de la ciudad de Coatepec, Veracruz, México.

La modernidad reinventa la tradición para conservar el pasado. Las obras del pasado tienen la legitimación que dá el tiempo. Están dotadas del poder de subsistir a la destrucción y al deterioro para enfrentar y participar en las creaciones del presente.

En el año de 1995 el Instituto Nacional de Antropología e Historia propuso el anteproyecto de un decreto presidencial para la zona de monumentos históricos

de la ciudad de Coatepec, Veracruz y un reglamento del mismo. Posteriormente, en marzo de 1996, ambas propuestas fueron aprobadas en acta de sesión de Cabildos de dicho ayuntamiento. También pongo en antecedente que mediante decreto municipal de fecha noviembre de 1990 se declaró centro histórico el casco urbano y antecedentes de dicha ciudad. Por último, es de señalar que el procedimiento administrativo de dicho proyecto de declaratoria presidencial se encuentra suspendido en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Educación Pública en espera de que dicha entidad pública lo turne al titular del Ejecutivo Federal para su aprobación y publicación en el Diario Oficial de la Federación, a fin de que dicha declaratoria adquiera fuerza de precepto legal.

El anteproyecto que propone elevar el Centro Histórico de la ciudad de Coatepec a Zona de Monumentos Históricos comprende un área de 1.8 Km.² Este espacio esta formado por 49 manzanas que incluyen 374 inmuebles de gran valor histórico contruidos entre los siglos XVI al XIX. Cinco están destinados al culto religioso; otras a fines asistenciales y educativos; otras de carácter civil y de orden público. Destacan aquellos inmuebles que fueron destinados para actividades productivas, como las haciendas y beneficios. Los 333 inmuebles restantes son edificaciones civiles de uso particular, que exponen a la sociedad actual formas arquitectónicas de la sociedad barroca y neoclásica.

Esta área de monumentos se caracteriza asimismo por su parque central, paseos y sitios naturales. Además del Cerro de las Culebras del cual se origina la toponimia del lugar.

Esta sumarásimá reseña del acervo patrimonial coatepecano que retomo de la tipificación que hace el INAH en el anteproyecto in comento nos coloca en una dura reflexión respecto a la suerte del patrimonio cultural e histórico que alberga el actual sistema urbano de Coatepec y su entorno.

De cobrar vigencia este proyecto de decreto, quedaría firmemente establecida la jurisdicción administrativa federal circunscrita a la Zona de Monumentos Históricos de la Cd. de Coatepec, Ver. El efecto de este acto jurídico hará obligatorias tanto a autoridades municipales, estatales y federales, como a particulares, la aplicación y ejecución de las normas relativas a la vigilancia y cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Federal de Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas y su reglamento, respecto a la calidad e integridad de dicho patrimonio inmobiliario; y, para los particulares, la observancia de la misma. De manera que las construcciones, obras o instalaciones que los particulares realicen o la autoridad ordene o autorice ejecutar en la zona de monumentos históricos o cualquier obra de construcción, restauración o conservación que se pretenda, deberá contar con la autorización del Instituto Nacional de Antropología e Historia y la Dirección de Obras Públicas Municipales de acuerdo a las disposiciones legales aplicables al área en cuestión.

9. Acerca de los Decretos.

Antes de proseguir con el análisis del anteproyecto de decreto presidencial quiero señalar que desde el punto de

vista de la doctrina jurídica “El Decreto es una decisión de un órgano del Estado que crea situaciones jurídicas concretas o individuales y que requiere de cierta formalidad (publicidad), a efecto de que sea conocido por aquellos a quienes va dirigido”.

En este sentido, los decretos del Ejecutivo son una decisión que se expresa en un acto administrativo puro y simple, dictado de acuerdo con facultades establecidas en la ley que crea situaciones jurídicas individuales. Este acto, de acuerdo a la formalidad jurídica, debe revestir dos consecuencias: la primera, debe contener el refrendo del Secretario o Jefe de Departamento Administrativo del ramo a que se refiere y, la segunda, que se publiquen en el Diario Oficial de la Federación.

Los fundamentos que dan vida jurídica a dicho anteproyecto están plenamente justificados en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos, La Ley Federal de Turismo, Ley General de Bienes Nacionales, Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia y por último la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, todos ellos en relación a la facultad constitucional de expedir y decretar leyes al titular del Poder Ejecutivo Federal.

BIBLIOGRAFÍA.

FLORESCANO, Enrique. *El patrimonio nacional de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

LOMBARDO, Sonia. “*El Patrimonio Arquitectónico y Urbano*”. En: El Patrimonio Nacional de México. Flores Cano, Enrique y otros. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

LEGISGRAFÍA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa, México, 1999.

Decreto Presidencial para la Zona de Monumentos Históricos de la Ciudad de Coatepec, Ver., del 19 de diciembre de 1995.

Ley Federal sobre monumentos y Zonas Arqueológicas Artísticas e Históricas. Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1995

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Porrúa, México, 1999.

Ley General de Bienes Nacionales, Porrúa, México, 1999.

Reglamento de la Ley Federal sobre monumentos y Zonas Arqueológicas Artísticas e Históricas. Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1995.

La fórmula Otero.

Luz del Carmen Martí Capitanachi*

SUMARIO: 1.Introducción. 2.Antecedentes. 3. Propuesta de la Suprema Corte de Justicia. 4.Propuesta del Instituto Mexicano del Amparo. 5. A manera de conclusión. Bibliografía.

1. Introducción.

Vigente desde el 10 de enero del año de 1936, y objeto de múltiples reformas a lo largo de su vida jurídica,¹ la Ley de Amparo enfrenta, seguramente para el año 2001, la perspectiva de ser substituida por una nueva Ley, como lo pretende la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o por lo menos de ser reformada de manera profunda, como quiere el Instituto Mexicano del Amparo que preside el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela.

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ Ver en José L. Álvarez Montero y José René Álvarez Márquez, *Legislación de Amparo y disposiciones conexas*, 2º edición, Instituto Mexicano del Amparo, Xalapa, Ver. ,1998, Desarrollo Histórico Legal del Amparo, cuadro de reformas y adiciones, pag. 22 y siguientes.

Enfrentados ambos proyectos en cuanto a su objetivo final, son sin embargo coincidentes en muchos aspectos; una de esas coincidencias es la de modificar la llamada fórmula Otero, que ha identificado desde sus orígenes al juicio de amparo, específicamente en el ámbito que se refiere al amparo contra leyes, aun cuando el tratamiento que pretenden darle unos y otros no sea totalmente semejante. Analizar las propuestas que al respecto se han formulado, constituye el objeto del presente artículo.

2. Antecedentes.

Es conveniente en todo caso, recordar brevemente el significado de la fórmula propuesta por el destacado jurista jalisciense Mariano Otero, que ha conservado su nombre por más de 150 años.

En efecto, siendo integrante de una comisión formada por siete personas, reunidos en la ciudad de México con el propósito de elaborar un proyecto de Constitución Federal, Mariano Otero, a través de un Voto Particular propuso la vía judicial como medio para la protección de las garantías individuales, Voto que fue incorporado en el Acta de Reformas de 1847, que restauró la vigencia de la Constitución de 1824, con las modificaciones correspondientes.²

Plasmada en el artículo 25 del Acta de Reformas, quedó concebida la fórmula de la manera siguiente: “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante

² Juventino V. Castro, *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, Decimoprimer edición, México, 2000, p. 328.

de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare”.³

El texto constitucional de 1857 que sustituyó a la Constitución de 1824 reformada, se refirió al Juicio de Amparo en sus artículos 101 y 102, reiterando en este último la fórmula creada por Mariano Otero, estableciendo que: “La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”⁴

La supervivencia de la fórmula la confirma el texto de la fracción II del artículo 107 de la Constitución General de la República vigente, que a la letra dice: “La sentencia (que se dicte en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.⁵ Como puede advertirse de las tres redacciones

³ Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1987*, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 474.

⁴ Idem, p. 624.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Delma, México, 1999.

transcritas, la fórmula en cuestión permaneció prácticamente intacta a través de los años transcurridos.

Por obvias razones, provenientes de la jerarquía de las normas constitucionales, la legislación reglamentaria del Juicio de Amparo que ha estado vigente,⁶ y que de manera poco usual la encontraremos vigente en tres siglos distintos, perfeccionó paulatinamente el manejo procesal del juicio, los recursos, las normas relativas a la jurisprudencia, los incidentes, los casos de improcedencia y sobreseimiento, así como los mecanismos para hacer cumplir la sentencia que ampara en definitiva al gobernado; pero en manera alguna alteró uno de los principios que mayormente identifica al Juicio de Amparo, esto es, la relatividad de las sentencias que lo culminan.

Pues bien, ahora parece haber triunfado la opinión contraria por encima del criterio secular, que consideraba que si la declaración de inconstitucionalidad emitida por un órgano del Poder Judicial tuviera efectos generales, equivaldría a darle facultades legislativas, lo cual derivaría en el desequilibrio de los poderes estatales; opinión que estima injusto que en tratándose del amparo contra leyes, el efecto de una sentencia favorable solamente beneficie al promovente

⁶ Nota.- A saber, las leyes reglamentarias bajo la vigencia de la Constitución de 1857, han sido las de noviembre de 1861, enero de 1869, y diciembre de 1882; se debe aclarar que el Juicio estuvo también reglamentado por los Códigos de Procedimientos Federales y Federal de Procedimientos Civiles de 1897 y 1909 respectivamente. Ya durante la vigencia de la Constitución de 1917 se expidió la Ley de Amparo de 1919 que estuvo vigente hasta el último día de diciembre de 1935, habida cuenta que el 10 de enero entró en vigor la Ley actual.

del juicio, quedando abierta la posibilidad de que la autoridad responsable continúe aplicando una ley o un precepto contrario a la Constitución; ello, con dos efectos negativos: otros gobernados menos capacitados ya sea por carencia de recursos o conocimientos sufrirán la aplicación de una norma jurídica inconstitucional, lo cual ocurre con frecuencia en la materia fiscal; además de lo anterior, resulta evidente que el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133 tiene que soportar la vigencia de normas secundarias que lo contradicen, hasta que no se diera una reforma por el Poder Legislativo, lo cual, frente a tales casos, no ocurre con frecuencia.

Sin embargo, aceptada la pertinencia del razonamiento anterior, el problema se traslada a la manera en que deberá ser regulado en la norma jurídica, acerca de lo cual no hay total coincidencia. En efecto, por una parte tenemos la alternativa que plantea el nuevo proyecto de Ley de Amparo; por la otra, el tratamiento que propone el destacado jurista Don Ignacio Burgoa y finalmente, la postura manifestada por el autor de Derecho Constitucional Elisur Arteaga Nava, que colocó en último lugar porque fue formulada a través de los medios de comunicación, como crítica al proyecto de la Suprema Corte.

3. Propuesta de la Suprema Corte.

Por afectar directamente al tratamiento que en el proyecto de Ley de Amparo se da a la fórmula Otero, es menester tocar en primer lugar las novedades que aparecen con relación a la jurisprudencia.

Utilizando una nueva terminología, el Proyecto regula en su Título Cuarto, varias figuras jurídicas. En primer lugar la Jurisprudencia, de la cual distingue dos: 1. - Por reiteración de criterios, y 2. - Por contradicción de tesis, las cuales en todo caso ya se encuentran reguladas en la ley vigente, sólo que sin la sistematización apuntada. Las figuras mencionadas están reguladas en los primeros tres capítulos del Título en cuestión, destacando algunas diferencias respecto de la Ley aún en vigor.

De conformidad con la nueva estructura de la Suprema Corte, el número de votos mediante los cuales el Pleno puede sentar jurisprudencia deberá ser de ocho y no de catorce. Los criterios deberán ser establecidos en sentencias que se pronuncien en sesiones diferentes, lo cual rige también para la jurisprudencia que establezcan las Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Un cambio importante radica en que el número de resoluciones requerido para crear jurisprudencia es de tres y no de cinco como hasta ahora.

“El cambio de número no es caprichoso, ni se reduce a una mera cuestión de restas. En realidad, de lo que se trata es de encontrar un adecuado equilibrio entre el sistema de precedentes que se sigue en otros ordenamientos o en los procesos de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y el de reiteración de criterios que se prevé para la Ley de Amparo. Lo importante es,

precisamente, lograr una solución intermedia entre ambos extremos”^{7 8}

Un capítulo específico el III regula la jurisprudencia por contradicción de tesis en el cual aparece una disposición novedosa respecto de la legislación vigente consistente en que el órgano que resuelve la contradicción podrá acoger uno de los criterios opuestos, u optar por uno nuevo, o bien declararla inexistente o sin materia, en tanto que en la ley vigente el alcance de la resolución es la de decidir “cuál es la tesis que debe observarse” (artículo 197).

Al tema central de este artículo se refiere el capítulo IV del Título Cuarto del proyecto el cual regula en realidad dos hipótesis distintas: la declaración general de inconstitucionalidad y la declaración general de interpretación conforme.

La primera de ellas queda en su aspecto esencial claramente regulada; en efecto, una vez que se establezca jurisprudencia por reiteración, la Corte, en un plazo de treinta días, formulará la declaratoria general de inconstitucionalidad, pudiendo convocar, antes de ello, a quien estime conveniente para oír sus puntos de vista sobre los alcances que deberá tener la declaratoria, la cual deberá ser publicada en el Semanario Judicial de la Federación, y en

⁷ Proyecto de Ley de Amparo. Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2000. Pag. 67.

⁸ Nota. La sentencia en la controversia constitucional o en la acción de inconstitucionalidad invalida de inmediato las normas combatidas.

el órgano oficial en que se hubiere publicado la norma general declarada inconstitucional.

Dada la forma en que está concebida esta fase de actividad de la Suprema Corte, sus facultades no van mas allá de precisar los alcances de la jurisprudencia a la que se deben dar efectos generales, sin poder modificar el sentido en que fue establecida (artículo 234). En estricto sentido no ejerce una función jurisdiccional, sino una acción equivalente a una promulgación del texto jurisprudencial.

La segunda figura que se regula en el Capítulo IV del Proyecto, es también totalmente nueva. En la ley vigente no existe algo semejante a la declaración general de interpretación conforme, cuyo sentido se precisa en la exposición de motivos y en el artículo 76 del propio proyecto. Transcribo ambas para que su comprensión sea más completa: “Artículo 76. Cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá decidir si es constitucional; si puede considerarse conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al aplicarse según una determinada interpretación, o si debe considerarse inconstitucional”. En relación con este precepto y al 232, en la exposición de motivos se afirma:

“La declaración de interpretación conforme, por su parte, tiene la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada para de esa forma, garantizar la supremacía

constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada aplicación de nuestro orden jurídico.”⁹

El proyecto en cuestión no dedica ningún otro precepto o comentario al tema de la declaración de interpretación de interpretación conforme, y creo que surgen dudas en cuanto al alcance que puede tener respecto de la integración de la norma, con lo cual colocaría al órgano legislativo en el riesgo de ser substituido por el judicial, o bien, de dejar por ese medio en estado de indefensión al quejoso. Supongamos que la interpretación que la autoridad responsable da a la norma legal secundaria es contraria a la Constitución; ello, en principio, conduciría al juzgador a otorgar al quejoso el amparo solicitado; sin embargo, el juez de distrito, en el caso de un amparo indirecto en contra de una ley, encuentra que con una interpretación diferente sería posible salvar la confrontación de la norma secundaria con la Constitución. Surgen así dos posibilidades: al elaborar esa interpretación distinta de la que fue conocida y combatida por el quejoso al interponer el juicio, mejorar el acto reclamado, y negar por lo tanto la protección solicitada; la otra alternativa sería conceder el amparo, y además establecer la interpretación conforme que en el futuro salve del vicio de la inconstitucionalidad al precepto o preceptos combatidos.

Intimamente relacionado con las figuras de inconstitucionalidad general e interpretación conforme, está el tema relativo al camino a seguir para el caso de que la misma, u otra autoridad del Estado, pretenda aplicar la ley objeto de las declaraciones a un gobernado diferente de aquel o

⁹ Idem, pág. 69.

aquellos que promovieron los juicios de amparo en los que se sustentaron una u otra declaración.

El proyecto de Ley de Amparo responde de una manera que bien podría calificarse de confusa.

Ubicado en el Título Tercero del proyecto, se encuentra un Capítulo VI, que contiene un solo artículo, denominado Incidente por incumplimiento de la Declaración General de Inconstitucionalidad o de Interpretación Conforme. En él se prevé precisamente la hipótesis de que con posterioridad a la entrada en vigor de cualquiera de las declaraciones que nos ocupan, se aplique la norma inconstitucional o se le dé una interpretación diferente, casos en los cuales: podrá hacer valer los medios de defensa que establece el propio Título, ello, ante el Juez de Distrito correspondiente, según las reglas del Capítulo aplicable.

Ahora bien, en el Título Tercero se trata el cumplimiento e incumplimiento de la sentencia de amparo y sus consecuencias: a la repetición del acto reclamado, a la inconformidad que procede en el trámite de ejecución, al incidente de cumplimiento substituto, al incidente por exceso o defecto de ejecución, y todos ellos terminan siendo desahogados ante la Suprema Corte y no ante los Jueces de Distrito.

Es evidente la vaguedad del tratamiento, que en un tema tan importante como novedoso, deja al interesado frente a situaciones jurídicas cuya precisión debiera provenir de la ley, y no de la elección de quien hará uso de ellas.

4. Propuestas del Instituto Mexicano del Amparo.

Hacia el interior del Instituto Mexicano del Amparo, y solamente en relación con el tema de la inconstitucionalidad de leyes, se asumen dos posiciones diferentes entre sí, y distintas al planteamiento que hace la Suprema Corte en el proyecto de Ley de Amparo.

Por parte del Doctor Ignacio Burgoa el tratamiento es en apariencia más simple, ya que no plantea una declaración especial, como lo es la General de Inconstitucionalidad, llegándose a alcanzar ese efecto cuando se establezca jurisprudencia al modo tradicional regulado por la Ley vigente (cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin que medie ninguna en contrario) ocurrido lo cual tendrá efecto erga omnes, y consecuentemente la norma declarada inconstitucional por jurisprudencia no podrá ser aplicada a casos semejantes por ninguna autoridad, beneficiando a los gobernados en general, incluidos evidentemente todos aquellos que no hubieren interpuesto los amparos que motivaron la jurisprudencia.

Sin embargo, en aras de un cambio radical a los efectos relativos de la sentencia de amparo, que se lleva a cabo para dar su verdadero alcance al principio de supremacía constitucional, evitando que se sigan aplicando leyes inconstitucionales, dada la única razón de que solamente resulta beneficiado quien promovió el amparo, Burgoa sostiene que en tratándose del amparo contra leyes deberían suprimirse, por idénticas razones, el principio de iniciativa o

instancia de la parte agraviada, la preclusión de la acción amparo, y el libre desistimiento de la acción, entre otras figuras procesales:

“En efecto, sería también contrario a la supremacía constitucional el hecho de que, por no impugnarse en vía de amparo una ley opuesta a los mandamientos de la Constitución por el sujeto que resulte agraviado, tal ley se siguiese aplicando en la realidad. Asimismo, si se considera que una ley es inconstitucional, este vicio no debería purgarse por la sola circunstancia de que el agraviado no ejercitase la acción de contra ella dentro del término correspondiente. Igualmente, podría estimarse que, los juicios de amparo promovidos contra leyes inconstitucionales no deberían ser materia de desistimiento”¹⁰

Las propuestas anteriores no son consideradas en el proyecto de la Suprema Corte, aunque cuando este artículo se escribe, está por celebrarse un Congreso en el cual se podrían adoptar una importante cantidad de sugerencias que para reformar la Ley de Amparo se han venido proponiendo.

Por otra parte, la propuesta de Burgoa en relación con la acción a seguir frente a la aplicación por las autoridades estatales de las normas objeto de declaración de

¹⁰ Ignacio Burgoa, *Renovación de la Ley de Amparo*, Instituto Mexicano del Amparo, México, 2000, pág. 40.

inconstitucionalidad por una jurisprudencia, es mucho más precisa que la del Proyecto que ya comentamos líneas arriba.

En efecto, el autor propone un incidente de queja que se incorpore al actual artículo 35 de la Ley de Amparo vigente, el cual puede desembocar, de manera relativamente rápida en una resolución que invalide el acto aplicativo impugnado. En el precepto que propone,¹¹ introduce la posibilidad de que la autoridad reclame la resolución ante un Tribunal Colegiado de Circuito.

Más radical que las propuestas analizadas, es la que plantea Nicolás Martínez Cerda¹² en los siguientes términos:

“Cuando la Suprema Corte por jurisprudencia integradora (5 ejecutorias) declare la inconstitucionalidad de una ley, tendrá eficacia general (erga omnes), será declarada nula. La declaratoria de inconstitucionalidad por la jurisprudencia será notificada al Congreso de la Unión, para su abrogación, en un plazo de 30 días; y a los Congresos locales, en el mismo plazo, para los mismos efectos”¹³

Una alternativa como la expuesta deja sin responder algunas posibilidades: ¿Qué hacer para el caso de que el

¹¹ Op. Cit. Pág. 43.

¹² Delegado del Instituto Mexicano del Amparo y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ricardo Couto, A.C.”.

¹³ *Asamblea Nacional Extraordinaria de Amparo*, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, Instituto Mexicano del Amparo - Universidad Veracruzana, Xalapa, 2000, pág. 164.

órgano legislativo no actúe?; ¿qué hacer ante la aplicación de la norma declarada inconstitucional en tanto no es derogada?

Por último, es posible adelantar que al Congreso Nacional Jurídico ofrecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concurra a precisar su propuesta el autor de Derecho Constitucional Elisur Arteaga Nava, que al darse a conocer el proyecto de la nueva Ley de Amparo expresó:

“No es un modelo totalmente abierto en cuanto a la posibilidad de invalidar leyes. Los Ministros y la Comisión Especial debieron darle mayor peso a los Jueces y Magistrados. Es decir dejar manos libres para que evaluaran, de inmediato, las violaciones constitucionales de las nuevas normas aprobadas por el Congreso de la Unión.

Este mecanismo incluido en el proyecto parece demasiado lento; quizá hasta burocrático ante la dinámica social y política que acompañará al nuevo gobierno”¹⁴

De los comentarios vertidos por el citado autor no es posible deducir con precisión el alcance de su propuesta, ya que sin duda Jueces y Magistrados tienen intervención directa en la declaración de inconstitucionalidad que se invoque en el juicio, solamente que su resolución no constituye una sentencia definitiva hasta en tanto no es confirmada, modificada o revocada por el superior, y dudo que se trate de proponer un juicio previo a que se desahoguen todas las fases procesales, incluidos los recursos que pueden ser interpuestos durante su desarrollo.

¹⁴ Diario Reforma, sección nacional, 31 de agosto del 2000, p. 9 A.

Es cierto que un juicio con todas sus instancias puede prolongarse demasiado en el tiempo, y es deseable que una nueva Ley contemple la manera de alcanzar una justicia pronta como lo exige el artículo 17 constitucional; sin embargo, también es deseable que sean garantizadas la certeza y la seguridad jurídica. De quienes son parte en el Juicio de Garantías.

5. A manera de conclusión.

1. - Una mirada en retrospectiva del Juicio de Amparo mexicano, nos conduce a reiterar una vez más, que se trata de una institución que se ha arraigado de manera profunda en la conciencia popular como el medio por excelencia de protección de los derechos humanos, y que paralelamente ha consolidado su reconocimiento como una tradición jurídica de primer orden. Esta última afirmación queda corroborada tanto por la prolongada vida que ha tenido en el derecho nacional, como por su influencia en el ámbito internacional, al haber sido adoptada por diversos países de Centro y Sudamérica, como es el caso de Costa Rica, Panamá, Venezuela, Brasil y Argentina, entre otros.

2. - El desenvolvimiento legislativo del juicio que nos ocupa, ha conducido a su paulatino perfeccionamiento, al igual que ha traído como consecuencia una cada vez mayor complejidad técnica en su manejo. Se encuentra ahora en el umbral de la que puede ser su reforma de mayor trascendencia al plantearse la supresión de una o algunas de sus principales identidades, como lo es la relatividad de las

sentencias en tratándose del amparo contra leyes, en el caso del proyecto de la Suprema Corte, o bien los principios de promoción a instancia de parte agraviada y de definitividad del acto reclamado, también en el amparo contra leyes, según resulta de la propuesta del Dr. Ignacio Burgoa.

3. - Con independencia de las cuestiones estrictamente jurídicas relacionadas con el tema, que deberán ser examinadas cuidadosamente y sin excluir a los estudiosos de la materia, con el propósito de integrar una iniciativa satisfactoria, es menester, de igual manera, que el manejo de dicha iniciativa en el Congreso de la Unión no se vea afectada por las condiciones políticas que actualmente prevalecen.

Finalmente, deberá cuidarse que los efectos *erga omnes* que llegue a tener la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general, sean alcanzados con la mayor celeridad posible, habida cuenta del aforismo que plantea que toda justicia extemporánea deja en realidad de serlo.

Igualmente, es menester que se logre el mecanismo más adecuado a efecto de que todo aquel que pretenda invocar la inconstitucionalidad de la ley una vez que ha sido declarada por el órgano jurisdiccional competente, no se vea inmerso en procedimientos tan complejos como aquellos que llevaron a sentar la jurisprudencia que se invoque, ya que ello equivaldría a nulificar el efecto general de la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ MONTERO, José L., y ALVAREZ MARQUEZ, José René, *Legislación de Amparo y disposiciones conexas*, 2º edición, Instituto Mexicano del Amparo, Xalapa, Ver. 1998.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1999.

Renovación de la Ley de Amparo, Instituto Mexicano del Amparo, México, 2000.

CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, Decimoprimera ed., Editorial Porrúa, México, 2000.

CHAVEZ CASTILLO, Raúl, *Juicio de Amparo*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, 1994.

MEMORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL EXTRAORDINARIA DE AMPARO, Gobierno del Estado de Veracruz, Instituto Mexicano del Amparo, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2000.

PROYECTO DE LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTICULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Suprema Corte de Justicia, México, 2000.

TENA RAMIREZ, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1987, Editorial Porrúa, México, 1987.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Delma Ed., México, 1999.

LEY DE AMPARO, Actualizada, 7° edición, Ediciones Alf, México, 1999.

El Delito de falsedad en el Derecho Romano

*Socorro Moncayo Rodríguez

SUMARIO:1. Hipótesis contempladas por la *Lex Cornelia de Falsis: falso testamentario y nummario*. 2. Ampliación del contenido a través de los senadoconsultos; Liboniano, Mesaliano y Geminiano. 3. Otras extensiones del delito en el sistema *extra ordinem*. 4. Sanción.

1. Hipótesis contemplada en la *Lex Cornelia de Falsis: falso testamentario y nummario*.

De la época de las XII Tablas, pocas noticias se tienen en relación al delito de falsedad, un fragmento de Gellio XX. 1. 53¹ reporta únicamente, que la persona que prestaba un testimonio era condenado a la pena capital, siendo lanzado de la Roca *Tarpeia*.

Es hasta el año 81 a. C. que surge la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, dentro del grupo de las leyes criminales de Sila². En virtud de que esta ley plantea dos hipótesis: falso testamentario y falso monetario, algunos autores han considerado que se trate de dos leyes³, sin embargo, tal afirmación es de excluirse pues se trata solamente de dos aspectos del mismo crimen y las referencias a ambos siempre se hacen conjuntamente. En efecto, señala D'Ors⁴ la Ley Cornelia en cuanto se refiere por un lado a la falsificación de testamentos y por otro a la falsificación de monedas ha sido denominada *testamentaria nummaria*, pero debido a su extenso campo de aplicación terminó por ser llamada solamente *de falsis*.

Para conocer los diferentes tipos delictivos sancionados por la *lex Cornelia*, es necesario recurrir a dos fragmentos de Paulo, uno del Digesto y el otro de las Sentencias⁵.

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V., miembro del SNI Nivel 2.

¹ Cfr. SCARLATA-FAZIO, "Falsità e falso (storia)" en *Enciclopedia del Diritto*, Vol XVI, Milano, 1967, p. 505.

² Cfr. MOMMSEN, *Derecho penal Romano*, Bogotá, 1976, p. 418.

³ Cfr. BRASIELLO, "Falsum" en *Novísimo Digesto Italiano*, Vol. III, Torino, 1965, p. 33.

⁴ Cfr. D'Ors, "Contribuciones a la historia del crimen falsis" en *Studi in honore di E. Volterra*, II Milano, 1971, p. 544.

⁵ Cfr. DE SARLO, "Sulla repressione penale de falso documentale in diritto romano" en *Rivista di diritto processuale civile*, año XIV, No. 4, Padova, 1937, p. 3 y ss.

Paul. D. 48. 10. 2. *Qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interleverit, subiecerit, resignaverit, quive, testamentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit dolo malo, cuiusve dolo malo id factum erit, legis Cornelia poena damnatur.*

Paul. D. 48. 10. 2. El que hubiese substraído, ocultado, robado, borrado, tachado, substituido o abierto un testamento, o el que hubiere escrito, sellado o leído con dolo malo un testamento falso, o aquél por cuyo dolo malo se hubiere hecho esto, es condenado con la pena de la Ley Cornelia.

Paul Sent. 4. 7. 1. *Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subiecerit, signaverit, supresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Cornelia de falsis tenebitur, id est, in insulam deportatur.*

Paul. Sent. 4. 7. 1. Aquél que escribiese, leyese, sustituyese, sellase un testamento falso, o escondiese, subtrajese o cancelase en todo o en parte uno auténtico, será sujeto a la pena establecida por la *Lex Cornelia de falsis*, es decir, será deportado en una isla.

De los textos citados resulta que la ley señalaba en primer lugar las hipótesis de falsificación relativas a los testamentos, distinguiendo los siguientes actos: hacer (*scribere*), signar (*signare*) un testamento falso o hacer uso judicial del mismo (*recitare*), establece también otros actos dolosos con un testamento auténtico, como substraer (*amovere*), ocultar (*celare*), robar (*cripere*), destruir (*delere*), alterar su escritura (*interlinere*) cambiar por otro (*subicere*), abrir indebidamente (*resignare*).

En segundo lugar la ley sancionaba la falsificación de sellos en general (*signum adulterio*), distinguiendo entre esculpir el cuño (*sculpere*), hacer (*facere*), substraer el sello del cuño (*farlo ed exprimere*).

Por último la *lex* hacía referencia a la falsificación de las monedas distinguiendo entre: acuñar moneda falsa (*adulterare*), fundir (*conflarre*), raspar las monedas verdaderas (*radere*), alterarla (*corrumpere*) o inutilizarla (*vitiare*), probablemente también traficar con monedas de estaño y plomo.

El hecho de que se acumularan en una misma ley, la falsificación de testamentos, sellos y monedas se justifica con facilidad, dado que el común denominador entre ellos era el abuso del *signum*.

2. Ampliación del contenido a través de los Senadoconsultos; Liboniano, Mesaliano y Geminiano.

El contenido de la *Lex Cornelia de falsis* se amplió durante el principado por exigencias inherentes, no al nuevo orden de intereses del Estado, sino al desarrollo de la economía y al correspondiente desarrollo del derecho privado⁶. Tal ampliación tuvo lugar a través de varios actos normativos que introdujeron nuevas hipótesis delictivas y extendieron a éstas la represión ordinaria de la *quaestio de falsis*⁷.

Estos actos normativos fueron los senadoconsultos Liboniano, Mesaliano y Geminiano.

El senadoconsulto Liboniano del año 16 d. C., extendió la sanción de la *Lex Cornelia* al *scriptor* de un testamento que se otorgase en él una institución como heredero o legatario y castigaba también la falsificación de documentos distintos a los testamentarios, que eran los únicos previstos por la *lex Cornelia*⁸.

El senadoconsulto Mesaliano⁹ extendió la aplicación de la *lex Cornelia* a los acuerdos fraudulentos dirigidos a obtener la defensa de un abogado o la deposición de un testigo.

Ulpiano. Coll. 8. 7. 2. *item qui ob instruendam aduocationem testimoniave pecuniam acceperit pactusue fuerit societatem (ve) coierit.....*

Ulpiano. Coll. 8. 7. 2. igualmente el que para preparar una defensa o testimonios haya recibido dinero o haya pactado o haya formado sociedad.

Hermogeniano hace referencia (D: 48. 10. 20) a los hechos delictivos a los cuales se extendió la pena de la *lex Cornelia* en virtud del senadoconsulto Mesalianiano, señalando entre éstos: cobrar, pactar y asociarse con el fin de aportar a un litigio abogados y testigos, fragmento que coincide con una cita de Marciano (D. 48. 10. 1. 1.) en la que también enumera esos tres actos. Ulpiano en la Coll. 8. 7. 2 arriba citada, además de comprender los actos: cobrar, pactar y asociarse, agrega otros dos, *aut aliquam delationem interposuerit, item si quis coierit ad occisionem innocentium* (o haya interpuesto alguna denuncia, igualmente si alguien se reuniera para matar inocentes). De tal manera que el senadoconsulto Mesaliano extendió la sanción de la *lex Cornelia* a todos aquellos que cobraron, pactaron o se asociaron para presentar

⁶ PUGLIESE, "Diritto penale romano" en *Il diritto romano*, Roma, 1980, p. 294; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 418.

⁷ Cfr. PUGLIESE, "Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato" en *ANRW*, II, Principat, 14, Berlín, 1982, p. 756.

⁸ Véase D'ORS, *op. cit.*, p. 531 y ss.

⁹ D'ORS, *op. cit.*, pp. 336-338; ARCHI, "Problemi in tema di falso nel diritto romano II", en *Studi scientifici giuridico sociali*, Pavia, 1941, p. 26; PUGLIESE, "Linee generali dit", p. 756.

abogados o pruebas contra alguien o el asociarse para involucrar de algún modo en reclamaciones judiciales a personas inocentes.

El senadoconsulto Geminiano¹⁰ incluyó en el delito de falsedad la corrupción como resulta de un texto de Ulpiano.

Ulp. Coll. 8. 7. 3. *Sed et si quis ob denuntiandum vel non denuntiamus remittendumue testimonium pecuniam acceperit, senatus consulto quod duobus Geminis consensum factum est poena legis Corneliae adficitur et reliqua.*

Ulp. Coll. 8. 7. 3. Pero también si alguien, por denunciar o no denunciar o dar testimonio, recibiera dinero, será castigado con la pena de la ley Cornelia, según el senadoconsulto, que fue hecho por los dos cónsules Geminos. Y lo restante.

En el mismo sentido un texto de Marciano.

Mar. D. 48. 10. 1. 2. *Et qui iudicem corruperit corrumperendumve curaverit.*

Mar. D. 48. 10. 1. 2. Así como el que hubiera corrompido al juez o procurado que fuese corrompido.

El término *denuntiare* debe ser entendido en el sentido de intimidar a un testigo para que compareciera ante los jueces a prestar el propio testimonio, *remittere* significa en cambio exonerar a un testigo ya intimidado, de la obligación de comparecer.

En estas hipótesis no se trataba de falso testimonio, sino de cobrar por llamar o renunciar a llamar al testigo.

3. Otras extensiones del delito en el sistema *Extra ordinem*.

Otras extensiones de la ley Cornelia las encontramos en el sistema *extra ordinem* y son las siguientes:

a). La suposición de parto¹¹ de acuerdo con los textos de Modestino (D. 48. 10. 30. 1.) y Paulo (Paul. Sent. 2. 24. 9), se sancionaba con la pena prevista por la *Lex Cornelia*.

¹⁰ Cfr. D'ORS, *op. cit.*, p. 539 y ss.

¹¹ Cfr. SCARLATA-FAZIO, *op. cit.*, p. 513 y ss.

D. 48. 10. 50. 1. *De partu supposito soli accusant parentes, ant hi, ad quos ea res pertineat, non quilibet ex populo, ut publicam accusationem intendat.*

D. 48. 10. 50. 1. Solamente los ascendientes acusan de parto supuesto ó aquellos a quienes esta cosa afecta y no cualquiera del pueblo, de modo que intente acusación pública.

Paul Sent. 2. 24. 9. *Obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit.*

Paul. Sent. 2. 24. 9 La partera que se llevó a un recién nacido ajeno, para que tenga lugar una suposición (sustitución), sea castigada con el mayor suplicio.

b) La adulteración de balanzas, para la que Trajano establece la aplicación de la pena de la *Lex Cornelia*.

Ulp. D. 47. 11. 6. 1. *Onerant annonam etiam staterae adulterinae, de quibus Divis Traianus Edictum proposuit quo Edicto poenam legis Cornelia in eos statuit...*

Ulp. D. 47. 11. 6. 1. También gravan las provisiones los que usan balanzas falsas, respecto a los que publicó un Edicto el Divino Trajano, en cuyo Edicto estableció contra ellos la pena de la ley Cornelia.....

c). El uso de documentos falsos. Antonino Pio mediante un rescripto estableció una sanción en proporción a la gravedad del mismo y una constitución de Marco Aurelio y Lucio Vero en cambio reconoció la no responsabilidad de quien se hubiese servido de dicho documento por error.

Call. D. 48. 10. 31. *Divus Pius Claudio rescripsit, pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud indices instrumenta protulerunt, quae probari non possint; aut si plus meruisse videatur, quam ex forma iurisdictionis pati possint, ut Imperatori describatur aestimatur, qua tenus coërceri debeant. Sed Divus Marcus cum fratre suo pro sua humanitate hanc rem temperavit, ut, si quod plerumque evenit, per errorem huiusmodi instrumenta proferantur, ignoscatur iis, qui tale quidquam*

Call. D. 48. 10. 31. El Divino Pío respondió por rescripto a Claudio, que según la importancia de cada delito se ha de determinar contra los que ante los jueces produjeron instrumentos, que no puedan ser aprobados o que si pareciera que merecieron más de lo que pudieran sufrir con arreglo a la forma de la jurisdicción, se dé cuenta al Emperador que estimará de que modo deban castigarse. Pero el Divino Marco moderó esto, juntamente con su hermano conforme a su humanidad, a fin de que si, como muchas veces

protulerint.

acontece, se produjeran por error instrumentos de esta clase, se perdone a los que hubieren presentado alguno de ellos.

d). La falsificación de documentos que no requerían de sello, al respecto Marciano recuerda la condena que un *praefectus Aegypti* sufrió por mandato de Septimio Severo por el hecho de haber falsificado documentos de su oficina.

Mar. D. 48. 10. 1. 4. *Qui in rationibus tabulis cereisve, vel alia qua re sine consignatione falsum fecerint, vel rem amoverint, perinde ex his causis, atque si erant falsarii puniuntur; sic et Divus Severus lege Cornelia de falsis damnavit praefectum Aegypti, quod instrumentis suis, quum praeerat provinciae, falsum fecit.*

Mar. D. 48. 10. 1. 4. Los que en cuentas o en tablas enceradas o en otra cualquier cosa sin firma hubieren cometido falsedad a los que hubieren substraído una cosa, son castigados en virtud de estas causas como si fueran falsarios; así también castigó el Divino Severo por la ley Cornelia sobre falsedades a un Prefecto de Egipto, porque cometió falsedad en instrumentos suyos, siendo presidente de la provincia.

e). La venta de una misma cosa a dos diversos compradores con dos distintos contratos. Fue sancionada con la pena de la *lex Cornelia* al autor de dicho fraude con una constitución de Adriano¹².

Paul. D. 48. 10. 21. *Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsis coercetur; et hoc et Divus Hadrianus constituit.*

Paul. D. 48. 10. 21. El que por diversos contratos vendió a dos integrantes la misma cosa, es castigado con la pena de falsedad y esto determinó también el Divino Adriano.

f) Otra hipótesis de falso testimonio era aquella que se dirigía a hacer condenar a alguien *publico indicio rei capitalis*, la cual ya había sido regulada por la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

¹² PUGLIESE, “Linee generali cit.”, p. 756, nt. 79; ARCHI, *op. cit.*, p. 36; en contrario véase SCARLATA-FAZIO, *op. cit.*, PP. 515- 516.

Coll. 8. 2. 1 *Paulus libro singulari de poenis omnium legum sub titulo ad legem Iuliam de adulteris: Qui falsum testimonium dixerit, proinde tenebitur, ac si lege Cornelia testamentaria damnatus esset.*

Coll. 8. 2. 1. Paulo en el libro singular de las penas de todas las leyes bajo el título a “La Ley Julia de los adúlteros:
El que haya dicho un falso testimonio quedará obligado como si hubiese sido condenado por la ley Cornelia testamentaria.

En este mismo sentido Modestino (D. 48. 10. 27. pr. 1.) y Paulo (Coll. 8. 3. 1.).

g) La substracción de documentos no testamentarios consagrada por Paulo en el Digesto, a la cual se vincula también la pena de *falsis*.

D. 48. 10. 16. pr. *Instrumentorum surreptorum crimen non esse publici iudicii, nisi testamentum alicuius surreptum arguatur.*
1. *Paulus respondit, legis Corneliae poena omnes teneri, qui etiam extra testamenta, cetera falsa signassent.*

D. 48. 10. 16. El delito de documentos hurtados es de juicio público, a no ser que se diga que fue sustraído el testamento de alguno.
1. Paulo respondió, que están sujetos a la pena de la ley Cornelia todos los que hubiesen signado otras cosas falsas aunque no sean testamentos.

h) La revelación al adversario, por parte del depositario de los documentos, del contenido de los mismos. Marciano estableció la sujeción del responsable a la *accusatio falsi*.

D. 48. 10. 1. 6. *Is, qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita esse adversariis suis dicit, accusare eum falsi potest.*

D. 48. 10. 1. 6. El que dice que documentos depositados en poder de otro fueron manifestados por éste a sus adversarios, puede acusar a éste de falsedad.

i) Por último pueden señalarse: el uso de falsos rescriptos.

D. 48. 10. 33. *Si quia falsis Constitutionibus nullo auctore habito utitur, lege Cornelia aqua et igni ei interdicatur.*

D. 48. 10. 33. Si alguno usara falsas Constituciones que no tienen autor alguno, se le impone por la Ley Cornelia interdicción en el agua y en el fuego.

La inobservancia de Constituciones imperiales

D. 48. 10. 1. 3. *Sed et si index Constitutiones Principum neglexerit, punitur.*

D. 48. 10. 1. 3. Más si el juez hubiere desatendido las Constituciones de los Principes también sea castigado.

Y la apertura de testamentos en vida del testador.

D. 48. 10. 1. 5. *Is qui aperuerit vivi testamentum, legis Corneliae poena tenetur.*

D. 48. 10. 1. 5. El que hubiese abierto el testamento de uno que vivía, queda sujeto a la pena de la ley Cornelia.

Con estas nuevas hipótesis, la figura del delito de falsedad delineado por la *Lex Cornelia* se enriqueció y resultó tan extensa que superó los confines de la definición de falsedad atribuida a Paulo (Coll. 8. 6. 1.)

4. Sanción.

La pena señalada por la *Lex Cornelia de falsis*, inicialmente fue la muerte, pero a fines de la República se aplicó la *interdictio aquae et igni* (confiscación de bienes y deportación).

Más adelante con la represión *extra ordinem* se sancionó con la *interdictio aquae et igni* para los honestiones (los más honorables) y para los humiliores (los más humildes) y esclavos con la condena *ad metalla* o el extremo suplicio de la cruz, como resulta de dos fragmentos de Paulo (Coll. 8. 3. 1. y 8. 4. 1.).

El derecho a la vida privada.

Marta Silvia Moreno Luce^{*}

Con motivo de la reciente reforma integral de la Constitución Política del Estado de Veracruz, en la que se reconoce en el artículo sexto, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad es importante renovar la discusión acerca de estos derechos humanos cuya violación es propiciada por factores de la vida moderna como los avances alcanzados por la tecnología y por el uso indebido en muchos casos de los medios de comunicación. Hoy existe cada vez mayor difusión doctrinal acerca de estos temas, y la legislación, en la mayoría de los países se ha actualizado, los precursores en esta temática fueron los Estados Unidos y algunos países europeos como Portugal y España. Ahora en nuestro país, en el Estado de Veracruz se ha logrado un avance muy importante al tutelarlos expresamente en la norma constitucional.

El presente trabajo está enfocado a destacar la importancia de la tecnología en el siglo XX y su repercusión en algunas figuras de la ciencia del derecho como la intromisión en la vida privada, la pérdida de la intimidad y en

^{*} Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

El derecho a la vida privada

muchos casos la afectación al honor así como las consecuencias jurídicas que el abuso de los múltiples recursos tecnológicos entre los que destacan los medios electrónicos, han contribuido a la violación cada vez más frecuente e incontrolable de esos derechos humanos.

En otras épocas el uso de la información que se tenía acerca de las personas no ofrecía problemas, pero con el advenimiento y auge de la informática, y por la índole misma de las necesidades de la vida moderna, han proliferado una gran variedad de archivos que almacenan toda clase de información sobre los individuos, de la que muchas veces el afectado no está enterado de la gran cantidad de datos que hay en un fichero que contiene todo lo que es factible saber acerca de alguien, por lo que todos esos datos pertenecientes a una persona, pueden estar al alcance de miradas indiscretas, surgiendo un riesgo desconocido anteriormente, el de los ataques a la vida privada y la pérdida de la intimidad de lo cual se derivan problemas jurídicos que anteriormente no habían sido planteados ni en la doctrina ni en la práctica.

A partir de la década de los sesenta, tanto los países de derecho escrito como los que se rigen por el Common Law, se han enfrentado a la necesidad de elaborar leyes al respecto, en dos sentidos: sobre la incidencia de la informática en la vida privada y social por una parte y las posibles formas de su protección por la otra.

Son dos problemas distintos los que están implícitos al respecto; por un lado el derecho a la información por parte del Estado y de empresas privadas como las periodísticas, las televisivas o de cualquier otra índole, que necesitan estas

últimas tener a la mano todos los datos necesarios para su buen funcionamiento, prestigio y reconocimiento público, lo cual se traduce en mayores ingresos, por lo que están dispuestos a todo con tal de obtener información de primera mano, sin ningún escrúpulo de índole moral teniendo en sus manos la posibilidad de abusar de ese derecho. Por otra parte, existe el derecho de reserva de la vida privada que tiene todo ser humano contra el mal uso que pueda hacerse de esa información, ya sea que se utilice para chantajes, por simple curiosidad, o con cualquier fin ilícito, afectándose a una persona al hacerse públicas algunas cuestiones relativas a su crédito, a sus estados financieros, a su estado de salud o cuestiones mas graves que el interesado no desee que se haga público por el perjuicio que le puede atraerle el darlos a conocer por los medios de difusión, afectándose algunas veces su derecho al honor.

El tema del derecho a la intimidad se correlaciona con el del derecho a la información que caracteriza a nuestro mundo contemporáneo y entre los cuales es necesario encontrar el equilibrio de estos dos importantes fenómenos de nuestro tiempo: la publicidad excesiva y la necesidad del secreto.

En la ciencia del derecho, cuando existe una obligación (en este caso la de informar), tiene como correlativo un derecho subjetivo (el de reserva de la vida privada) por lo que la libertad, el derecho a la intimidad y la informática son temas importantes de reflexión y discusión de los juristas y filósofos del derecho, ya que la técnica ha afectado no sólo el campo de la vida social como en épocas

El derecho a la vida privada

anteriores, sino que ahora se han llegado a violar dos de los valores más preciados del hombre: su libertad e individualidad.

La época contemporánea, caracterizada, como la era de la alta tecnología, en la que el hombre ha logrado el control de la tierra, e intenta el dominio total del universo con los viajes espaciales, tratando de derrotar incluso a la muerte por medio de los trasplantes de órganos. Posteriormente con el descubrimiento del mapa genético se ha dado un gran paso en el campo de la medicina así como, en el ámbito de las ciencias biológicas.

Durante esta centuria y especialmente en los últimos decenios, ha ocurrido un cambio sustancial en todas las ciencias el cual ha repercutido de una manera integral en la vida humana habiéndose conseguido incluso la reproducción artificial de la especie a través de la clonación, logrando triunfos científicos y tecnológicos muy importantes, a cambio del olvido de los valores humanos, porque cuando se aprecia más la técnica que el humanismo, se convierte la ciencia en tecnocracia y el científico o sabio de la antigüedad, en un tecnócrata contrario al humanista.

El predominio exagerado y sin control de la técnica se vuelve contra el hombre, invadiendo incluso la parte más íntima de su vida privada. Sin fundamentos morales sólidos, “el cientificismo ajeno a toda preocupación ética, y

metafísica, diluye al hombre en la masa y lo convierte en un número de catálogo.”¹

“La llamada civilización de la técnica, al identificar al hombre con su función o rol social, lo ha transformado en insignificante pieza del complejo engranaje industrial, inculcándole sentimientos de desvalorización e incluso inferioridad (al confrontarlo con el deslumbrante poder de la máquina). Se va sintiendo aplastado por el anonimato y la difusión de su individualidad en las grandes concentraciones urbanas, propias del periodo industrial tecnológico. Este sentimiento, a tal punto fue y ha sido difundido y valorado por la “filosofía” tecnológica del mercado que en nuestros tiempos a-valorativos, la vida privada, la soledad, la intimidad y la reserva, son, muchas veces interpretadas como un placer vicioso, indicios de excentricidad o ya, como síntoma de marginación o mediocridad.”²

¹ Guillermo de la Rosa Pacheco, “La criminología y las computadoras”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 151-153, México, 1987, p. 189

² Abelardo Rivera Llano, “La libertad, el derecho a la intimidad y la informática” *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, año XLIII, 2ª. Época, mar-spt. 1982. núms. 101-102

El derecho a la vida privada

Aunque Aristóteles y muchos filósofos y políticos seguidores del maestro de Platón han definido al hombre como un ser eminentemente social, esto no contradice el hecho de que no quiera renunciar a la reserva de una parte esencial de sí mismo, su vida íntima y familiar.

Esa injerencia en la vida privada ha ido en aumento paralelamente a los inventos técnicos. Todo lo que en el mundo moderno existe en el campo tecnológico puede ser utilizado también para violar impunemente la intimidad. Así por ejemplo, la fotografía que nació con fines artísticos se desarrolló ampliamente en el arte del Cine, pero más adelante surge la fotografía a distancia utilizada para perseguir y acosar a personas famosas en el mundo artístico, financiero o político, para chantajearlas o extorsionarlas, con fotografías sobrepuestas utilizadas con fines ilícitos.

La radio, la televisión y toda clase de aparatos electrónicos son usados como microespías, de manera que es posible fotografiar y escuchar conversaciones a distancia y aún en lugares cerrados y totalmente privados, haciendo posible una penetración electrónica de la intimidad.

Al respecto, Victoria Camps, dice que existe un “conflicto de derechos recurrente en los medios de comunicación, el derecho a la intimidad y al honor frente al derecho a la libertad de expresión. Es una realidad que el mundo de las telecomunicaciones y la capacidad técnica para obtener cualquier imagen está acabando con un derecho

conquistado por la modernidad y su lucha por las libertades individuales: el derecho a la privacidad”³

Insiste en su interesante artículo “Responsabilidades de los medios de comunicación” que como es de todos conocido:

“actualmente el acceso a la privacidad es algo relativamente fácil, y que es muy común que muchos de los medios de comunicación se dedican exclusivamente a comerciar con la privacidad de personas públicas, que se prestan a ello a cambio de millones, una de las mas valiosas mercancías en el mundo moderno es la vida privada y el honor de las personas”⁴

La violación a la intimidad de personajes famosos es una de las industrias más productivas en nuestros días, de ella viven muchas personas sin escrúpulos como fotógrafos, periodistas, editores de revistas, etc., cuya demanda es mayor, en la medida en que sean expertos en la violación de la intimidad de las personas, como los famosos paparazzi.

Con el mismo fin se fabrican toda clase de aparatos refinados y complicados destinados a escuchar conversaciones íntimas dando lugar al desarrollo de la “electroacústica”, así, existen micrófonos del tamaño de un botón, otros tan pequeños que se pueden colocar dentro de

³ Victoria Camps, “Responsabilidad de los medios de comunicación”, en *Leviatán Revista de Hechos e ideas*, Madrid, 1995, p101

⁴ Ibidem, p. 107

El derecho a la vida privada

una azucarera, en floreros, etc. O los micrófonos de pared que permiten escuchar perfectamente bien lo que se habla en una habitación cerrada; haciendo uso de la más sofisticada técnica. Existen aparatos microemisores más pequeños que una caja de cerillos, que permiten grabar nítidamente una conversación a muchos kilómetros de distancia, así como la interceptación ya muy común hoy en día de los aparatos telefónicos, de cuyo resultado el caso más famoso fue el de Watergate, en los años setenta el cual obligó a renunciar al Presidente de los Estados Unidos Richard Nixon.

En nuestro país, han proliferado los casos de espionaje telefónico entre los que destacan los casos de la grabación de una conversación entre el Presidente electo de México Vicente Fox y una de sus colaboradoras, así como el de la conversación entre Raúl Salinas de Gortari y su hermana Adriana, lo que no solo es una violación a la intimidad que los afecte como seres humanos, sino que son situaciones que llegan a provocar inestabilidad política en un país que se encuentra en una etapa de transición hacia la democracia.

El destacado ensayista Joaquín Antonio Peñalosa con su peculiar estilo dice respecto al tema que

“El espionaje de antaño trataba de desnudar las técnicas bélicas y los entretelones políticos de toda nación, por lo menos de un bando; el espionaje de hoy va contra la persona. Antiguamente se descubrían los secretos del grupo, hoy se descubre la intimidad del individuo. Se le espía, se le siguen los pasos de cerca. Los pasos más

entrañables que son los de su conciencia. Hay en el mundo actual un delirio de microfomanía. Un deseo salvaje de instalar micrófonos en el alma del otro para saber que sucede ahí. Estamos en plena invasión de la intimidad.”⁵

Antiguamente el espionaje era desde la perspectiva actual, bastante primitivo, directamente con la intervención de un personaje llamado precisamente “espía” sin otro recurso que la comunicación verbal, en cambio hoy se puede mirar o escuchar directamente con métodos perfeccionados gracias a los infinitos recursos de la técnica.

El propio Joaquín A. Peñalosa insiste en que “el chisme ahora radica en aparatos, bocinas, grabadoras y cables eléctricos, con lo que la intimidad del hombre, invulnerable fortaleza hasta hace poco, hoy no es más que campo abierto al fácil embate de la curiosidad y la frivolidad de quien quiera.”⁶

El problema se encuentra más bien en el hecho de que hay proliferación de ficheros con todos los datos sobre las personas y en el valor comercial que pueden tener, ya que esos datos no sólo se utilizan en el país sino que se conocen en varios sin que el individuo esté enterado, lo que en el último término crea un riesgo para él, al sufrir un menoscabo de su identidad, o bien, la información al pasar de unas manos a otras, puede tener alteraciones por lo que es necesario

⁵ Joaquín Antonio Peñalosa, “Cada quien su Watergate”, *Minicharlas para amar la vida*, Ed. Paulinas, México, 1987, p. 20

⁶Ibidem p. 23

El derecho a la vida privada

proteger al individuo tanto del mal uso de la información, como de su alteración, por lo que se habla actualmente de un nuevo tipo de derecho subjetivo, el de acceso. “Consiste en el derecho de toda persona a conocer los datos que hay registrados en relación con ella en un fichero dado. El nombre de derecho de acceso debe entenderse en el sentido de un derecho a conocer los datos que hay registrados con relación a ella en un fichero dado.”⁷

Respecto al concepto de vida privada, todos los juristas están de acuerdo en que es relativo, no hay una definición ni concepto único, depende de la sociedad, las costumbres y las tradiciones, así, hay una gran diferencia entre lo que constituye la vida privada de una persona pública con el resto de la población, es necesario analizar las circunstancias específicas en cada caso para considerar si hubo violación o no a la intimidad o al honor de las personas tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia.

El concepto de vida privada abarca dos aspectos: uno relacionado con el derecho que todo el mundo tiene de estar solo en algún momento, situación de la que no disfrutaban algunas personas famosas, ya que no se les permite por el acoso a que son sometidas no pudiendo disfrutar de tranquilidad en su vida íntima y familiar por el asedio continuo al que están sometidas por la intervención de sus teléfonos, por los telefotos; los micrófonos ocultos, etc., por lo que la tecnología en este caso es usada para molestar e

⁷ Matilde Zavala González, *Derecho a la intimidad*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1982, p. 38

interferir en la vida privada de las personas y no para beneficio del hombre o con fines científicos.

El otro aspecto consiste en mantener en secreto cuestiones o hechos concernientes a sí mismo o a su familia por lo que es indebido buscar o dar información al respecto u observar a las personas para descubrir aspectos de la vida íntima que el individuo prefiere guardar en secreto. El jurista chileno Eduardo Novoa Monreal considera que:

“lo que ofende a la personalidad de la víctima en los atentados contra la vida privada es que sean conocidos por extraños detalles que ella habría preferido mantener ocultos. Siendo así, no puede tener efecto alguno para excluir o atenuar la responsabilidad del ofensor, el que éste demuestre judicialmente que lo que él logró conocer o lo que eventualmente comunicó a otros, corresponde a la verdad”.⁸

Por cuanto a su finalidad:

“el derecho a la intimidad tendrá la misión de tutelar no solo la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus expresiones o comunicaciones, la de sus vínculos afectivos más cercanos y profundos y la del lugar donde habita o

⁸ Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y la libertad de información*, Col. Nueva Criminología, Ed. Siglo XXI, 1987 p. 97.

El derecho a la vida privada

desarrolla su vida íntima; deberá proteger las proyecciones de su individualidad, su vida de relación personalísima y el espacio en que se desenvuelve su existencia privada”⁹¹⁰

El derecho a la intimidad no es equivalente a la pura y simple soledad. Por una parte el “trascenderse a si mismo” significa ligar la propia intimidad con otras personas elegidas libremente. El derecho a la intimidad es, un derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, como lo estipula el derecho civil.¹¹

El problema principal sobre la violación a este derecho, se presenta en relación con el uso de aparatos nuevos producto de la tecnología, que son usados con fines deshonestos y atentan contra la vida privada en todas sus formas.

En épocas pasadas, la violación a la intimidad se realizaba mediante la penetración material en el hogar del individuo, o mediante la violación de la correspondencia, por lo que estos dos aspectos se hayan regulados en todas las Constituciones como garantía individual o como parte de los derechos humanos o en su caso en el Código Penal; en cambio, todo lo relativo a las violaciones mediante aparatos electrónicos no está estipulado en la mayoría de las legislaciones, siendo más fácil llevar a cabo toda clase de

⁹ Matilde Zavala de Gonzalez, *Op. cit*, p 82

indiscreciones por medios electrónicos; así, ahora no es necesario abrir una carta para enterarse de las conversaciones de sus moradores, se puede fotografiar a distancia todo lo que ocurre en el interior de una casa, por lo que los problemas relacionados con la intimidad y la vida privada son situaciones nuevas a las que tienen que encontrar solución los juristas.

La tecnología, ha propiciado la violación a la vida privada en los cuatro momentos que la constituyen, de acuerdo con la doctrina: Derecho a la soledad, a la intimidad, al anonimato y al honor.

La protección del derecho a la intimidad supone, por regla, la ilicitud de las conductas que afectan la reserva de la vida privada ajena, pero en determinadas circunstancias y excepcionalmente, éstas se encontrarán autorizadas por algún ordenamiento jurídico, cuando se da el caso de que haya un conflicto entre la custodia de la privacidad y la exigencia, mas o menos amplia, y por diversos motivos, de conocimiento y transparencia de la existencia privada

Los documentos internacionales de protección de los derechos humanos declaran sobre el tema: así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 12 menciona las “injerencias arbitrarias”, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre habla de “ataques abusivos”, por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “injerencias arbitrarias o ilegales”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, se ha

El derecho a la vida privada

preocupado por la protección de la vida privada y del honor de los menores de edad sosteniendo un punto de vista en relación a la protección específica de los menores que se vean involucrados en hechos delictuosos para evitar que la publicidad indebida en el proceso penal, los difame y los perjudique estableciendo claramente en sus resoluciones y en la Jurisprudencia que: se respetará en todas las etapas del proceso, el derecho de los menores a la intimidad. En principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor infractor, en virtud de que los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación cuando generalmente se les tacha de delincuentes o criminales por los medios de difusión y por la sociedad.

Es muy importante que en la Constitución de Veracruz se haya hecho una reforma constitucional para la protección de estos derechos humanos en su artículo sexto ahora solo falta que se elaboren las leyes reglamentarias al respecto, las reformas conducentes en los códigos penal y civil sobre todo lo relacionado con la informática y el derecho a la protección de la vida privada para que el manejo de los datos personales, esté eficazmente reglamentado, pues sólo mediante una legislación adecuada, la tecnología realmente estará al servicio del hombre.

La protección del derecho a la intimidad contra las afectaciones provocadas por el desarrollo de la tecnología, requiere de estudios detallados para reglamentar el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la vida privada, el honor y la intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPS, Victoria, “Responsabilidad de los medios de comunicación”, en: *Leviatán Revista de hechos e ideas*, Madrid, 1995

DE LA ROSA PACHECO, Guillermo. “La criminología y las computadoras”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXXVII, núms. 151-153, UNAM, México, 1987.

ITURRIAGA, Renato, “Cultura y conciencia informática”, *Mundo*, febrero, 1989.

LOPEZ BUSTOS, Francisco Luis, “Informática, administración y derecho a la intimidad”, en *Introducción a la Informática Jurídica. Informática y Derecho*, Ed. Fundesco, Madrid, España, 1986.

LOZANO G., Mario, *Curso de informática jurídica*, Ed. Tecnos, Argentina, 1984.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Col. Nueva Criminología, Ed. Siglo XXI, 1987.

PEÑALOSA, Joaquín Antonio, “Cada quien su Watergate”, *Minicharlas para amar la vida*, Ed. Paulinas, S.A.

RIVERA LLANO, Abelardo, “La libertad, el derecho a la intimidad y la informática”, *Estudios de Derecho*, año XLIII,

2ª. Época, vol. XLI, núms. 101-102, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1982.

RIVERA LLANO, Abelardo, “La protección penal de la intimidad y el honor y la informática”, *Estudios de Derecho*, año XLV, 2ª. Época, vol. XLIII, núms. 105-106, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1984.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M, *Derecho a la vida privada*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

Sara Luz C. Quiroz Ruiz*

SUMARIO: Introducción. 1. Marco de Referencia. 2. Concepto de participación ciudadana. 3. La participación ciudadana en el Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental. 4. La participación ciudadana en el subsistema mexicano. 5. La participación ciudadana en el subsistema angloamericano. 6. La participación ciudadana en el subsistema canadiense. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

A casi dos décadas de haberse iniciado la apertura económica y a una de que la misma flexibilizó el sistema jurídico mexicano, surgió dentro del replanteamiento del federalismo como un componente relevante, el vínculo que la ciudadanía establece con la administración gubernamental, al cual se denomina **participación ciudadana**. Desde entonces, dicho concepto ha tenido múltiples aplicaciones, entre las que se encuentra aquella relativa a la protección al ambiente, a la cual se enfocará el presente estudio.

Pretendiéndose conocer, si en el Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental signado en 1993 por el Gobierno de

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente en la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa.

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá, se encuentra regulada la participación ciudadana; en dicha tarea se utiliza como variable dependiente, la regulación de la participación ciudadana en el derecho mexicano, el cual tiende a reconocerle el sentimiento de pertenencia que por naturaleza desarrolla, concepto que será observado en confluencia con los derechos estadounidense y canadiense, apreciación que constituye la variable independiente.

Para encontrar la respuesta al cuestionamiento de origen, se identificó el interés de los países firmantes por proteger el ambiente, sin olvidar que los derechos a considerar provienen del sistema francés y del sistema inglés, parafraseando al comparatista clásico René David.

Llegándose a determinar en este estudio que: México, Estados Unidos y Canadá regulan la participación ciudadana para proteger el ambiente, desarrollando un sentido de pertenencia en un ámbito sin fronteras nacionales, con funciones relevantes en sus modalidades: individual y/o colectiva, con el propósito compartido de contribuir al desarrollo sustentable y sostenido.

I. Marco de Referencia.

Coinciden México, Estados Unidos y Canadá en que registre su historia cuestiones ambientales, lo cual denota el añejo interés por esa problemática.

Nuestro país posee la obra escrita por Don Andrés Molina Enríquez, *Los grandes problemas nacionales*

publicada en 1902, que tuvo gran influencia en lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en 1917 ¹, Estados Unidos manifiesta su propósito por conservar y preservar sus recursos y crea el **Yellowstone**, primer parque nacional del mundo, además en 1891 fueron creadas reservas forestales en tierras del Estado²; y de Canadá mundialmente se ha dicho que es un país ambientalista.

Si ya desde inicios del Siglo XX y desde antes era un tema preocupante, ahora el problema se redimensionó hasta convertirse en una cuestión global, constituyendo así uno de los macroproblemas a los que atiende sistemáticamente el derecho, más allá de las fronteras nacionales.

Con ese enfoque fue abordado durante la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo en 1972 – **Conferencia de Estocolmo**- y treinta años después en aquella realizada en Río de Janeiro, Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo –**Cumbre de la Tierra, Conferencia de Río**- en la que se originan además de la Declaratoria de Río, las líneas de trabajo para los países participantes que conforman la **Agenda XXI**, trascendiendo ambas, porque han ilustrado la evolución en el tratamiento del problema, pues

¹ María del Carmen Carmona Lara, *Derecho Ecológico*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie A: Fuentes, b)Textos y Estudios Legislativos, Núm.81, México, 1991, p.26.

² José Luis Soberanes Fernández, et.al. *El Derecho Ambiental del Norte y el Sector eléctrico mexicano*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.NAM-Comisión Federal de Electricidad, Serie E: Varios, No. 80, México, 1997. p.59.

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

denotan una posición incluyente, llegando la primera a despertar significaciones como “...fue una especie de boom en materia de tratados, convenios, informes, planes y programas, además de un nuevo tipo de tratamiento entre organizaciones gubernamentales, que llega a generar más de trescientos instrumentos legales relativos a este problema, ...³ y mostrando a su vez la Agenda XXI, que la protección al ambiente dejó de ser secundariamente jurídica, como alguna vez fue sostenido en la literatura jurídica de la primera parte de la década de los 80's, ocupando un sitio privilegiado como mecanismo para que el Estado equilibre el desarrollo económico en un ambiente sano y hermoso para sus gobernados.

En paralelo a esa macroobservación, son reorientadas las legislaciones ambientales para constituirse en leyes marco, las cuales son ordenamientos que establecen principios, que se sobreponen a la legislación preexistente y a ellas quedan subordinados los principios de la legislación sectorial; enfoque que es aplicable al Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en cuyo preámbulo se manifiesta :

“CONVENCIDOS de la importancia de conservar, proteger y mejorar el medio ambiente en sus territorios y de que la cooperación en estos terrenos es un elemento esencial

³ Stella Arnaiz Burne, y Alfredo César Dacharty. “*Los problemas ambientales: un reto para el Derecho Internacional*”. **Tlamelahua**, Revista del Centro de Investigaciones jurídico-políticas, BUAP, Año VIII, No. 11-12, mayo, Puebla, Pue. , 1997. p.9.

para alcanzar el desarrollo sustentable, en beneficio de las generaciones presentes y futuras;

“Reafirmando la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992,”

Proclamaciones que al mismo tiempo son sustentadas en la confianza y solidaridad, componentes de la participación ciudadana; como a continuación se ilustrará.

2. Concepto de participación ciudadana.

La confianza y la solidaridad manifiestas, se traducen en uno de los principios que privilegian actualmente las relaciones internacionales, el de transparencia, aumentando el interés por mejorar la comunicación entre los actores sociales: administración pública y gobernados; posición que es el origen de la institución denominada **participación ciudadana**.

Se denomina participación ciudadana, al vínculo a través del cual se mejora la comunicación entre la administración pública y sus gobernados, a fin de que conjuntamente determinen necesidades, visualicen sus posibles soluciones, las jerarquicen y las lleven a un plan general, asumiendo el compromiso de ejecutarlas.

Se ha dicho que se caracteriza por las condiciones siguientes: el arraigo que tengan, la persona o grupos de personas que la establezcan, en el sitio donde promueven dicha comunicación, que esas personas carezcan de nexo con

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

el aparato gubernamental, para fomentarla plenamente y evitar desvío o confusión en las funciones gubernamentales.

Dicho vínculo en el ámbito de protección al ambiente, fue tratado desde la Conferencia de Estocolmo, insistiendo en que fuera una adecuada colaboración; para lo cual enviaron una recomendación a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a fin de que proporcionara educación ambiental; en respuesta fue establecido el Programa internacional de Educación Ambiental en 1975, donde estaban contemplados todos los niveles educativos y también el público, recibiendo una atención más precisa: el ciudadano común; a dicho programa siguió la Conferencia de Tbilisi Ex República Soviética de Georgia en 1977, para realizar en 1985 un foro más en París y a diez años de Tbilisi fue convocado el Congreso Internacional sobre educación y Formación en Moscú,⁴ además de otras reuniones, concretizándose todos estos trabajos en el Principio 10 de la Declaración de Río ⁵

⁴ Edgar González Gaudiano, et.al. *Hacia una estrategia nacional y plan de acción de educación ambiental*. Ed. Instituto Nacional de Ecología y UNESCO, México, 1993 pp,11-18.

⁵ *Declaración de Río*. S.s., Ed. Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, s.a. "Principio 10. El mejor modo para tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. ..."

3. La participación ciudadana en el Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental.

A través de las Siete Partes y los Anexos: 36 Procedimientos de Aplicación y Cobro en el ámbito internacional, Anexo 36B Suspensión de beneficios, Anexo 421 Extinción de las Obligaciones y del Anexo 45 Definiciones específicas, este documento plantea en el numeral que conforma la Primera Parte denominada Objetivos, las acciones que los países firmantes desarrollarán para alentar la protección y el mejoramiento del ambiente en sus territorios, señalando en el inciso H la dinámica de participación ciudadana indicando “*promover la transparencia y la participación de la sociedad en la elaboración de leyes, reglamentos y políticas ambientales;*”⁶, disposición donde son observables las notas apuntadas en el apartado anterior.

Dentro de la Tercera Parte del Documento en cita, se regula la estructuración de **La Comisión de Cooperación Ambiental**, conformada por un Consejo, un Secretariado y un Comité Público Conjunto, se señala que en el Consejo intervendrán los representantes de las partes con jerarquía de Secretaría de Estado o sus equivalentes, o por las personas a quienes éstos designen, además de facultarlo para “**solicitar la asesoría de personas o de organismos sin vinculación gubernamental, incluidos expertos independientes**”.

⁶ Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, México, 1993. p 25.

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

En el siguiente artículo 10 incluye, que corresponderá al Consejo en su calidad de rector de la Comisión para la Cooperación Ambiental, examinar y elaborar recomendaciones sobre, entre otras, promoción de la conciencia pública en relación con el ambiente.

Reservando dicho numeral para cada una de las partes, la decisión de integrar un Comité Consultivo Nacional, con igual número de miembros del trilateral, disponiendo en el artículo 17 del propio Documento, las cualidades y objetivos de sus integrantes.⁷

Sobre el Acuerdo Ecológico –como también es conocido este documento- en el informe divulgado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, opinan que es único, porque propicia la creación de un campo uniforme en lo referente a regulaciones ambientales, además de ser complementario de las que se han creado para el comercio y la inversión y por ser el producto de la participación esperada tanto de las autoridades estatales y locales, como de aquellos interesados provenientes de diversas instituciones relacionadas con dicho Acuerdo, pues “...ninguno de los otros acuerdos han planteado a tan alto nivel cuestiones de organización de normas o de sanciones comerciales que impulsen al máximo las leyes nacionales sobre Medio Ambiente.”⁸

⁷ Ibidem p.40

⁸ *Análisis del desempeño ambiental Estados Unidos. Perspectivas.* Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Francia, 1996. p.235.

Es evidente que ninguno de los tres países ha soslayado la educación ambiental, confirmándose con la firma en 1992 del Memorandum de Entendimiento en Educación Ambiental entre México, Estados Unidos y Canadá, cuyo propósito común es, la instrumentación de programas de promoción y desarrollo de la educación ambiental, para incluir en la protección al ambiente, mejorar la calidad de vida y consecuentemente, incrementar la conciencia pública y el cambio de actitudes hacia el logro del desarrollo sustentable y sostenido, en sus propios países.⁹ La cooperación que contempla, incluye el intercambio de información y la organización de actividades conjuntas, como la realizada en Ciudad de México sobre Universidad Comunicación y Ambiente, en la modalidad trilateral en 1993, de donde surgió un Comité Trilateral constituido por nueve miembros, el cual formuló un plan de trabajo vigente por tres años.¹⁰

Por otra parte, resulta relevante el tratamiento dado a la participación ciudadana, pues incluye componentes que trascienden hasta la política ambiental, ya para delinearla o en funciones de gestión, aspectos que contribuyen a la eficacia y eficiencia de la norma; de ahí la importancia de conservar como denominador común, el profesionalismo subyacente en los preceptos objeto de estudio.

Dicha regulación contenida en el Acuerdo Ecológico, hace que se le observe como ley marco operando conjuntamente con los derechos internos, ya que ahí converge

⁹ Edgar González Gaudiano, et.al. ,ob. cit. p., 29

¹⁰ Edgar González Gaudiano, et.al. ,ob. cit. p., 29

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

el respeto irrestricto a subsistemas internos de los países firmantes, interconectados por el interés de proteger al ambiente a través de una pertinente participación ciudadana, condición necesaria para cumplir con las Declaraciones mundiales de 1972 y 1992, ratificadas por el Acuerdo Paralelo del TLCAN según lo manifestado en sus propósitos.

4. La participación ciudadana en el subsistema mexicano.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer en el artículo 122 el marco regulatorio del Distrito Federal, en la Base Primera Fracción V inciso h), le faculta en términos del Estatuto de Gobierno, para legislar en materia de participación ciudadana, promulgándose en consecuencia el 9 de junio de 1995 la Ley de Participación ciudadana del Distrito Federal, publicada por Decreto en el Diario oficial de la Federación del 12 de junio del propio 1995; misma que a través de ocho fracciones enumera en el artículo 1º las siguientes instancias para establecer la participación ciudadana: Los Consejos de Ciudadanos, Audiencia Pública, Colaboración Ciudadana, Consulta Vecinal, quejas y denuncias, recorridos periódicos del Delegado y los órganos vecinales por manzana, colonia, barrio o unidad habitacional. Conceptos incluidos en la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, al regular la Política Ambiental, en la instancia de colaboración ciudadana, para realizar funciones de autorregulación ambiental individual o colectivamente, aportación insertada al reformar su artículo 38 según Decreto

publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de diciembre de 1996.

5. La participación ciudadana en el subsistema jurídico angloamericano.

Por cuanto se refiere al subsistema jurídico angloamericano, si bien pertenece al sistema de Derecho Occidental, tiene sus peculiaridades, como ha dicho el tratadista René David, originadas en sus raíces provenientes del sistema inglés, aunadas a las de sus matices propios, destacados desde su denominación. En la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, ninguna disposición expresamente se refiere a la protección al ambiente, fundamentándose el Congreso para legislar en ese ámbito, en la décima Enmienda, al disponer “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ésta a los Estados, quedarán reservados respectivamente a los Estados o al Pueblo.”¹¹

Por ello se afirma, que el derecho ambiental estadounidense es una amalgama de derecho común y principios estatutarios, cuyas raíces más profundas están fundadas en los principios del daño (nuissauce) entre otros, que han sido modificados por el derecho legislado,¹² lo cual hace que desde la segunda mitad de la década de los setentas

¹¹ Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional general y comparado*. Ed. Universidad Veracruzana, Colec. Estudios Jurídicos y políticos, Xalapa, Ver., 1987. p. 219.

¹² Raúl Brañes, *Manual de derecho ambiental mexicano*, Ed. Fondo de Cultura Económica. Fundación Ambiental, Col. Política y Derecho, México, 1994, p. 42

principio de los años ochenta, aparezca una notable toma de conciencia en materia ambiental, que aceleró la adopción de distintas leyes y la creación de diversas instituciones; lo cual ilustra una encuesta incluida en el informe de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico, que revela a una población que se siente en mayor o menor grado, “un poco ecologista”. Además por otra parte, se ha dicho que la ley marco es la Ley sobre política nacional del ambiente de 1968, donde es contemplada la participación ciudadana dentro de la Sección 101 inciso “c” al establecer: “cada persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y que cada persona tiene la responsabilidad de contribuir a la preservación y mejoramiento del ambiente.”¹³

6. La participación ciudadana en el subsistema jurídico canadiense.

Por lo que respecta a la orientación del subsistema jurídico canadiense, es preciso señalar, que la provincia de Québec pertenece a un sistema híbrido o intermedio, como es llamado por René David; ahí la protección al ambiente se basa en una acción de daño que se sustancia a través del Derecho Civil.

Otra particularidad que hace difícil establecer esta competencia, proviene de sus disposiciones fundamentales,

¹³ José Luis Soberanes Fernández, et.al., *El derecho ambiental del Norte y el Sector Eléctrico Mexicano*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Comisión Federal de Electricidad, Serie E: Varios, No. 80, México, 1997. pp.62-63

las cuales coinciden con el subsistema a que antes nos referimos, pues tampoco incluye una disposición expresa sobre la protección al ambiente en el ámbito federal, reservándola ampliamente a las provincias, competencia que se fundamenta en la sección 92 de la Ley Constitucional de 1867 y a través de la sección 92A, adicionada por la Ley Constitucional de 1982, originando que la competencia federal dependa de las materias siguientes: derecho penal, sobre litorales y pesca interna, sobre navegación y transporte marítimo, sobre leyes que mantengan la paz, el orden y el buen gobierno, por la tutela del interés nacional tan importante en materia ambiental, sobre comercio, impuestos, y en materia financiera por los recursos que pueden destinarse a nuevas tecnologías que controlen la contaminación y a nuevos métodos para la gestión ambiental.¹⁴ En consecuencia, para lograr una eficaz protección al ambiente, la Ley canadiense sobre la Protección del Ambiente, la vida Humana y la Salud de 1988, es muy amplia y concede una significativa participación ciudadana, al igual que la Ley de Evaluación Ambiental promulgada en 1995, donde se le incluye en la modalidad de organismo no gubernamental, insertando a las asociaciones de industriales en la planeación de la política ambiental.

El Círculo Nacional sobre Medio Ambiente y Economía, creado en 1988 y consolidado por una ley federal como corporación departamental independiente, se integra por veinticinco miembros que incluyen: representantes indígenas, científicos, académicos, economistas y líderes laborales, reproduciéndose a nivel provincial regional y

¹⁴ José Luis Soberanes Fernández, et. al. ob. cit. P. 104

La participación ciudadana y el acuerdo paralelo de cooperación ambiental.

municipal, es el encargado de coordinar los principios y las prácticas de desarrollo sustentable en todas las regionales y sectores de la sociedad canadiense, opera por consenso y considero, que es también representativa de una participación ciudadana con educación ambiental.

Conclusiones.

El Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, cumple la función política de complementar dicho Tratado, conjuntamente con los derechos internos de los países firmantes en materia ambiental; porque sus disposiciones son apreciadas como principios ambientales ratificantes de la Conferencia de Estocolmo y de la Cumbre de Río.

Dicho Acuerdo Ecológico sin ser ley marco en sentido estricto, funciona como tal, al ratificar las manifestaciones de Estocolmo y de Río, a la vez de considerársele, como un sistema en donde se encuentran interconectados tres subsistemas, con el propósito de proteger el ambiente; para lo cual regula la participación ciudadana con educación ambiental, insertando los términos de organismos no gubernamentales al referirse a la participación desarrollada colectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

Análisis del desempeño ambiental. Estados Unidos. Perspectivas. Ed. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Francia, 1996.

Antología de la planeación en México. T.23 La planeación social de los noventa. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994

Agenda XXI. México, Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, s.a.

BRAÑES, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano.* Ed. Fondo de Cultura Económica-Fundación Ambiental, Colec. Política y Derecho, México, 1994.

Breviario de términos y conceptos sobre ecología y protección ambiental. (México, Petróleos Mexicanos, 1991).

CABRERA ACEVEDO, Lucio. *El derecho de protección al ambiente.* Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie G: Estudios Doctrinales 59, México, 1981.

CARMONA LARA, María del Carmen. *Derecho Ecológico.* Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie A: Fuentes, b)Textos y estudios legislativos, Núm. 81, México, 1991.

DAVID, RENÉ. *Los sistemas contemporáneos de derecho.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

GONZALEZ GAUDIANO, Edgar, et.al. *Hacia una estrategia nacional y plan de acción de educación ambiental*. Ed. Instituto Nacional de Ecología y UNESCO, México, 1993

LOPEZ AYLLON, Sergio. *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie E: Varios, No. 86, México, 1997.

QUINTANA S., Víctor M. “*Participación ciudadana, nuevo federalismo y desarrollo*”. EN. *México, una agenda para fines de siglo* por Alberto Ariz Massif Conap. Ed. La Jornada, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Colec. La democracia en México, México, 1996.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, et.al. *El derecho ambiental del Norte y el Sector eléctrico mexicano*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Comisión Federal de Electricidad, Serie E: Varios, No. 80, México, 1997.

MALPICA DE LAMADRID, Luis. “*La modernización del sistema jurídico mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)*”. EN. *Un homenaje a Don César Sepúlveda. Estudios Jurídicos*. Ed. UNAM, México, 1995.

La formación filosófica del gobernante

Ana Lilia Ulloa Cuellar*

SUMARIO: Introducción. 1.El conocimiento matemático. 2. El conocimiento filosófico vs la carrera de filosofía. Bibliografía.

Introducción.

Son varios los objetivos principales que Platón intenta llevar a cabo en su diálogo de la *República*. Dos de ellos son, sin duda, descubrir la naturaleza de la Justicia, así como la naturaleza Humana. Al término del Libro Primero de este diálogo, Platón comenta que puesto que ha resultado difícil avanzar respecto a la naturaleza de la Justicia, considera que ésta se descubrirá a través del análisis y la construcción de lo que sería un Estado perfecto, al cual llamó Ciudad-Estado.¹ El estudio de esta Ciudad-Estado nos revelará finalmente, así lo considera Platón, la naturaleza de la Justicia. Por su parte, la naturaleza Humana, para Platón, es esencialmente social. De manera que descubrir y entender la ontología humana muy bien puede también lograrse mediante el análisis de la Ciudad-Estado.

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ Cfr. Platón, *La República*, Libro I. *Diálogos*, Porrúa, México, 1998.

Son varias las propiedades y funciones principales que esta Ciudad-Estado contiene, algunas de éstas son:

1. La Ciudad-Estado surge por necesidades económico-sociales de los hombres, pero su principal finalidad es **la educación** de los individuos que conforman la Ciudad.
2. La organización de la Ciudad-Estado requiere de una organización y especialización del trabajo.
3. En íntima relación con la educación de los individuos que conforman la Ciudad-Estado, se encuentra la formación de hombres virtuosos.
4. Esta Ciudad-Estado requiere también de la formación y especialización de un grupo de guerreros, dedicados a la defensa de la propia Ciudad.
5. De las finalidades fundamentales de la Ciudad-Estado en mutua implicación son: la formación de hombres virtuosos y el establecimiento de la Justicia.²

Con respecto a esto último, Platón afirma que el gobernante debe ser un filósofo, ya que éste sería siempre el mejor gobernante.

El propósito de este pequeño ensayo es examinar esta última afirmación, indagando cuáles son las razones que llevan a Platón a sostenerla, analizar hasta qué punto tiene razón y finalmente exponer nuestra postura al respecto.

² Cfr. Platón, *La República*, Op. Cit.

1. El conocimiento matemático.

Como sabido es, en la entrada de la academia de Platón existía el siguiente letrero:

“Que nadie entre aquí sin saber matemáticas”

Pero, ¿cuál es el significado de este enunciado? ¿En qué consiste realmente este requisito?

Una primera interpretación, un tanto lingüística, es entender dicha frase como significando que las matemáticas son la parte más fuerte del conocimiento y que lo fundamental en la educación es adquirir el conocimiento matemático. Sin embargo, cuando examinamos el diálogo del *Teeteto*, así como el diálogo de la *República*, donde tenemos desarrollada la mayor parte de la epistemología platónica, nos damos cuenta que el auténtico significado de ese enunciado y, por lo tanto, el requisito real para entrar a la academia, no es precisamente la formación matemática *per se*, sino el hecho de que se necesita un enfoque racional para poder entender lo fundamental en educación. Y lo fundamental en educación para Platón, al igual que para Sócrates, es la formación de un hombre virtuoso.

El auténtico conocimiento, de acuerdo con Platón es a su vez una virtud. En concordancia con esto, resulta contradictorio todo aquel enunciado que afirma que “*x es un hombre educado y x es un hombre malo*”

Pero vayamos por partes, y veamos cuáles son los requisitos para poder decir que se tiene conocimiento y a su vez cuáles son los requisitos para una auténtica educación.

Platón establece la importante distinción entre la simple opinión que se llama *Doxa* y el auténtico conocimiento que se llama *Episteme*.

La *Doxa* nos remite sólo a las cosas particulares, concretas y mutables de este mundo, pero cuando logramos pasar de estas cosas particulares, sensibles y relativas hacia las auténticas cosas reales, que no están en este mundo, sino en un mundo trascendental obtenemos la *Episteme*. Cuando estamos en el nivel de la *Episteme*, la simple opinión ha desaparecido y tenemos auténtico conocimiento. Además, todos los particulares de este mundo **son** en cuanto participan de las auténticas Formas: reales, inmutables y eternas, las cuales reciben el nombre de Ideas o Universales.³

Así por ejemplo; la Justicia es un Universal del cual participan todos los actos justos y podemos, por ejemplo, aplicar la honestidad o la blancura a **x**, **y** y **z**, debido a que **x**, **y** y **z** participan de los Universales Honestidad y Blancura, respectivamente.⁴

³ *Ibid.*

⁴ Para una introducción general a la Teoría de los Universales de Platón, véase: Ulloa, *El problema de los Universales en la época realista de Bertrand Russell*, capítulo I, Editorial U.V., México, 1992.

A manera de esquema, podemos decir que de acuerdo con Platón para hablar de *Episteme*, es decir, de un auténtico conocimiento, se requieren los siguientes cuatro requisitos:

1. Tener una creencia.
2. Que dicha creencia sea verdadera.
3. Tener razones necesarias y suficientes para sostener dicha creencia.
4. Y aplicar esa creencia verdadera y sostenida hacia el bien común.

Con respecto al tercer punto, cabe destacar que el tener razones necesarias y suficientes implica, entre otras cosas, el saber argumentar, es decir, el poder elaborar argumentos que sostengan nuestros enunciados que contienen nuestras creencias verdaderas.

Pero este saber argumentar, de acuerdo con Platón, remite a una argumentación racional. De ahí la importancia de las matemáticas.

Así, aunque las matemáticas por sí mismas son fundamentales, la principal importancia de ellas radica en que nos permite llevar acabo el paso tres y esto independientemente del contenido de nuestras creencias. En otras palabras, aunque el contenido de nuestras creencias no sea matemático, sino más bien un contenido social-cultural, no obstante, éste debe ser sistematizado, coordinado y articulado pero todo esto se da a través de una habilidad analítica, lógica-deductiva. Habilidad que proporciona el conocimiento matemático. Usando la terminología del texto

Seis sombreros para pensar de Edward de Bono⁵, el cuál asigna el color azul para el pensamiento analítico, lógico-matemático, podemos parafrasear el letrero de la academia de Platón de la siguiente manera:

“Quien no cuente con el sombrero azul no puede entrar a esta academia”

Así, a través del conocimiento matemático podemos elaborar razonamientos en los que tejemos y tendemos nuestras razones necesarias y suficientes para sostener nuestras creencias verdaderas. Las matemáticas nos permiten entonces pasar de la simple opinión: *Doxa*; al auténtico conocimiento; *Episteme*.

Por otra parte, es importante destacar que al hablar de *Episteme* hemos recurrido a un tipo de creencias: a las creencias verdaderas y la Verdad además de ser un Universal es una virtud de alto rango. Esta virtud, así como la o las que contempla el paso cuatro, que enuncia que el auténtico conocimiento se dirige sólo hacia el bien, es lo que llevan a Platón a sostener que la educación va a conformar siempre a un hombre virtuoso.

Resumiendo, tenemos entonces que el objetivo principal de la academia de Platón no es la formación de matemáticos y en última instancia tampoco de filósofos sino más bien de hombres virtuosos, pero esto se logra, de acuerdo con el anterior análisis, en la medida en que se está

⁵ Cfr. Edward de Bono, *Seis Sombreros para pensar*, pp. 184-210, Granica, Madrid, 1988.

capacitado en el análisis lógico-matemático, como en el conocimiento axiológico. Pero estos conocimientos, así como la ejercitación en ellos, son del dominio de la filosofía. Es por ello que Platón llega a la conclusión de que el mejor gobernante es el filósofo.

Por nuestra parte, creemos también que el mejor gobernante es el filósofo. Sin embargo, es necesario aclarar que esta tesis no afirma en manera alguna que el mejor gobernante es aquel que cuenta con un título de licenciatura, maestría o doctorado en filosofía.

2. El conocimiento filosófico vs la carrera de filosofía.

Tratándose de títulos universitarios sostenemos *prima facie* que todo gobernante debería ser un abogado, ya que es sumamente necesario e indispensable que el gobernante sea especialista en las leyes, en el sistema jurídico, conocedor del trabajo especializado de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. No obstante la obtención de este conocimiento no requiere necesariamente cursar la carrera de Derecho, la experiencia y la valiosa cotidianidad nos ha enseñando que el mejor agricultor no es precisamente el egresado de la carrera de agronomía.

Y lo mismo aplica para el conocimiento filosófico. Creemos firmemente que todo buen gobernante debe saber construir y elegir los mejores argumentos para sostener sus creencias verdaderas, sobre todo sus creencias socio-políticas y de allí la necesidad de que deba manejar el

La formación filosófica del gobernante.

análisis filosófico, análisis que remite, a su vez, a los análisis epistémicos, lógicos y éticos, pero el desarrollo de las habilidades del análisis filosófico que engloba a aquellos, no requiere necesariamente cursar la carrera de Filosofía así como conocer nuestro sistema jurídico y trabajar la ciencia jurídica no requiere necesariamente cursar la carrera de Derecho.

Hecha esta importante distinción entre el ser abogado o licenciado en filosofía y por otra parte el ser realmente conocedor de nuestro sistema jurídico, científico del derecho y contar con las habilidades del análisis filosófico, y establecida la importante aclaración respecto a que el significado del enunciado “El mejor gobernante es el filósofo” **no** es “El mejor gobernante es el que estudió la carrera de Filosofía” sostenemos la tesis de Platón respecto la formación filosófica que deberían tener todos y cada uno de nuestros gobernantes.

El mejor gobernante puede bien ser un ingeniero, un arquitecto, un biólogo un científico, etc., e igual un campesino, un comerciante o un agrónomo. Cualquier persona con cualquier profesión, o aun sin ella puede ocupar el mayor cargo político del país. Siempre y cuando, como diría Platón, sea un hombre virtuoso; conocedor de nuestro sistema jurídico y, por supuesto, esté capacitado en la argumentación crítica y creativa.

BIBLIOGRAFÍA

DE BONO, “Edward, *Seis sombreros para pensar*”, Editorial Granica, España, 1988.

GOSLING, J.C.B., “*Platón*, Estudios Clásicos”, UNAM, México, 1993,

MAGEE, Bryan, “*Los grandes filósofo*”, Cátedra, España, 1995,

PLATÓN, *Teeteto*, “*Diálogo*”, México, Editorial Porrúa, México, 1988,

_____ *La República*, *Diálogos*, Editorial Porrúa, México, 1988.

ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia, “*El problema de los Universales en la época realista de Bertrand Russell*”, U.V. México, 1992.

Conferencia

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana.*

Ignacio Altamirano Marín. **

Hace muchos años leí un libro de Benedetto Croce que habla de la historia “Como *una hazaña de la libertad*”. Hoy, al comparecer ante ustedes con el interesante tema de este curso de diplomado, parafraseando al autor italiano, disertaré, en estas exhaustivas jornadas jurídicas, sobre algo tan apasionante como es el juicio de amparo y su evolución, como un medio de control de la constitucionalidad, a través de la legislación mexicana en la perspectiva del tiempo y de la historia.

Vista sí la temática que nos ocupa, es indudable que ha sido, largo, azaroso y difícil, pero interesante, el camino que ha tenido que recorrer el juicio de garantías en un periplo jurídico que institucionalmente, casi formalmente, rebasa los ciento cincuenta años de existencia.

Si al decir de Croce la historia es una hazaña de la libertad, podemos afirmar, creo sin irreverencia, que el juicio de amparo es una hazaña por la libertad del hombre, por el

* Conferencia dictada en el Curso de Diplomado de Amparo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

respeto de su dignidad por la autoridad, por la preservación de su esencia fundamental: respetar y ser respetado en sus derechos y prerrogativas.

Dejando a un lado los escauceos literarios, que de todos modos nos conducen, a veces a contemplar con deleite y reconocimiento la obra de quienes nos precedieron, es indudable que en este renglón jurídico nuestro país aportó al mundo el mexicanísimo juicio de amparo, con características y sellos propios, con naturaleza sui géneris, con identidad singular, que ha constituido un instrumento regulador, controlador, de los actos ilegales, abusivos de autoridad, frente a los irrenunciables, casi sagrados, derechos de los gobernados.

Es indudable, también por otra parte, que la legitimidad del propio juicio, su procedencia jurídica, su sentido restaurador de las garantías innumerables veces conculcadas, encuentra eco en la legislación mexicana en el decurso del tiempo, con aportaciones de juristas mexicanos de primer nivel como Manuel Crescencio Rejón, el ilustre yucateco y Mariano Otero, el jalisciense.

Injusto sería no mencionar a quienes, de manera preponderante, contribuyeron, con su talento y sapiencia jurídica, con sentido doctrinal o pragmático, a ir perfeccionando esta nobilísima institución en el curso de los años. Así habríamos de citar a aquellos que Ignacio Burgoa denomina “perfeccionadores legislativos y judiciales” como fueron los insignes juristas del siglo pasado Manuel Dublan, Fernando Vega, Ignacio L. Vallarta y José María Lozano, entre los más connotados.

A este selecto grupo deben agregarse Silvestre Moreno Cora, Isidro Rojas, Francisco Pascual García y Emilio Rabasa en las dos primeras décadas de este siglo, entre otros brillantes abogados.

A partir de la cuarta década se empiezan a elaborar proyectos de reforma tendientes a desahogar –dice Burgoa- a la Suprema Corte de Justicia de la Nación “del cúmulo colosal de negocios de amparo pendientes de fallarse así como a evitar en lo futuro su constante aumento, mediante una redistribución de competencias entre los órganos del Poder Judicial de la Federación”. Tales proyectos, continúa Ignacio Burgoa en su obra monumental “El Juicio de Amparo”, fueron los realizados por Hilario Medina el diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, el de Mariano Azuela el veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho y el que presentó el más alto Tribunal con fecha posterior habiéndose aprobado y “elevado a la categoría de “REFORMAS AL ARTICULO 107 CONSTITUCIONAL” el quince de noviembre de 1965. algunos con posiciones coincidentes y otras con postura divergentes pero en esa época surgen interesantes proyectos de legisladores con el Senador oaxaqueño Rodolfo Brena Torrea y los juristas Héctor Fix Zamudio, Carlos Arellano García y el propio Ignacio Burgoa.

También se debe hacer mención de los trabajos que en materia de Amparo llevaron a cabo los juristas Octavio A. Hernández, Humberto Briceño Sierra, J. Ramón Palacios Vargas, Juventino V. Castro, y Alfonso Noriega entre muchos otros estudiosos del juicio de Amparo.

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

Posteriormente ha habido otras reformas constitucionales y a las leyes reglamentarias a la que luego me referiré.

Sentado lo anterior, expuesto un panorama general de sus autores y creadores, así como de sus comentaristas y de sus valiosos aportadores, ahora lo que procede es realizar un largo paseo por la historia para dilucidar fehacientemente en qué medida, en qué forma, se fue construyendo ese instrumento de control de la constitucionalidad, como ahora lo conocemos, que es juicio de amparo.

Por supuesto que para todos los efectos prácticos de este curso de diplomado en materia de amparo tendremos que referirnos, a veces sucintamente y a veces con detalle, a las distintas etapas que han marcado la evolución de nuestro juicio de garantías. Así encontramos distintas etapas como la etapa prehispánica, la etapa colonial, la etapa del México Independiente, en la que encontramos una rica veta de avances y prolegómenos de lo que sería después nuestra institución de control constitucional. Posteriormente, habremos de referirnos a la Constitución de Apatzingán de 1814, la Federal de 1824, la Constitución Centralista de 1836, la Constitución Yucateca de 1840, las Bases Orgánicas de 1843, el Acta de Reformas de 1847, La constitución Federal de 1857 hasta llegar a la Carta Magna que actualmente nos rige.

El examen y análisis de la evolución del juicio de amparo será general y expuesto sólo desde el punto de vista de su tránsito a través de la historia. De ningún modo pretendemos tocar temas que correspondan a otras etapas de

este curso, sin que ello indique, por otra parte, que no estemos dispuestos a comentar algunas cuestiones de singular trascendencia de la institución que nos ocupa.

Hecha la salvedad anterior, a continuación empezaremos por analizar la etapa prehispánica.

Al iniciar el capítulo segundo de su obra en comento Ignacio Burgoa Orihuela al respecto dice: “que no es dable descubrir en la época precolombina y en los pueblos que habitaron en el territorio que comprende actualmente la República Mexicana, ninguna institución consuetudinaria o de derecho escrito, que acuse una antecendencia de las garantías individuales que se consagraron con diversas modalidades, en casi todas las constituciones que nos rigieron a partir de la consumación de la independencia”. Agrega que los regímenes sociales en que estaban estructurados los principales pueblos prehispánicos se vaciaron en formas primitivas y rudimentarias y conforme a las cuales la autoridad suprema, con facultades omnímodas, era el rey o el emperador.

Como se observa de tales aseveraciones de tan distinguido amparista, no hubo en las épocas citadas ninguna institución que protegiese al individuo contra el abuso de la autoridad ya que era evidente en esa época su sujeción respecto del soberano. Si tales eran las condiciones que privaban en el régimen azteca, Burgoa nuevamente sostiene que por mayoría de razón debemos concluir que en el suelo de México, antes de la colonización española, nunca podremos hallar un precedente de nuestro juicio de amparo ni siquiera con una semejanza muy relativa, pues como afirma

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

Mendieta y Núñez, como cuerpo de leyes nuestro derecho patrio empieza con la primera Cédula Real para “El gobierno de las Indias”, es decir con advenimiento del derecho colonial.

Asienta Burgoa que el derecho colonial se integró con el derecho español propiamente dicho, en sus formas legal y consuetudinaria, y por las costumbres indígenas propiamente. Dentro de este contexto jurídico vale consignar la importante simbiosis de normas tutelares del derecho español con aquellas disposiciones autóctonas que dieron nacimiento a las famosas Leyes de Indias en 1861.

Ignacio Burgoa califica a estas leyes como “verdadera síntesis del derecho hispánico y las costumbres jurídicas aborígenes”. Además de ellas también tenían aplicación en la Nueva España las Leyes de Castilla, sólo que en forma supletoria. En el orden político existía un poder centralizado, concentrado. En efecto, el monarca español, en este caso representado por los virreyes o capitanes o generales, ejercían el poder de modo absoluto. El monarca español, asienta Burgoa, “concentraba en su persona a las tres funciones en que se desarrolla la actividad integral del Estado, pues, además, de ser el Supremo Administrador, era el legislador y juez”.

El derecho español positivo y sobre todo el colonial tenían el propósito de ser compatibles y obedecer en su normatividad jurídica a la realidad social. Bajo esos auspicios, continúa Burgoa, ”y con el fin primordial de garantizar el realismo jurídico se creó el llamado Consejo de Indias, organismo que aparte de las funciones que se les

adscribieron en lo tocante a todos los asuntos de las colonias españolas de América, actuaba como consultor del rey en las cuestiones que éstas interesarán”.

Sin embargo, y para los efectos de este trabajo, debemos coincidir con el Licenciado Burgoa, en que un régimen jurídico-político como el español y por la extensión como el de la Nueva España, en el que la autoridad suprema del rey descansaba sobre el principio del origen divino de la investidura soberana de los monarcas, sería inútil descubrir, en el sistema de derecho que lo estructuraba, alguna institución que proclamase las prerrogativas inherentes al gobernado como contenido de una potestad jurídica.

Pese a ello, pese a las críticas al derecho español, según asegura Burgoa al analizarlo “en su aspecto legar y consuetudinario”, encontramos que existía una verdadera garantía jurídica en la jerarquía normativa.

Esta garantía jurídica se sustentaba en la supremacía del derecho natural “cuyos mandatos debían prevalecer sobre las costumbres y las leyes”.

A este respecto Toribio Esquivel y Obregón, eximio historiador del siglo pasado, sostiene que “el derecho natural era, pues, como las modernas constituciones y las leyes no deberían cumplirse cuando eran contrarias o se oponían a las costumbres”.

Así pues, existía una oposición con el derecho natural, las leyes no deberían ser cumplidas sino sólo obedecidas. ¿Qué sucedía cuando una ley, una ordenanza, pretendía ser

aplicada en contravención a las disposiciones del derecho natural? Que el afectado, el agraviado, podría acudir al rey solicitando su protección contra actos de su directa autoridad o de alguna de las autoridades inferiores o como dice el historiador Esquivel Obregón, en su libro de apuntes para la historia del derecho en México, “se apelaba ante el rey mismo o se pedía amparo al rey a quien se ilustraba sobre los hechos contra el rey que había mandado algo por obrepción (mala información) o por subrepción (ocultación de los hechos inspiradores del mandato real)”.

De esta situación, del obedecimiento sin cumplimiento, del simple escuchar una orden pero sin acatarla, Ignacio Burgoa sostiene que es “pertinente afirmar que en el RECURSO DE OBEDEZCASE PERO NO SE CUMPLA hallamos un precedente histórico español de nuestro juicio de amparo, aunque técnicamente consideradas ambas instituciones ofrezcan profundas diferencias por su diversa estructura jurídica, que nos hace inclinarse a creer que es específicamente el mencionado recurso hispánico, en su funcionamiento, es el origen de la reconsideración administrativa, aunque genéricamente en su aspecto teleológico puede serlo del amparo”. También Esquivel y Obregón expresa, como otro posible antecedente del juicio de amparo en el derecho español, que existió es el llamado recurso de fuerza. Este medio de impugnación podía interponerse por protesta ante el tribunal eclesiástico (cuando conocía de un caso de naturaleza temporal) o ante la audiencia “en cuyo caso esta libraba la provisión ordinaria para que el juez otorgara la apelación y repusiera y absolviera llanamente”.

Otro autor mexicano, el investigador Andrés Lira, nos menciona que un amparo colonial que era “el sistema por el cual la autoridad máxima de entonces, el virrey, otorgaba protección a una persona frente a autoridades inferiores...” al margen de esta lectura inicial, explicaremos en su oportunidad cuáles eran los elementos integradores, sustanciales, de lo que él denomina el amparo colonial que, por otra parte, constituye una valiosa aportación de investigación para encontrar los orígenes de nuestro actual juicio de amparo.

A continuación expresaremos, siguiendo el estudio de Ignacio Burgoa, la evolución del incipiente juicio de garantías en el México posindependiente. En esta etapa encontramos que “el derecho del México independiente, al menos en materia político-constitucional, rompe con la tradición jurídica española, influenciado por las doctrinas derivadas de la revolución francesa e inspirado por el sistema norteamericano”.

En esta etapa, de profundos zigzagueos políticos, enmarcada constantemente entre el centralismo y el federalismo, lo que llevó ocho lustros de la vida política nacional, encontramos que como dice Burgoa atinadamente “el México independiente no se conformó con la condición jurídica que guardaban los derechos del hombre en el régimen colonial sino que quiso, siguiendo el modelo francés, plasmarlos en un cuerpo legal al que se consideró la Ley Suprema del país, inspirándose posteriormente, no copiándose como muchos pretenden, en el sistema inglés, y en el norteamericano con el fin de dotarlos de un medio de preservación que definitivamente fue el juicio de amparo,

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

gloria y prezo de nuestro régimen constitucional y que en muchísimos aspectos, sino es que en todos, superó a sus modelos extranjeros, a nuestro parecer, no obstante que hay autores como Rabasa, que opinan lo contrario”,

El primer documento político constitucional en el México independiente es el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de octubre de 1814. El documento mencionado no estuvo en vigor pero indudablemente que revela el pensamiento político de los insurgentes, encabezados por José María Morelos y Pavón.

En el artículo 24 de la Constitución de Apatzingán se formula una declaración general acerca de la relación entre los derechos del hombre y el gobierno. Burgoa precisa que de “la forma de concepción de dicho artículo podemos inferir que la Constitución de Apatzingán reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables por el poder público que siempre debía respetarlos en toda su integridad”. Esta tesis, contenida en el artículo 24, es profundamente individualista y no nos ofrece ningún indicio de un instrumento protector de la persona contra actos provenientes de alguna autoridad. Al respecto Burgoa comenta que la Constitución citada no brinda al individuo ningún medio jurídico de hacer respetar sus derechos “evitando sus posibles violaciones o reparando las mismas en caso de que hubieran ocurrido. En tal virtud no podemos encontrar en este cuerpo de leyes un antecedente histórico de nuestro juicio de amparo”.

La Constitución Federal de 1824 organizó políticamente a la nación mexicana y estableció las bases

esenciales para que funcionaran los órganos gubernamentales, pero colocó en un plano secundario los derechos del hombre, “comúnmente llamadas garantías individuales”. Sólo en algunos artículos “podemos encontrar algunos derechos del individuo frente al Estado que generalmente se refieren a la materia penal, aunque el artículo 152 encierra una garantía de legalidad. Fuera de esta escasa enunciación de derechos del gobernado frente al Estado la Constitución de 1824 no establece, como la de Apatzingán, la consagración exhaustiva de los derechos del hombre por lo que bajo este aspecto es inferior a ésta”.

Las siete leyes constitucionales de 1836 mutan el régimen federalista por el centralista y mantienen la separación de poderes. La característica de este cuerpo normativo es la creación de un superpoder llamado “el Supremo Poder Conservador”, cuya primordial función consistía en conservar el régimen constitucional y cuyo control era meramente político y sus relaciones eran “erga omnes”, esto es, con una validez absoluta y universal. Por esta época y dado el poderío centralista nace el llamado “reclamo”, que era un recurso que el agraviado podía interponer en un caso de expropiación por causa de utilidad pública.

El primer paso definitivo en materia de amparo nos lo proporciona el proyecto de la Constitución Yucateca de Diciembre de 1840. su autor principal, aunque no el único, es el insigne jurisconsulto Don Manuel Crescencio Rejón. El juzgó conveniente incluir en la Carta Magna de su Entidad Federativa diversos preceptos que incluyeran distintas garantías individuales consignando por primera vez la libertad

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

religiosa y las prerrogativas del aprehendido. “Más lo que verdaderamente constituyó un progreso en el Derecho Público Mexicano –asienta Burgoa- fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como él mismo lo llamó, ejercido o desempeñado por el Poder Judicial, con la ventaja de que dicho control se hacia extensivo a todo acto (lato sensu) anticonstitucional”. Los lineamientos generales del juicio de amparo, asevera el jurista Burgoa, en las Constituciones Federales de 1857 y 1917” se encuentran en la obra de Rejón. En los artículos 53, 63 y 63 del proyecto jurista peninsular se advierten los siguientes principios generales: A) controlar la constitucionalidad de los actos de la Legislatura (leyes o decretos) así como del gobernador (providencias); B) controlar los actos del Ejecutivo; C) proteger las garantías individuales o los derechos constitucionales de los gobernados contra actos de cualquier autoridad, incluyendo a los judiciales. Dos de los principios básicos en que descansa la procedencia del juicio de amparo en las constituciones arriba señaladas son el concerniente a la instancia de parte agraviada así como el de la relatividad de las sentencias de amparo, mismo que, como asegura Burgoa, “se encuentran formulados nítidamente en la exposición de motivos correspondiente”.

En el año de 1842 se designa una comisión de siete miembros, entre los que se encontraban Don Mariano Otero, quien, en unión de Espinoza de los Monteros y de Muñoz Ledo, disintieron de la mayoría y formularon el proyecto de la minoría de 1842, que era de corte eminentemente individualista y liberal, porque declaraba “que los derechos del individuo deberían ser el objeto principal de protección de

las instituciones constitucionales”, consagrando una especie de medio de control del régimen establecido por la Constitución, jurisdiccional y político, combinación de caracteres que daba un sistema híbrido, con las consiguientes desventajas, que distaba mucho de emular al implantado por Rejón en Yucatán.

Sin embargo –enfatisa Ignacio Burgoa- el gran mérito de Otero consistió “en que fue el autor de la fórmula jurídica que encierra los efectos de la sentencia recaída en un juicio de amparo y que implica al mismo tiempo la característica de un régimen de control constitucional”; fórmula que se contiene en las dos últimas constituciones del país y que se consigna en la fracción II del artículo 107 constitucional.

En las bases orgánicas de 1843 y por la vía de la transacción se establece un nuevo proyecto constitucional, de vida efímera, en el que quizá su único mérito es suprimir el Supremo Poder conservador aunque, por otra parte, y como apunta Ignacio Burgoa, “dicho documento constitucional adoptó abiertamente el sistema central, sin implantar ningún sistema de preservación constitucional por órgano político”.

El 18 de mayo de 1847 se promulgó el Acta de Reformas que vino a restablecer la vigencia de la Constitución Federal de 1824. La importancia de este documento radica en que se desconoce el régimen centralista y se vuelve al sistema federalista. En el artículo 5 del Acta de Reformas citada, se adelanta la idea de crear un medio de control constitucional mediante un sistema jurídico que hiciera viables las garantías individuales del gobernado. La multicitada Acta de Reformas también se nutre del

El control de la constitucionalidad en la legislación mexicana

pensamiento de Don Mariano Otero, quien en su voto particular de cinco de abril de ese año expone las razones que, a su juicio, fundan el sistema mixto de protección constitucional y fortalecen el sistema del Federalismo que se perdió una década atrás, por virtud del gobierno centralista.

Producto del Plan de Ayutla es la Constitución Federal de 1857. En ella se establecen ideas de corte individualista y liberal y “contrariamente a lo que acontecía con otros ordenamientos jurídicos mexicanos, según el decir de Burgoa, que consagraban los derechos del hombre en forma meramente declarativa, sin brindar un medio para su protección, la Constitución de 1857 instituye el juicio de amparo, reglamentado por las distintas leyes orgánicas que, bajo su vigencia, se fueron expidiendo...”

En una síntesis formidable, derivada del talento indiscutible de Burgoa, se establece que “la Constitución vigente se aparta ya de la doctrina individualista pues, a diferencia de la de 57 no consideraba los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales sino que las reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los habitantes de su territorio”.

De esta definición claramente se advierte que la supresión del individualismo para dar paso a lo que el mismo Burgoa precisa, en cuanto a que nuestra actual Ley Fundamental “se inclina más bien hacia la Teoría Rousseauiana, que asevera que las garantías de que pueden gozar los individuos frente al poder público son otorgadas a éstos por la propia sociedad, única titular de la soberanía...

sobre la cual ningún poder existe, a la cual todos deben sumisión”.

Finalmente debemos expresar que en toda esta evolución de ideas y documentos jurídico-político-sociales encontramos siempre el anhelo de los mexicanos por darse una legislación adecuada para cada momento histórico que Ha transitado, creando sus instituciones, perfeccionándolas con afán positivo, estableciendo en forma permanente una lucha singular por defender sus derechos en un marco de legitimidad y tolerancia.

En cuanto a las Leyes Reglamentarias del juicio de amparo debemos manifestar que ellas serán motivo de un detenido análisis en este curso de Diplomado de Amparo.

Quisiera terminar mi exposición con el epígrafe que aparece en la obra del jurista J. Ramón Palacios, denominada Instituciones de Amparo, instándoles a ustedes significados estudiosos del Derecho, a seguir abrevando en su conocimiento “pues, como dice Emilio Rabasa, no es razón suficiente para no sembrar árboles el hecho de que jamás hemos de descansar a su sombra”.

Reseñas

FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. E. Porrúa, México, 1999. isbn970-07-1792-5. 1067 pp.

Arnaldo Platas Martínez.*

Siempre el hecho de darle la bienvenida a un libro constituye uno de los hitos más importantes en la vida académica de las entidades universitarias; pero si a ello se le agrega que los autores han estado vinculados estrechamente con nuestra casa de estudios, el hecho asume una relevancia superlativa. El caso del Dr. Fix Zamudio es su permanente comunión con nuestra institución desde que era director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, aunado a su impulso en las relaciones entre ambas instituciones, de tal forma que de manera continua hemos participado de la evolución de ambas. En el caso del Doctor Salvador Valencia Carmona su continua relación con nuestra Alma Mater, ya que es uno de los hijos de mayor relevancia en el aspecto jurídico. Desde su formación en los años estudiantiles hasta como Rector, su preocupación ha sido desarrollar una cultura jurídica, en todos sus niveles, digna en los ámbitos de la actualidad del mundo. Adicionado a lo anterior, si la obra representa tal importancia

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

en el mundo de la ciencia del derecho que constituye un parteaguas en la disciplina es menester congratularnos todavía más. Y el “Derecho Constitucional Mexicano y Comparado” es uno de los libros que cambian el derrotero de los estudios constitucionales en el país, y con seguridad en los países de tradición hispanoparlante.

Los anteriores calificativos no se encuentran añadidos sin razón o justificación, sino que al contrario, es aquel caso donde el calificativo enuncia una verdad completa, y se concreta a definir ciertos aspectos de lo que representa la obra de los doctores Fix y Valencia.

Una de las primeras preguntas que uno se hace al leer la obra monumental que ahora presentamos es por qué no se escriben obras de la magnitud de la presente, y que obedecen a la tradición enciclopédica y formativa de la cultura occidental. ¿Por qué no tenemos obras que sigan la tradición de Carré de Malberg, con su “Teoría General del Estado”, Hauriou con su “Derecho Constitucional”, o Andrés Serra Rojas, con “Ciencia Política”, o el propio Alfonso Noriega con su “Derecho de Amparo”, que desarrollaron toda una tradición en torno a la articulación de una obra integral y de saber totalizante sobre la materia de estudio?

La respuesta tiene dos grandes vertientes. Por una parte la enorme especialización que ha sufrido el derecho en las últimas tres décadas. Los saberes jurídicos se han ido comportando con relación al desarrollo de las ciencias en general, de tal manera que la especialización es el mecanismo de respuesta a la problemática de la ciencia jurídica. Pero este fenómeno ha traído consigo una enorme dinámica en las

formas del tratamiento del derecho que obedece a una gran volatilidad del conocimiento científico, el cual no puede reflejarse en magños tratados, sino fundamentalmente en una rica variedad de artículos que se publican en revistas, ya que el libro por su necesidad de maduración requiere de mayores tiempos. De tal forma que el artículo permite ver ese conocimiento en la misma velocidad con que fue creado. Y los libros, o bien incorporan varios artículos, o simplemente se trata de compilación, con lo que en ocasiones se desnaturaliza la prístina función del libro. Se podría decir entonces que el saber jurídico se ha movilizado en función de las dinámicas propias del conocimiento del derecho.

Adicionalmente, a lo anterior hay una respuesta de carácter práctico, la necesidad de libros de contenido articulador y de grandes dimensiones requieren de colosales esfuerzos en torno a la construcción del mismo, y por tanto, exigen una disciplina en su manufactura, que debido a la atomización de la vida académica resulta imposible.

Con todo ello, el libro que ahora presentamos se encuentra inserto en dos grandes ideas, recuperar la tradición mexicana del quehacer del libro articulador y enciclopédico, y a la vez, colocarse en la vanguardia de los saberes del derecho, particularmente del saber del derecho público. El libro que ahora presentamos, a lo largo de sus 1061 páginas, muestra un formato que recoge la tradición en el sentido antes expuesto: analizar de manera total los problemas que hoy presenta el derecho constitucional. La unidad del libro permite leerlo en el sentido de que su contenido agota todas las cuestiones que los estudiosos de la materia asumen. Y cuando me refiero al agotamiento de la materia lo hago en el

sentido de tocarlas todas, dejando al lector el grato sabor de que los problemas están allí para continuar su polémica, y que, además, hay una rica bibliografía para entrar a la discusión. Por tanto, la afirmación del agotamiento, se encuentra en la idea de que se hace necesario volver a los clásicos en la manera de hacer, con la finalidad de darle plenitud y coherencia al conocimiento jurídico.

Aunado a lo anterior se encuentra la dinámica del contexto mundializador en que se encuentra en este momento nuestro planeta, y que no puede escapar del mismo. En efecto, los proceso de mundialización ha forzado a que el derecho no sólo sea visto a partir de las instituciones locales o nacionales, sino que la óptica haya variado hacia el derecho comparado. La visión desde la perspectiva internacional no solamente permite formarnos juicios epistemológicos, sobre nuestra propia circunstancia, sino además que posibilita la necesidad de conocer los impactos de la dinámica globalizadora en todos los estado modernos.

En consecuencia, lo que hace el libro es rescatar la tradición de la plenitud de los tratados de derecho constitucional de México, pero a la vez, como la novedad de vital importancia es colocar el conocimiento jurídico en el plano de la globalización.

Durante muchos años el enfoque del derecho fue monodisciplinario, quizá en un exceso de comprensión o apego a la teoría kelseniana. El tratamiento de las instituciones constitucionales se hacía a partir del análisis de la normatividad existente, y se desarrollaban los temas a partir de la misma. Este positivismo llevó al extremo de

considerar lo jurídico exclusivamente a lo normativo. El libro de Fix y Valencia dejan de lado ese tratamiento para enriquecer al derecho constitucional con las perspectivas de la sociología, ciencia política, historia, filosofía, antropología, economía con un enfoque multidisciplinar, que no le resta nada a lo jurídico, sino que lo hace más valioso, ya que el propio tratamiento le permite visualizar al derecho como un agente más en el mundo de las ciencias sociales. A lo largo de las páginas uno puede ir comprendiendo que los grandes cambios constitucionales no se deben a la voluntad del legislador, sino a la propia mecánica de la sociedad, la que involucra a todo un conjunto de disciplinas.

En el texto que analizamos se pueden observar no solamente los temas tradicionales, sino además, los temas que se encuentran en el centro del debate de nuestra modernidad como la defensa de la constitución, los derechos humanos, el derecho electoral, el capítulo económico, el constitucionalismo social, el sistema electoral y el consejo de la judicatura, aunado a los tradicionales temas, lo cual permite tener una visión completa de la disciplina que hoy tratamos.

Otra de las facetas, en la parte general de la obra, la constituye la extensa y analítica bibliografía. En el mundo de la investigación hay una frase que define el mundo científico, y que afirma, que por “su bibliografía los conoceréis”. En el caso del libro que ahora presentamos, la bibliografía constituye un elemento adicional a la lectura. Los libros referenciados y analizados a lo largo del trabajo constituyen la piedra de toque de la obra, pues todas son ellas obras maestras en su materia y tiempo. La combinación de autores clásicos, con los noveles pero sólidos permiten al lector no

perderse entre las tentativas de búsquedas infructuosas en librerías. Están los autores que han definido un rumbo en el derecho constitucional y permiten hacer de la obra, una especie de diálogo perpetuo al interior de las páginas del libro que comentamos.

Las notas de pie de página, aunque si bien extensas precisan, delimitan y aclaran todos los puntos relacionados con el tema principal. Una de las cuestiones que se ha olvidado en los textos modernos. La nota de pie no constituye solamente la referencia bibliográfica, sino que permite visualizar una serie de aclaraciones que allanan el camino de la lectura y abren opciones de relectura. Por ello, “El Derecho Constitucional y Comparado” constituye un texto ligero, ya que no hay menoscabo en la línea argumental, puesto que la nota de pie cumple su misión aclaratoria. El rescate de la dignidad de la nota al pie de página quizá constituye uno de los mayores méritos del libro de los doctores en derecho.

Por último, en el contexto de las grandes líneas del texto en cuestión. El libro aborda el gran plexo de las reformas constitucionales para mantenerlo adecuado a las condiciones históricas de nuestro momento. Uno de los esfuerzos que merecen destacarse es el relativo a la actualización de las reformas que ha sufrido la constitución. Sus más de 700 reformas aparecen no solamente enunciadas, sino comentadas con carácter crítico y analítico estableciendo los contextos desarrollados, y vinculadas a la dinámica propia de la historia del derecho constitucional del siglo pasado. Es un enorme esfuerzo, porque la sistematización de las mismas requiere un trabajo en la construcción, que en ocasiones no se logra entender del todo por los lectores de la obra.

Para finalizar mi intervención, únicamente habré de referirme a la parte teórica del libro en cuestión. En los años precedentes poco se había hecho por establecer los marcos referenciales de una teoría del derecho constitucional en nuestro país. Por lo regular, se daba por sentado que toda construcción teórica devenía necesariamente de la norma fundamental. El libro tiene, en consecuencia, entre sus mejores logros, aportar una sólida construcción teórica que nos conduce a la visualización de la Norma de Normas, vinculada a los procesos políticos, sociales y económicos. Es un derecho constitucional que se asume desde la perspectiva de afirmar que la norma tiene profundas raíces en todos los procesos sociales, de tal forma que la ley matriz es la referencia a la propia movilidad de la comunidad. De este modo, se logran articular los saberes de primer y segundo grado, a que hacen alusión los autores ahora presentes entre nosotros. Los saberes de reflexión del y dentro del derecho son a todas luces los saberes que condicionan el progreso de la misma racionalidad del derecho, y sobre todo del derecho constitucional.

Hoy por hoy el “Derecho Constitucional Mexicano y Comparado” de los doctores Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona constituye el libro que abre una frontera, entre la nueva forma de analizar al derecho constitucional, y las tradicionales. Bienvenido el nuevo tratamiento al estudio del constitucionalismo.

En un siglo que comienza y donde la racionalidad debe ser el emblema de nuestra cultura, bien vale la pena hacer el esfuerzo por entender nuestra legislación a la luz de la misma sociedad. Una presentación es siempre una

invitación a leer el libro; hoy no solamente los invito a leerlo, sino además para que compartamos el vetusto apotegma de que “el derecho es y siempre será la más fina y acabada forma de convivencia racional y justa”.