



Ex Legibus

Revista de Derecho

4



PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

CONSEJO DE LA JUDICATURA

ESCUELA JUDICIAL

Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
Calle Cuauhtémoc No. 1405, Col. Del Gas
C.P.02950, Azcapotzalco, México, D.F.
Tels.:(55) 5556-0590 / Cel. (04455) 5436-7365
e-mail: floreseditor@prodigy.net.mx



Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, su tratamiento informático o transmisión por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, fotocopia, o por registro de otros medios, su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares de los *Copy Right*



Ex Legibus

Revista de Derecho

Ex Legibus es una publicación semestral que se edita en los meses de abril y octubre por la Escuela Judicial del Estado de México. Cubre temas vinculados con el derecho y sus diversas disciplinas. Está dirigida a juristas, abogados, funcionarios, académicos y público en general interesado en asuntos de actualidad jurídica. Se encuentra indizada en el catálogo de LATINDEX.

Comité Editorial

Dr. Eduardo López Sosa

Consejo de la Judicatura del Estado de México

Lic. Teresita del Niño Jesús Palacios Iniestra

Consejo de la Judicatura del Estado de México

Lic. María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

Consejo de la Judicatura del Estado de México

Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza

Escuela Judicial del Estado de México

Dr. Mauricio A. Rodríguez León

Escuela Judicial del Estado de México

Dr. Rubén Fonseca Noguez

Tribunal Superior de Justicia del Estado de México

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi

Universidad Iberoamericana, campus Santa Fe

M. en D. Ricardo Sodi Cuellar

Tribunal Superior de Justicia del Estado de México

M. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez

Tribunal Superior de Justicia del Estado de México

Dr. Ramón Ortega García

Escuela Judicial del Estado de México

Director de la Revista: Dr. Ramón Ortega García

Información y Suscripciones: Escuela Judicial del Estado de México, Josefa Ortiz de Domínguez nte. No. 306, Col. Santa Clara, C.P. 50060, Toluca, Estado de México.

Teléfonos: (01 722) 2-15-33-53, 2-15-24-49, 2-15-90-27, 1-67-19-75, Fax 2-13-08-94

Correo electrónico: dirección.investigaciones@pjudomex.gob.mx

Usted puede consultar Ex Legibus en línea a través de la página web de la Escuela Judicial del Estado de México:

<http://www.pjudomex.gob.mx/ejem>

Año 2, Número 4. Octubre de 2012
Impreso en México / Printed in México
ISSN: En trámite



Tiraje: 1,000 ejemplares

Diseño Editorial: L.C. Oscar Mata Alva

Colaboradores: M. en D. de A. Alfonso Pérez Fonseca y Lic. Atanasio Serrano López

Copy Right 2012

Derechos Reservados:
Poder Judicial del Estado de México

Los trabajos y artículos publicados no reflejan necesariamente el punto de vista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, ni de la Escuela Judicial. El contenido y lo expresado en cada trabajo es responsabilidad de su autor.

Directorio

Consejo de la Judicatura

Mgdo. M. en D.C. y A. Baruch F. Delgado Carbajal
Presidente

Lic. Teresita del Niño Jesús Palacios Iniestra
Consejera

Jueza Lic. María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín
Consejera

Mgdo. M. en A. de J. Ariel de la O Martínez
Consejero

Mgdo. Dr. Héctor Hernández Tirado
Consejero

Lic. Jaime Almazán Delgado
Consejero

Dr. Eduardo López Sosa
Consejero

Juez M. en D.J. José Ariel Jaramillo Arroyo
Consejero

Escuela Judicial

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
Director General

I. Editorial. 08

II. Joyas del Archivo Judicial. 10

Selección de actuaciones judiciales custodiadas en el Archivo Histórico del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, compiladas por el Lic. Atanasio Serrano López.

III. Doctrina.

Igualdad de género: perspectivas plurales

Ana Teresa López de Llergo: "La ideología de género: una explicación desde la filosofía" 65

Graciela Vélez Bautista: "Las mujeres en el camino a la equidad de género: conflicto entre familia y trabajo" 91

Susana Barroso Montero: "La mujer a través del personaje literario" 113

*Foro Jurídico México - Finlandia:
Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*

Sergio Javier Medina Peñaloza: "Sistema de justicia penal en México y derechos humanos" 133

Jukka Rappe: "Fiscales públicos y servicio de procuración de justicia en Finlandia" 149

Outi Suviranta: "La buena administración y el Estado de derecho" 159

José Nieves Luna Castro: "La exigencia de una vida en condiciones ambientales adecuadas como derecho humano de carácter difuso" 169

Contenido

Artículos y apuntes de derecho

Ramón Ortega García: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano: un apunte (teórico-jurídico) sobre la reforma al artículo primero de la Constitución"	203
Juan Carlos Ortega Castro: "Los Tribunales Colegiados de Circuito en su actividad de intérpretes constitucionales terminales "	253
Mauricio Moreno Vargas: "Materialización del control difuso de la constitucionalidad de las normas generales relacionadas con la reincidencia y la habitualidad "	271
Heriberto Benito López Aguilar: "Actualidad y realidad en la educación judicial "	293
Conclusiones del ciclo de mesas de trabajo sobre las reformas a la legislación civil mexiquense en materia de divorcio incausado	303

IV. Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México	309
---	-----

V. Legislación y Normatividad

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer	335
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	347
Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad	366

Editorial

Con el número 4 de Ex Legibus se inaugura una nueva etapa en la corta vida de nuestra revista semestral, pues a partir de agosto de 2012 ha sido incorporada al Sistema de Información LATINDEX, una base de datos que permite la difusión de publicaciones científicas editadas en la región de Iberoamérica y el Caribe, constituyendo una fuente de consulta invaluable al alcance de la comunidad académica. Para el Consejo Editorial de Ex Legibus esto supone un compromiso inaplazable con la transparencia, la calidad y el profesionalismo. Conscientes de su trascendencia, asumimos el reto de mejorar constantemente la evaluación de la revista en LATINDEX, con el propósito firme y claro de constituir una pieza fundamental de la literatura jurídica especializada.

El número 4 que ahora ve la luz se inserta precisamente en esta tesitura, ya que hemos introducido algunos cambios relacionados con la presentación y con las características de los contenidos. Se trata de la primera serie de modificaciones que habrán de efectuarse en los meses por venir; ello con el único afán de superarnos.

En esta ocasión tenemos el placer de contar con las contribuciones de brillantes académicos de diferentes disciplinas. Además de las Joyas del Archivo Histórico, la Jurisprudencia y la Legislación, engalana este número la sección de doctrina en donde destacan estudios sobre la igualdad de género desde tres perspectivas diferentes: la filosófica, la sociológica y la literaria. Las autoras de estos ensayos son Ana Teresa López de Llergo, Graciela Vélez Bautista y Susana Barroso Montero; profesionistas e intelectuales que gozan de un amplísimo prestigio en la academia.

Asimismo, hemos incluido una parte dedicada a las ponencias que se disertaron en el Foro Jurídico México-Finlandia "Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho", el cual se desarrolló en las instalaciones de la Escuela Judicial durante el mes de abril de dos mil



doce. Aquí se encuentran recogidas las conferencias pronunciadas en ese acto por el Magistrado Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza y el Magistrado Dr. José Nieves Luna Castro, así como las de dos invitados de Finlandia, la profesora Outi Suviranta y el Fiscal estatal Jukka Rappe. De igual modo, en el apartado de "Artículos y apuntes de derecho", presentamos valiosas reflexiones sobre temas de derecho constitucional, derecho penal, interpretación jurídica y educación judicial. Finalmente, queremos aprovechar este espacio para compartir con los lectores la noticia de que dos compañeros investigadores de la Escuela Judicial han sido reconocidos por CONACYT con la distinción de "Candidato a Investigador Nacional" durante el período que comprenderá de enero de 2013 a diciembre de 2015. Éste es un logro, no sólo individual, sino de la institución a la que pertenecen.

Joyas del Archivo Judicial

Dos reales.

**SELLO TERCERO, DOS REALES
ANOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**

era Causa y culpa que resulta contra An-
tonio Morales Mando se le tome su Confesion hazi-
endole los Cargos y Recambenciones que comben-
gan. Asi lo proveo y firmo con los de asistencia.

Mora
Max. No. Luis

Lice Monte Urbino

Confesion En quinze del propio Lo el Corredor hizo praxced
del Rio Rosa antem al preso Antonio Morales de quien en su per-
sona que conzaco le recibi juramento que hizo segun
derecho por el que spacio decir verdad en lo que supie-
re y fue preguntado y oydolo sobre si es verdad de
se nombra Praxiliano Antonio Morales, si es Casado
con Ana Maria Colin de quaranta y cinco años
Español Natural y Vecino de esta Ciudad en la Maz.
de San Diego donde sirve de Mayordomo? Dize:
es verdad se llama Praxiliano Antonio Morales, ca-
sado con Ana Maria Colin de quaranta y cinco años
de Edad, Español Natural y Vecino de esta Ciudad
en la Hacienda de San Diego, y Mayordomo de
ella segun lo tiene expuesto en la declaracion que
tiene dada y pide se le lea, lo que haviendose

esta Causa y culpa que resulta contra Antonio Rosales mando se le tome su confesion haciendosele los cargos y recombenciones que combegan. Asi lo proveo y firmo con los de asistencia

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)
José Vicente Urbina

assa. (asistencia)
Mar.no (Mariano) Luja

[Al margen: Confesion del Reo Rosales]

En quince del propio Yó el Corregidor hise parecer ante mi al preso Antonio Rosales de quien en su persona que conozco le recibí juramento que hizo segun derecho por el que ofrecio decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado y siendolo ¿sobre si es verdad se nombra Preciliano Antonio Rosales si es Casado con Ana Maria Colin de quarenta y cinco años Español natural y vecino de esta Jurisd.n (Jurisdicción) en la Haz.^a (Hacienda) de San Diego donde sirve de Mayordomo? Dixo: es verdad se llama Presiliano Antonio Rosales, casado con Ana Maria Colin de quarenta y cinco años de Edad, Español natural y vecino de esta Jurisd.n (Jurisdicción) en la Haz.^a (Hacienda) de San Diego, y Mayordomo de ella segun lo tiene expuesto en la declaracion que tiene dada y pide se le lea, lo que haviendose

*Asunto: Criminal contra Antonio Rosales por los excesos que de acuerdo con los Insurgentes ejecutó en la Hacienda de San Diego. Toluca 26 de noviembre de 1810.

**Segunda de dos partes

Echo Dixo: Que quanto en ella se conviene a lo mto me
 que ha de cuenta en que se afirma y ratifica, y siendo
 necesario lo dice de nuevo en esta su Capitulacion.

Preguntado: como admittio que el encargo o depositaria que los
 insurgentes le hicieron de la Hacienda de San Diego? Dixo:

Que los insurgentes no le hizieron cargo alguno de la
 referida Hacienda como depositario Administrador
 ni de otro modo alguno segun ha de puzer y no, pues
 sin ouidar de eso ni hablante sobre el particular solo
 trataron de sacar el ganado que ha dicho y de consig-
 guiente mal se compadec hubiera recibido la Hazienda
 en deposito ni que en ello hubiese llevado objeto algu-

no.
 Preguntado: como meiga, quedo de Administrador
 o depositario de la finca de enden a los Insurgentes
 cuando consta de esta Cauada § 2^{ta} que han lo
 dado al Padre Administrador recibindolo con aye-
 zera y como si el fuese el Amo? Dixo: Es falso hubi-
 ere dicho al Padre semejante cosa y tambien que lo
 hubiere recibido con ayzerera pues antes fue al Contra-
 rio segun tiene declarado sino que la Cosinera Pe-
 tra ha tratado de acriminarlo para que no descu-
 briere su Mal porte durante la insurreccion.

Echo Cargo de que con animo deliberado cargaron a los in-
 surgentes las Bacas y demas ganado que se lleva-
 ron pues selas Oficio sin pedir selas quando trataban
 de llevarse los Bueyes segun consta a § 3^o Dixo:

echo Dixo: que quanto en ella se contiene de lo mismo que ha depuesto en que se afirma y ratifica, y siendo necesario lo dice de nuevo en esta su confesion.

Preguntando; ¿como admitió (palabra tachada) el encargo ó depositaria que los insurgentes le hicieron de la Hazienda de San Diego? Dixo: que los insurgentes no le hizieron cargo alguno de la referida Hazienda como depositario Administrador ni de otro modo alguno segun ha dispuesto ya, pues sin cuidar de eso ni hablarle sobre el particular solo trataron de sacar el ganado que ha dicho y de consiguiente mal se compadese huviera recibido la Haz.^a (Hacienda) en deposito ni que en ello hubiese llevado obgeto alguno.

Recombenido ¿Como niega, quedo de Administrador ó depositario de la finca de orden de los Ynsurgentes, quando consta de esta Causa fs. (fojas) 2 bta. (Vuelta) que hasi lo dixo al padre Administrador recibendolo con aspereza y como si el fuera el amo? Dixo: es falso hubiese dicho al Padre semejante cosa y tambien que lo hubiese recibido con aspereza pues antes fue al contrario segun tiene declarado sino que la cosinera Petra ha tratado de acriminarlo para que no descubriese su mal porte durante la insurreccion.

Echo cargo de que con animo deliberado entrego á los insurgentes las Bacas y demas ganado que se llevaron pues se las ofrecio sin pedirselas quando trataban de llevarse los Bueyes segun consta a fs. (fojas) 3" Dixo:

Dos reales.

**SELLO TERCERO, DOS REALES
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



Mega el Cargo pues no fue en las Baxas cinco selas
pidieron los Inmigrantes pues esto selas exigieron a
fuerza con el demas ganado que se llevasen en vi-
ta de que ya le havian dexado libre la Buena de
y ordena.

Recordando como falta de verdad en asegurar no proce-
dio de su Voluntad a la entrega entrega de Ganado qu-
ando se impuso lo hizo asi en vista de que antes de
ella llegò a la Naz. en Comp. de los Inmigrantes
y de alli partiò con ellos a beneficiar lo que indue-
se en comenti miento y paliacion mucho mas quan-
do le dixeron que ya llevaria un Comisionado a hacer
la entrega de la Hacienda, que viniendo el Paded
lo amarrara y entregara al Exercito a lo manera
de un balazo si se reunia pues de uno u otro modo
le darian mil puos de gratificacion como consta d
\$ 15. 5, 6 y 7. Dico: que aunque llegò a la Nazion-
da en Compania de un Coronel y Capitan de los
Inmigrantes y que de alli salio con ellos a la en-
trega del ganado, no fue de su Voluntad ni por que
entubiese amiente con ellos sino por que havindolo en-
contrado en el Campo quiso que no le hixieran re-

niega el cargo pues no ofrecio las Bacas sin que se las pidieran los Insurgentes pues estos se las exigieron á fuerza con el demas ganado que se llevaron en vista de que ya le havian dexado libre la Bueyada y ordeña.

Recombenido ¿como falta á la verdad en asegurar no prosedio de su voluntad á la referida entrega de Ganado quando se infiere lo hizo así en vista de que antes de ella llegó á la Haz.^a (Hacienda) en Comp.^a (Compañía) de los Insurgentes y de alli pasó con ellos á berificarla lo que induse su consentimiento y paliacion mucho mas quando le dixeron que ya llegaria un comisio- nado á hacer la entrega de la Hazienda, que viniendo el Padre lo amarrara y entregara al Exercito ó lo matara de un balazo si se resistia pues de uno u otro modo le darian mil pesos de gratificacion como consta a fs. (fojas) 4, 5 , 6 y 7? Dixo: que aunque llegó a la Hazienda en compañía de un Coronel y Capitan de los Ynsurgentes y que de alli salio con ellos a la entrega del ganado, no fue de su Voluntad ni por que estubiese anuente con ellos sino por que haviendolo encontrado en el Campo quiso que no le hisieran re-



**SELLO TERCERO, DOS REALES
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



proceder a la Hacienda para la entrega que querian de
todas las Bajas que el Conquistador a fuerza de suplicas
se limitare a las que ha dicho, y es fecho le hubieron
expresado Negaria un Comisionado a hacer la entrega
a la Hacienda como tambien que le hubien opeido mil
puros por que aprehendiese y Matase al Padre, aunque si
le dixeron a precencia de los Indios excurrir uno u otro
segun tiene declarado.

Buelto a recomendar como nunca ha vez tenido animo de liberar
de Matas al Padre Administrador segun el orden de los
Institutos quando viniendo con la Casaca de la Ciudad para
una Ciudad le dixo en el Camino que si aquel bendo con
la intencion que se decia tomian los Europeos a Matas a
los Criollos primero lo bolaria de un balazo lo que afean-
dole ella le replico que en tal caso, primero era el que
su Padre? Dixo: Que jamas tubo tal intencion ni hizo
semefante incinuacion a la Crindera pusi en el obento
de haver pensado con Matas entre se hubiera batido
de las Armas que havia en la Hacienda y no se le probava
que los hubiere dispuesto ni portado ni requirido. Pudiendo
preguntado con q. motivo acordio las Armas Comensibles topa
fiar, Arroz y demas que havia en la Hacienda con
Anta de que entrasen los Indios en ella? Dixo: Que

troceder á la Hazienda para la entrega que querian de todas las reses que el consiguio á fuerza de suplicas se limitase á las que ha dicho, y es falso le hubiesen expresado llegaría un Comicionado á hacerle la entrega de la Hazienda como tambien que le habian ofrecido mil pesos por que aprehendiese y matase al Padre, aunque si le dixeron á preciencia de los Yndios executase uno ú otro segun tiene declarado.

Buelto á recombenir ¿como niega haver tenido animo deliberado de matar al Padre Administrador segun el orden de los Ynsurgentes quando viniendo con la Cosinera Petra para esta Ciudad le dixo en el Camino que si aquel venia con la intension que se decia tenian los Europeos de matar á los Criollos primero lo bolaria de un balazo lo que afeandole ella le replicó que en tal caso, primero era el que su Padre? Dixo: que jamas tubo tal intencion ni hizo semejante incinuacion á la Cosinera pues en el ebento de haver pensado tan malamente se hubiera balido de las Armas que havia en la Hazienda y no se le probará que las hubiese dispuesto ni portado ni siquiera el Puñal.

Preguntando ¿con q. (qué) motibo escondió las Armas, Comestibles, ropa, fierro, azero y demas que havia en la Hazienda aun antes de que entrasen los Ynsurgentes? Dixo: Que

esto lo hizo por Consejo de la Comenda de la
 ella tenia San Juan de la Cruz y Comendador su in-
 teneren le parecio muy bien tomar su Consejo para
 para librarse de ella como se ha visto en los
 se percibe de haver el deudor todo lo que llevo a su
 Casa, y lo que la Comisera reparicio de Comen-
 blez.

Recomendado como si oculto los indicados el pueblo
 con el objeto de que no se lo robara la Comisera,
 o los Inducidos por que a el tiempo se reparicio
 entre los dos y devolvio despues lo que le triso a cada
 todo disminuto especialmente el fierro pues havien-
 do sido veinte doblados solo parecieron catorce do-
 do: Que lo que escondio por el Motivo y con el fin
 advertido a lo mismo que devolvio en Numero y
 Comisidad es que uno y otro Comenible, debiendo ad-
 burre que el fierro solo fueron catorce doblados
 los que se guardaron y no veinte de que bendio un
 quintal a Don Martin Barabara como ha
 declarado.

Recomendado como falta a la verdad en alegar por
 su declaracion que la Comisera reparicio el
 queso y sebo existentes a los Indios quando
 tanto por la declaracion de una como por la
 de los demas Indios examinados como es
 ello visto, de que se induce sumada im-

esto lo hizo por Consejo de la Cosinera Petra, como q.e (que) ella tenia las llaves de la Casa y conosiendo su intencion le parecio muy bien tomar su consejo tanto para librarlos de ella como de los Insurgentes segun se percibe de haver el debuelto todo lo que llevo a su Casa, y lo que la Cosinera le participó de Comestibles.

Recombenido ¿como si ocultó los indicados Muebles con el objeto de que no se los robara la cosinera ó los Ynsurgentes por que á el tiempo de repartirlos entre los dos y debolver despues lo que le tocó estaba todo diminuto especialmente el fierro pues haviendo sido veinte doblados solo parecieron catorce? Dixo: que lo que escondio por el motibo y con el fin advertido es lo mismo que debolbio en numero y Cantidad esepto uno ú otro comestible, debiendo adbertir que el fierro solo fueron Catorce doblados los que se guardaron y no veinte de que bendio" un quintal á Don Antonio Barbabosa como ha declarado.

Recombenido ¿como falta á la verdad en asegurar por su declaracion que la Cosinera repartió el queso y sebo existentes á los Yndios quando tanto por la declaración de esta como por la de los demas testigos examinados consta q. (que) el lo hizo, de que se induce su mala inten-

cion y el dominio que queria tener en la Nacion de
 Dixo: Que mal podria haver reparado el queo y sero
 de su voluntad quando el No lea. La Bava sino
 la Cavinera que fue la que abia en Galeras y luego
 los Indios echaron mano de uno y otro, lo que oiron
 por el Comendante y que era imposible el Comendante
 les mismo que lo havian de devolver para que se
 crease el Padre.

Esto Carro es que si hubiese ocurrido a esta Ciudad
 a juicio de los Indios para que contubiera
 a los Indios que estaban viviendo en la Nacion
 lo hubiese cobrado y no que solo se cobrase solo el
 Inuencione dixo: Que en la mañana de ese dia
 le fue imposible venir por quanto toda ella no lo
 dexaron para los Inuencione con la Mezga del
 Ganado de cuya causa tubo que balar de ellos
 mismos para contener a los Indios y sin embar-
 go vino a otro dia a ver al Comendante Don
 Juan Estrada para impuere se que ya aquellos
 havian estado en la pica le previno abiese si
 continuaban para mande auxilio.

Puelto a hacer Carro es que si se intencion en la
 desbucion de los Muebles y Comensibles fue que
 no se perdiesen como dixo a la Cavinera viniendo
 para esta Ciudad que si el Padre preguntara

cion y el dominio que queria tener en la Hazienda? Dixo: que mal podría haver repartido, el queso y sevo de su voluntad quando el no tenia las llaves sino la Cosinera que fue la que abria las Galeras y luego los Yndios echaron mano de uno y otro, lo que visto, por el Confesante y que era imposible el con- tenerlos les insinuó que lo havian de debolver luego que regresase el Padre.

Echo cargo de que si hubiera ocurrido á esta Ciudad á pedir Socorro al Justicia para que contubiera a los Yndios que estaban piscando la Hazienda lo hubiera ebitado y no que solo se balio de los Ynsurgentes Dixo: Que en la mañana de ese día le fue imposible venir por quanto toda ella no lo dexaron parar los Ynsurgentes con la entrega del Ganado á cuya causa tubo que barse de ello mismo para contener á los Yndios y sin embargo bino á otro día á ver al Corregidor Don Juan Estrada pero impuesto de que ya aquello havian cesado en la pesca le previno abisase si continuaban para mande auxilio.

Buelto á hacer Cargo de que si su intencion en la ocultacion de los Muebles y Comestibles fue que no se perdiesen como dixo a la cosinera viniendo para esta Ciudad que si el Padre Pregunta-

Dos reales.



**SELLO TERCERO, DOS REALES
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



ba por lo que faltaba no descubriese nada sino
le dice que todo se lo habían llevado los Yndios
penta; Convento. Y le dio a el Carro que
fu al Comisario Comonif quien le hizo una preven
cion fue la misma Cominera con ocasion a que
ella tenga unos Buenos Camodros ed huates y efca
ella Marinda

Preguntado; quantas ocasiones ha estado preso donde y por que
Causa? Dixo: que a ocasion de la puecne solo una vez
se ha visto preso en la Carcel de esta Ciudad por ha
ber descubierto en Indio a Nublata a Comonif lo
en el trabajo del Campo. En cuyo acto lo el Corregi
dor mande suspender la puecne Confesion para con
tinuarla siempre que combenga y el Confesante
Dixo que lo que en ella llebá escrito es la verdad
oprecida por su Juram^{to} en que se afirmo y ratifico
leida que le fue en su deposicion que firmo dos fe

J

Diego Guzman

Francisco Ant^o Rosales

D

Jose Vic^o Orbina

Max^o no hoja

Auto reado En diez y ocho del mismo Lo el Corregidor visto
al actor el estado de esta Causa, y lo que un tales en

ba por lo que faltaba no descubriese nada sino le dixese que todo se lo havian llevado los Ynsurgentes; contexto. Que niega el Cargo pues antes fue al contrario como q.e (que) quien le hizo esta prevencion fue la misma Cosinera con ocasión de que ella traya (traía) unos Burros cargados de trastes y efectos de la Hazienda.

Preguntando ¿quantas ocasiones ha estado preso donde y por q.e (que) Causas? Dixo: que á esepcion de la precente solo una vez se ha visto preso en la Carcel de esta Ciudad por haber descalabrado un Yndio de resultas de Corregirlo en el trabajo del campo. En cuyo acto Yó el Corregidor mande suspender la precente Confesion para continuarla siempre que combenga y el Confesante Dixo que lo que en ella lleva expuesto es la verdad ofrecida por su Juram.to (Juramento) en que se afirmó y ratificó leída que le fue esta su deposicion que firmó doy fe.

[Rúbricas]

Nicolas Gutierrez

Prisiliano An.to (Antonio) Rosales

assa. (asistencia)

Jose Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

[Al margen: Auto de traslado al actor]

En diez y ocho del mismo Yó el Corregidor visto el estado de esta Causa, y lo que en tales cir-

Dos reales.



**SELLO TERCERO, DOS REALES,
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



convenida tiene pedido el Padre S. Antonio de la
Purificacion mando al Corral traslado de ella
por el termino legal, para que formalice su
denuncacion. Asi lo probeo y firmo con loj de ansim-

h.

Diego Cordero
[Signature]

ana

Max^{no} Luisa B
[Signature]

ana

Jose Nic. Urbina
[Signature]

En el mismo dia presento al Reverendo Padre Juan
Antonio de la Purificacion cura parroquial que conoco lo
notifique el traslado mandado Corral en el auto an-
terior de que entendido Dijo lo oye y para consec-
tarlo se encomuen los autos. Esto leyendo y firmo

Don *[Signature]* Fr. Ant. de la Purificacion

ana

Jose Nic. Urbina
[Signature]

Max^{no} Luisa B
[Signature]

Saca

Los lleva dho dia en *[Signature]* lo rubrique

R.

[Signature]

cunstancias tiene pedido el Padre F. (Fray) Antonio de la Purificacion mando se le Corra traslado de ella por el termino legal, para que formalice su acusacion. Así lo probeo y firmo con los de asistencia.

[Rúbricas]

assa. (asistencia)

Nícolás Gutierrez

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

Jose Vic.te (Vicente) Urbina

[Al margen: Notificación al actor]

En el mismo dia precente el Reverendo Padre Fray Antonio de la Purificacion en su persona que conozco le notifique el traslado mandado correr en el auto anterior de que entendido. Dixo lo oye y para contextarlo se le entreguen los autos. Esto respondió y firmó doy fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

Sr. (Señor) de la Purificacion

assa. (asistencia)

José Vicente Urbina

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

[Al margen: Saca]

Los Lleva dho. (dicho) dia en fs. (fojas) 14 lo rubrique

Toluca Diciembre 22 de 1810= Por presentado verifíquese el Careo que se solicita con los nuevos cargos que se indican y en su vista se provera. Así lo ordeno y firmo con los de asistencia Yó Don Nicolas Gutierrez Caballero Maestrante de la R.l. (Real) de Ronda Corregidor Subdelegado de ella y su Jurisd.sn (Jurisdicción) que autuo en la formatoria.

[Rúbricas]

assa. (asistencia)

Nicolás Gutierrez

José Vicente Urbina

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

Sr. Antonio de la Purificacion de el orden de S.n (San) Agustín Adm.or (Administrador) de la Haz.da (Hacienda) de S.n (San) Diego, Perteneiente á el hospicio de Sn. (San) Nicolas, en la causa a mi instancia formada contra mí Mayordomo Priciliano Antonio Rosales, sobre varios excesos, supuesto su estado, y la entrega q.e (que) se me ha echo para formalizar la accion que me corresponde, executandolo en aquella vía y forma que mas aya lugar en dro. (derecho) y con las protestas necesarias digo= que nada importa la negativa de Rosales en su declaracion y confesion, si á pesar de ella está convencido de su altanería, de su infidelidad, y de la parte que tuvo en el destrozo de la hazienda estando á su cuidado; Porque no solo se castiga conforme á dro. (derecho) á los que han confesado el Crimen de que se les haze cargo, mas tambien a los q.e (que) estan convencidos de él, porque de otra suerte se quedarían inpunes los delitos, si solo se atendiera á la confesion de los reos, porque estos encontrarían

siempre un grande villo en su negativa, como q
 esta lo escribaba de la pena como pendiente
 à su delito.

En efecto, que está convencido
 Morales de sus excessos, no queda duda, à vista
 de lo que resulta de las actuaciones. En ella ca-
 das, por los testigos examinados de § 2.º à 6.º se
 convence no solo el despoñimiento y desprecio con
 que mereció el día que vino, mas tambien
 lo que él se tomó de aquellas menudencias que
 escondieron y despues se dividieron entre ellos
 apareciendo del proprio modo falzo quanto nie-
 ga, y quanto asegura; dice al primer cargo,
 que no me recibí con espótriquer, sino antes sa-
 ludandome cortésmente con el sombrero en la ma-
 no, siendo evidente que à mi llegada estaba
 parado à la puerta sin sombrero ni manga y mal
 podía quitarse lo que no tenía; dice que no
 se expresó conmigo sobre que los Sr. regentes
 lo hubieron de padecer de Depoñitario, lo que afir-
 ma no hicieron, ni le intimaron otro orden so-
 bre el particular; Pero este descargo es otra nue-
 va culpa, por que à mas de que se abrazava
 facultades que no le abian dado, se opone este
 acto de indiferencia, con el encargo de que me
 llevaré preso si óbstruá, ó me matasen en caso de
 resistencia.

A este modo son todos los descar-
 gos de Morales, que contrariandose en sí mis-
 mos, convence su falzedad, y su infalibilidad;
 Pues si se atiende à lo que él se tomó para sí

siempre un grande asilo en su negativa, como q.e (que) esta los escusaban de la pena correspondiente á su delito.

En efecto, que está convencido Rosales de sus excesos, no queda duda, á vista de lo que resulta de las actuaciones practicadas, por lo testigos examinados de fs. (fojas) 2 a 6 se convence no solo el despotismo y desprecio con que me recibió el dia que bine, mas tambien lo que el se tomó de aquellas menudencias que escondieron y despues se dividieron entre ellos apareciendo del propio modo falzo quanto niega, y quanto asegura, dize al primer cargo, que no me recibió con espotiquez, sino antes saludandome cortesmente con el sombrero en la mano, siendo evidente que á mi llegada estaba parado a la puerta sin sombrero ni manga y mal podría quitarse lo que no tenia; Dize que no se expresó conmigo sobre que los Insurgentes lo hubiesen dejado de Depositario, lo que afirma no hizieron, ni le intimaron otro orden sobre el particular; Pero este descargo es otra nueva culpa, por que á mas de que se abrogava facultades que no le abian dado, se opone este acto de indiferencia, con el encargo de que me llevase preso sí bolvia, ó me matase en caso de resistencia.

A este modo son todos los descargos de Rosales, que contrariandose en sí mismos, convencen su falzedad, y su infidelidad pues si se atiende á lo que él se tomó para sí

y a el queso que regaló, y ¹⁶afortunadamente a los
 Indios, segun los Testigos, se viene en claro como
 conueniente de que este disponia a su arbitrio de la
 Finca, y que estaba aliado con los Indios, lo que asi
 confirma el echo de abexme a repuzado que estos no
 querian saltá a trabajar sino se les pagaba a don.
 y luego que entio el actual Mayordomo, sacó bastan
 te gente para la pizca, y se les pagó como spñe.
 a todos, sin el mas leve reclamo; y esto arguye
 la colucion; del proprio modo se dexa ver la vo
 luntad y agrado con q. franqueó a los Soldados los
 ganados y demas, por que si vbierea resistido con a
 tercion i politica tanta extraccion como dire q. lo
 venifico, no se vbierean. Levado ni la teaia parte
 como con otros vezinos inmediatos aconteció, q. ape
 nas les quitaron algunas bestias, por la defension q.
 empuñaron con arte.

Por ultimo, no se encuentra palabra
 de verdad en quanto se ha expuesto por la parte de
 Rosales, este dice que no abia mas que catorce dobla
 dos de fierro, siendo mas de veinte, peaso sean los
 que fueron, lo cierto es que no da cuenta absolu
 tamente de el dñeco que recibió, ni de el queso,
 como del fierro vendido, siendo cierto que en esos
 dias nada se trabajó; tambien se ha extraido el Si
 bro de Caxa que estaba en un Caxon de la mesa, del q.
 constan todas las dependencias activas de la ha
 zienda, el que le vienen en su poder los mismos
 de la Casa, y dixo q. lo guardaba para su gobierno.

y á el queso que repartio voluntariamente á los Yndios, segun los testigos, se viene en claro conocimiento de que este disponía á su arbitrio de la Finca; y que estaba aliado con los Yndios, lo que así confirma el echo de aberme asegurado que estos no querían salir a trabajar sino se les pagaba á dos R.s (Reales) y luego que entró el actual Mayordomo, sacó bastante gente para la pixca, y se les pagó como spre. (siempre) a todos, sin el mas leve reclamo; y esto arguye la colucion; del propio modo se dexa ver la voluntad y agrado con q.e (que) franqueó á los Soldados los ganados y demas, por que si ubiera resistido con atencion i política tanta extraccion como dize q.e (que) lo verificó, no se ubieran llevado ní la tercia parte como con otros vezinos inmediatos aconteció; q.e (que) apenas les quitaron algunas bestias, por la defensa q.e (que) emprendieron con arte.

Por ultimo, no se encuentra palabra de verdad en quanto se ha expuesto por la parte de Rosales, este dize que no abia mas que catorce doblados de fierro, siendo mas de veinte, pero sean los que fueren, lo cierto es que no da cuenta absolutamente de el dinero que recibio; asi de el queso, como del fierro vendido, siendo cierto que en esos días nada se trabajó; tambien se ha extraido el Libro de Caja que estaba en un cajon de la mesa, del q.e (que) constan todas las dependencias activas de la hazienda, el que le vieron en su poder los mismos de la casa, y dixo q.e (que) lo guardaba para su gobierno

Dos reales.



SELLO TERCERO, DOS REALES.
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.



de la propia muerte le vicaron en su poder una mula de andaluza, una yegua alazana, y un potro que él y sus hijos estaban amarrando, á lo que no le tocaron las bo-

pas. A vista de lo expuesto, y de la calumnia con que á lo ultimo de su declaracion me honra Reales, conviene para la averiguacion de todo ello, que se practique un cateo entre este y Petra Paulina, para que igualmente se le haga cargo de el Libro y bestias que se refieren, y resultando de todo en su convencido de sus delitos, se le imponda con arreglo á nuestras leyes, la pena de Presidio de menor p.^{tes} años, á que lo han echo accedor sus extraños procedimientos; y la Justific. de D. se ha de seguir mandada, se le impongan la pena, y al mismo tpo. si tiene de que se le conbase á ser accedor los daños referidos en la pte. posible, desahando lo todo al arbitrio de D. p.^{te} y seuelva lo q.^{te} entieme por mas de Justicia. ella med.^{te} y ampliandome el

sumario en cargo necesario. A. replica, se suoa porver como pido, protesto, &c.

En Ant.^o de la Purifi- Lic.^o Angel Maria
cion de Castro

En = [Signature]

vide la propia suerte le vieron en sú poder una mula de andadura, una yegua alasana, y un potro que él y sus hijos estaban amansando, á lo que no le tocaron las tropas.

A vista de lo expuesto, y de la calumnia con que á lo ultimo de su declaracion me honra Rosales, conviene para la averiguacion de todo ello, que se practiquen un careo entre este y Petra Paulina, para que igualm.te (igualmente) se le haga cargo de el Libro y bestias que se refieren, y resultando de todos estar convencido de sus delitos, se le impondrá con arreglo a nuestras leyes, la pena de Presidio lo menos p.r (por) tres años, á que lo han echo acrédor sus estraños procedimientos; y la Justific.n (Justificación) de Ud. (Usted) se ha de servir mandar, se le imponga dha. (dicha) pena, y al mismo tpo. (tiempo) si tiene de qué se le estreche á resarcir los daños referidos en la pte. (parte) posible, dejandolo todo al arbitrio de V. (Usted) p.º (para) q.e (que) resuelva lo q.e (que) estime por mas de Justicia élla med.te (mediante) y ampliandose el sumario en caso necesario.

A Vd. (Usted) suplico, se sirba prover como pido, protexto.

[Rúbricas]

Sr. (Señor) Ant.º (Antonio) de la Purificacion -

Lic. Angel Mar.z (Martinez) de Castro

En

17.

heu de Enero de mil ochocientos y once. Yo el Comisario
 Antonio de los Rios para el Cerco pendiente, de quien en sus personas que
 conzco les recibí juramento que hicieron según derecho por
 el que ofrecieron hablar verdad en lo que fuesen preguntados
 y mutuamente recomendados, y siendo á cerca de
 la Merced de sus respectivas deposiciones que al efecto
 se leyeron Dixerón que solo a verdad lo que en ellas se expuso,
 por lo que Peña recombinó á Morales sobre
 sino era cierto que havia venido al P. con expedida quando
 volvió se Mexico, con lo demás que antes haver
 pasado en el caso, á que expuso no haver habido tal
 pues salió á encontrarlo hana delante de la Capilla y
 llegado á la puerta de la Merced le rogó por dos ocasiones
 se apease como lo hizo diciéndole estaba cansado
 y poniendo sus Indios sobre un asiento inmediato á la
 entrada de la Sala, á la que habiéndose introducido el P.
 hizo señal á Peña al declarante con la mano de que fuise
 á la Cocina y bespicándolos le expuso no tubiese cuidado
 por que aunque el suceso era muy sucoso de cumplirle
 la palabra que le habia dado, de que al Padre se le
 dixere que todo lo que faltaba en la Merced se lo habian
 llevado los Indios, y que al efecto se quitarían los
 Chapas y Naves para que lo creyere, lo que cido por esta re-
 puso no ser han pues antes pasó al Comisario, lo que Ro-
 sales Negó, y afirmandolo Peña recombinó á cada en
 Orde á si era verdad lo que le expuso quando volvió

[Al margen: Careo entre Antonio Rosales y Petra Paulina]

tres de Enero de mil ochocientos once: Yó el Corregidor hise parecer ante mi á Petra Paulina y á el Reo Antonio Rosales para el careo pendiente, de quien en sus personas que conozco les recibí juramento que hisieron segun derecho por el que ofrecieron hablar verdad en lo que fueren preguntados y mutuamente recombenidos, y siendolo a serca de la variedad de su respectivas deposiciones que al efecto se le leyeron Dixeron que solo a verdad lo que en ellas tienen expuesto, por lo que Petra recombino á Rosales sobre sino era cierto que havia recibido al P.e (Padre) con aspereza quando bolbio de Mexico, con lo demas que asienta haver pasado en ese acto, á que expuso no haver habido tal pues salio á encontrarlo hasta delante de la Capilla y llegado á la puerta de la Hazienda le rogó por dos ocasiones sea apease como lo hizo diciendo estaba cansado y poniendo sus trabucos sobre un asiento inmediato a la entrada de la Sala, á la que habiendose introducido el P.e (Padre) hizo seña Petra al declarante con la mano de que fuese a la Cosina y berificandolo le expuso no tubiese cuidado por que aunque muger era muy sujeta de cumplirle la palabra que le había dado, de que ál Padre se les dixese que todo lo que faltaba en la Hazienda se lo havian llevado los Insurgentes, y que al efecto se quitaran las Chapas y llaves para que lo creyese; lo que oido por ella repuso no ser hasi pues antes pasó al contrario, lo que Rosales negó, y afirmandolo Petra recombino á este en orden á si era verdad lo que le expuso quando bolvio

⚔
Dos reales.



**SELLO TERCERO. DOS REALES.
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS.
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**

de entregar el ganado a los Inmigrantes de que ya ha
 tra Nueva orden reducida a quedar el de depositario
 de la finca y que biniendo el Padre lo amonare y se lo
 mtopare y caso de cumplir lo Matare, puen le davi
 au mil pesos de Gala, a que conreco que imicam.
 le hizo relacion de la orden que se le dexo de la pracion
 o muerte del Padre, pero no de las otras dos praciones
 que supone como que no hubo ni pavi tal, y aquella
 se martiro en que se haciendole Cargo de que sino
 se tenia por depositario como havia reparado el libro
 y queo existentes, a que repico que mal pudo tra
 berlo echo el quando no tenia las llaves. Los galera
 sino Petra que fue la que las abrio para el indicado
 reparamiento el que no pudiendo obitar ya por supar
 te inrimo a los Indios guardasen aquellos efectos, p.
 bolberly ala May. quando el P. biniere segun tra
 devueto y podra acreditarlo con ellos mismos puen
 Petra como diuina Ora Carta dispuso de quanto
 habia en ella mandandole la Ocultacion de los Mu
 bly y comensibles que refiere en un deprecion y ha
 endo de los Ultimos la reparacion que ha dicho

de entregar el ganado á los Insurgentes de que ya habia nueva orden reducida á quedar el de depositario de la finca y que viniendo el Padre lo amarrase y se los entregase y caso de resistirlo matase, pues le darian mil pesos de gala, á que contextó que unicam.te (únicamente) le hizo relacion de la orden que se le dexo de la prisión ó muerte del Padre, pero no de las otras dos posiciones que supone como que no hubo ni pasó tal, y aquella se mantubo en que si haciendole Cargo de que sino se tenia por depositario como havia repartido el sebo y queso existentes, á que replico que mal pudo haberlo echo el quando no tenia las llaves de las galeras sino Petra que fue la que las abrió para el indicado repartimiento el que no pudiendo ebitar ya por su parte insinuó á los Indios guardasen aquellos efectos p.^o (para) bolberlos á la Haz.^o (Hacienda) quando el P.e (Padre) viniese segun ha depuesto y podrá acreditarlo con ellos mismos pues, Petra como dueña de la Casa dispuso de quanto había en ella mandandole la ocultasion de los Muebles y comestibles que refiere en su depocision y habiendo de los ultimos la reparticion que ha dicho

Dos reales.

18



**SELLO TERCERO, DOS REALES,
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



Ente ella y el con expresion de que comiesen y bebi-
 en a su voluntad, pues el Padre havia solo havia ini-
 ciado al tiempo de partir y que aunque los bienes
 se llevaran todo lo que havia en el Campo po-
 co importaba por que el lo responderia con Dinero de
 que averada Pera expuso que aunque era verdad lo
 havia dicho en un caso lo de que responderia con Dinero la
 perdida del Campo, pero no lo de que se apropiaron
 ellos lo que havia en la Casa, ni la deponen lo hizo
 si, sino por comiso de Rorales en cuya Casa le dio orden
 el Padre de que se dectrasen los indicados muebles y com-
 tibles como han solo hizo precando pero lo cierto es que
 al tiempo de la reparacion y de devolvelos restaron
 disminutos en lo que tiene declarado anteriormente
 que replica Puciliano no ser asi pues el devolvio in-
 tegram. lo mismo que se oculto en su poder excepto
 lo que havia comido de los comestibles por comiso
 de Pera, quien inicio en su accion; anadiendo
 que aunque averada defendio Rorales los ganados de
 la Hacienda pero no hizo caso de las estalpas ni de

entre ella y el con expresion de que comiesen y bebiesen a su voluntad, pues el Padre hasi se lo havia insinuado al tiempo de partir y que aunque los Insurgentes se llevasen todo lo que havia en el campo poco importaba por que el lo repondría con Dinero de que enterada Petra expuso que aunque era verdad le havia dicho su amo lo de que repondría con dinero la perdida del campo; pero no lo de que se apropiasen ellos lo que havia en la casa, ni la deponente lo hizo p.r (por) si, sino por consejo de Rosales en cuya casa le dio orden el Padre de que se ocultasen los indicados muebles y comestibles como hasi selo hizo presente pero lo cierto es que al tiempo de la reparticion y de devolberlos resultaron

diminutos en lo que tiene declarado anteriormente sobre que replicó Prisiliano no ser asi pues el devolvio integram.te (íntegramente) lo mismo que se ocultó en su poder esepcto lo que havia consumido de los comestibles por consejo de Petra, quien insistió en su asercion; añadiendo que aunque es verdad defendio Rosales los ganados de la Hazienda pero no hizo caso de las Milpas ni de

tener en ellas los repetidos embudo de a que end
 Repino; que falta agudo à la vida, pero ya es
 me referido en su declaracion todo lo que hizo
 en defensa de las Milpas, y que Mal podria ser
 sava si las defendio y Cuido quando todo el dia
 estaba dentro de la Casa calentandose al sol
 bebiendo con la botella al lado, por señas de que
 siempre que el Negaba à hablarla mandaba à su
 sobrina tragese la lana y le diese un trago de
 aguardiente como en efecto lo asi, echandolo de
 dicha botella que tenia asi à su Cabeza de
 una que habia en la Cocina, y en cierta ocasion
 por un mismo dia le mando Media limeta de
 aguardiente con la Nipa de Peipe, à que ella
 contesto que aun que era verdad tomaba su trago
 lo hacia con comentimiento del Padre por estar en
 forma del trapo, y sin embriagarse jamas
 siendo havimimo cierto que convidaba à Peales
 y que le remitio un poco de aguardiente en una bo-
 talle Mas no la mista como asegura, sobre que
 me le replico fue en efecto media limeta la que le
 regaló, y que, llevo ella à embriagarse tanto q.

tener en ellas los respectivos cuidados á que este repuso, que falta aquella á la verdad pues ya tiene referido en su declaracion todo lo que hizo en defenza de las milpas, y que mas podría Petra saver si las defendio y cuidó quando todo el dia estaba dentro de la Casa Calentandose al Sol bebiendo con la botella al lado, por señas de que siempre que el llegaba á hablarle mandaba a su sobrina tragese la tasa y le diese un trago de Aguardiente como en efecto lo asia, echandolo de dicha botella que tenia así a su cabeza ó de otra que habia en la cosina, y en cierta ocasion por eso mismos dias le mandó media limeta de Aguardiente con la Hija de Felipe, á que ella contextó que aun que era verdad tomaba su trago lo hasia con consentimiento del padre por estar enferma del Estomago, y sin embriagarse jamas siendo hasi mismo sierto que combidaba a Rosales y que le remitió un poco de Aguard.te (Aguardiente) en una botella mas no la mitad como asegura, sobre que este le replicó fue en efecto media limeta la que le regaló, y que, llegó ella á embriagarse tanto q.e (que)

se vio enferma tres dias hasta que a fuerza de baños
 se recuperó, lo que oíó, no se sabe cómo, haberse embri-
 gado confesando que aunque se dio los Baños fue
 por razón de que con ellos se alivia de sus males,
 y recomendará por Rosales sobre la especie que le contó
 de la ilícita amistad que llevaba el Padre con la
 Mujer del Dom. de la Haza de San Pedro
 y bice que hizo ella para llevarla con cuyo mo-
 tivo dexó solo la Hazienda y en disposición de que
 la Saquearían los Inmigrantes Dixo: es entera-
 mente falsa semejante acaçion, pues no síla Dixo
 ni con que se procediese, á que sepa Rosales
 quien por señas de que fue un dia por la tarde
 estando solo con ella en la puerta del Sahuan de
 la Hazienda, lo que bolvió á Nican Petta ad-
 virtiendo que solo le hablaba un bien y el de
 la expuesta Mujer por haverle dado la Salud, pero
 Rosales insistió en que no fue sino lo que ha
 dicho, y afirmó bajo el juram^{to} que ha puesto
 sin que de ninguna otra persona hubiese sa-
 bido ni podido saber semejante especie por el

se vio enferma tres dias hasta que á fuerza de baños se recuperó, lo que oído por Petra negó haverse embriagado confesando que aunque se dio los Baños fue por razon de que con ello se alibia de sus males; y recombenida por Rosales sobre la especie que le contó

de la ilícita amistad que llevaba el Padre con la muger del Adm.or. (Administrador) de la Haz.^a (Hacienda) de San Pedro y biage que hizo á ella para llebarsela con cuyo motibo dexó solo la Hazienda y en disposicion de que las saquearán los Ynsurgentes Dixo: es enteramente falza semejante asercion, pues no se la Dixo, ni son esos sus procederes, á que repuso Rosales que si por señas de que fue un dia por la tarde estando solo con ella en la puerta del Sahuan de la Hazienda, lo que bolbio á negar Petra adbirtiendo que solo te hablaba mil bienes de la expresada muger por haverle dado la Salud; pero Rosales insistió en que no fue sino lo que ha dicho, y a firma bajo el Juram.to (Juramento) que ha prestado sin que de ninguna otra persona hubiese sabido ni podido saver semejante especie por el

Dos reales.

**SELLO TERCERO, DOS REALES.
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



Poco tiempo que llevaba de estayendo-
mo habiendole dicho tambien que si el Padre no
bolbia como lo Cruzal entonces si que ella y todos
se harian de dar ma grande emborrachada bay-
lando y Cantando a su Satisfacion, sobre todo lo
que bolbia a replicar ser falso, y combiniendo Pro-
sales sino se acordaba esto que le havia dicho en
el Camino viniendo para una Ciudad y que si el
Padre bolbia se dice que todo lo que faltaba de
la Naz.^a se lo harian llevar los Indios unes, y que
si traia la intencion que se deia de matar los
Europeos a los Criollos, primero lo bolaria a un
balazo lo que lebandole ella a mal, contrajo q.
primero el que el Padre Dixo: no hubo ni pau-
tal cosa pues esta es una quimera que le leban-
ta para confundir lo que entonces se traxo a
la Nazionda en unos Buenos, y lo que dio. D
quaxda en San Juan a unos Indios compa-
nes de unos a que contrajo sea verdad lo que afir-
ma y que aunque trajo y dio a Quaxda una

poco tiempo que llevaba de Mayordomo habiendole dicho tambien que si el Padre no bolbia como lo creya entonces si que ella y todos se havian de dar una grande emborrachada baylando y cantando á su satisfacion, sobre todo lo que bolbió á replicar ser falso, recombiniendo Rosales sino se acordaba de lo que le havia dicho en el camino biniendo para esta ciudad de que si el Padre bolbia se le dixese que todo lo que faltaba de la Haz.^o (Hacienda) se lo havian llevado los Insurgentes, y q.e (que) si traya la intencion que se desia de matar los Europeos á los Criollos primero lo bolaria de un balazo lo que llebandole ella a mal, contexto q.e (que) primero el que su Padre Dixo: no hubo ni pasó tal cosa pues esta es una quimera que le lebanta para confundir lo que entonces se traxo de la Hazienda en unos Burros, y lo que dio á guardar en San Juan á unos Yndios compadres suyos á que contextó ser verdad lo que afirma y que aunque trajo y dió á guardar esas

Dos reales.



**SELLO TERCERO, DOS REALES,
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



cora fue por que no se perdieren y para debolber-
lar a la Hacienda como lo tiene verificado. Echo
Causa que durino dio al dñno del fisco y queno,
donde una la Cuenta se fu imdacion, el Libro ad
Cassa y deudas acitbas que estaba en un Capon ad
la Mula y la Mula de andadura Negra Blanca
y Pozo en que el y sus hijos andubieron durante la
imudacion Dico: que la primera se gauto en que se im-
bitio el citado Dinero con una mra los Papdes de la
Hacienda y solo tomo para si muy diez pesos segun
ha depuato: que no se extrauo el Libro de Casa puy
lo unico que tomo en su Mano fue la memoria de
deyas que deuo en la Casa; y es falso que el y
sus hijos andubien en una Mula Negra y Pozo que
se anuecan pues solo emillaban los Caballos que
dixaban los Inmigrantes, sobre lo qual le replico Pe-
tra sea conuante que se tomo el libro de Playa y q.
el y sus hijos andaban en la Mula Negra y Pozo
referido como que la primera curio en dia hasta la
puerta de la Casa Alvarado, y Rosaly inuicio

cosas, fue por que no se perdiesen y para devolverlas á la Hazienda como lo tiene berificado. Echo cargo que destino dio al dinero del fierro y queso donde esta la cuenta de su imbercion, el Libro de caja y deudas actibas que estaban en un Cajon de la mesa y la mula de andadura llegua Alazana y Potro en que el y sus hijos andubieron durante la insurreccion Dixo: que la cuenta de gastos en que se imbertió el citado Dinero constará entre los Papeles de la Hazienda y solo tomó para si unos diez pesos segun ha depuesto: que no se extraxo el Libro de Caja pues lo unico que tomó en sus manos fue la memoria de rayas que dexó en la Casa, y es falso que el y sus hijos andubiesen en la mula llegua y potro que se asientan pues solo ensillaban los caballos que dexaban los Ynsurgentes, sobre lo qual le replico Petra ser constante que se tomó el libro de Rayas y q.e (que) el y sus hijos andaban en la mula Llegua y Potros referidos como que la primera entró un dia hasta la puerta de la Casa retosando, y Rosales insistió

cum Necesse concluduntur ambo in que
solo a Verdad lo que tienen dicho expresan en
sus respectivas declaraciones y por el precio en
que se satisficam y Confirman bajo el juram.
interpuesto. Todo que se ha sido y firmo presiti-
ano No han endolo Perra por un error no sa-
ver doy fe

[Signature] Puciliano Anto Rosales
CMA.

Mar. no. Luján

[Signature] Jose V. Urbina

Atto de Santa-
do al Pico. Soluca Enero 4 de 1844.

Entado a Puciliano Antonio Rosales por de
termino legal. Aflo proveo y firmo con los
los de asistencia y Don Edoles Guizarra
Comidor de esta Ciudad de.

[Initials]

[Signature] Jose V. Urbina
CMA.

Mar. no. Luján

Notificación
de traslado al
Pico.

En cinco de dicho mes como en una Real sen-
cel Puciliano Antonio Rosales con perso-
na que conozco le Notifique el traslado man-

en su negatiba concluyendo ambos en que solo a verdad lo que tiene dicho a firmar en sus respectibas declaraciones y precente careo en que se ratifican y confirman bajo el juramen.to (juramento) interpuesto leido que les ha sido y firmó Prisiliano no hasiendolo Petra por insinuar no saver doy fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

Prisiliano An.to (Antonio) Rosales

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

assa. (asistencia)

José Vic.te (Vicente) Urbina

[Al margen: Auto de traslado al Reo]

Toluca Enero 4 de 1811

Traslado á Prisiliano Antonio Rosales por el termino legal. Asi lo proveo y firmo con los

los de asistencia yó Don Nicolas Gutierrez corregidor de esta Ciudad.

[Rúbricas]

assa. (asistencia)

Nicolas Gutierrez

José Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

[Al margen: Notificación de traslado del Reo]

En sinco de dicho precente en esta Real Carcel Preciliano Antonio Rosales en su Persona que conozco le notifique el traslado man-

dato Correr en el auto anterior a que entendido Dixo: lo oye y para contextualarlo se le entreguen los de la Materia. Esto respondió y firmó doy mi fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

Prisiliano An.to (Antonio) Rosales

assa. (asistencia)

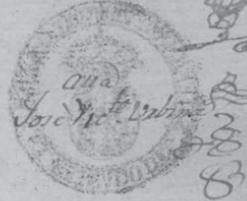
Mar.no (Mariano) Luja

assa. (asistencia)

14
dado Correr en el auto anterior el que entendi-
do Dias lo Oye y para consecarlo sele entruen
los Carta Matena. Ojo Lapandis y firmo Day

M. fe
[Signature]

Parisiliano Anto. Corales



ana.
Mar. no Liza

Saca el y En el mismo dia yo el Comodoro Day fe
ctados.

Se uncoan enq Auto en traslado a Antonio

M. Rosales en \$ 2da. Utiles y lo firme

[Signature]

Alta
Corte de Justicia

ana.
Mar. no Liza

re me han seguido p. con...

José Vic.te (Vicente) Urbina
[Al margen: Saca de los Autos.]

En el mismo día yó el Corregidor doy fé se entregan estos autos en traslado á Antonio Rosales en fs. (fojas) 27 utiles y lo firme.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)

José Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

Dos respos.



SELLO TERCERO. DOS REPOS.
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHO CIENTOS ONCE.



Toluca Enero 14 de 1811. Fox pucastado y p...
proveyo que en justicia Comuonda para una Camp...
por Auencia al Lic Don Jose Estan Guzman...
Abogado de la N. Audiencia de Mexico y Residente...
en el Pueblo de Atlixco, y p...
para. Atri lo propio y firmo con lo de Auencia...
Lo Don Nicolas Guzman Caballero...
en Pucillano Antonio Rosales vecino de la P...
subdo de esta Diego de esta jurisdiccion, predio propio de los RR. P...
Ciudad y su...
Dn. que au...
en la p...
trava...
sobre q. cometi varios exeres en dha finca de acuerdo...
con las tropas insurgentes, supuesta la causa que...
a su pedimento se me esta formando, y el traslado...
q. de ella y el escrito de formalizacion se me ha comu...
nicado, contestandolo en toda forma de dño, y bajo las...
protestas mas utiles y necesarias digo: q. la justifi...
cacion de C. en vista de q. la indicada acusacion...
carece de fundam. alguno legal, se hade servir de...
clararme inocente, y en consecuencia mandar que...
se me ponga en libertad satisfaciendose me antes...
los perjuicios danos y menoscabos, q. inconsumam...
se me han seguido p. el tiempo q. e estado en e...

Handwritten signatures and notes on the left margin, including 'Don N. de Guzman' and 'Don N. de Guzman'.

Toluca Enero 14 de 1811. Por presentado y para pro verlo que en justicia corresponda pase esta Causa por asesoria al Lic. Don José Maria García Figueroa Abogado de la R.l (Real) Audiencia de México y residente en el Pueblo de Almoloya, previa citacion de las partes. Así lo proveo y firmo con los de asistencia Yó Don Nicolas Gutierrez Caballero Maestrante

[Al margen de la R.l. (Real) de ronda Correg.or (Corregidor) subd.º (Subdelegado) de esta Ciudad y su Jurisd.n (Jurisdicción) que autuo en la formatoria.]

Priciliano Antonio Rosales Vecino de la Haz.da (Hacienda) de San Diego de esta Jurisdiccion, predio propio de los R. R. (Reales Reyes) P.J. (Por Justicia) del Hospicio de Sn. (San) Nicolas del qual fui mayordomo, preso en esta R.l (Real) carcel a instancia y acusasion formal de su administrador Fray Antonio de la Purificasion, sobre q.e (que) cometí varios exesos en dha. (dicha) finca de acuerdo con las tropas Insurgentes, supuesta la causa que á su pedimento se me esta formando, y el traslado q.e (que) de ella y del escrito de formalisacion se me ha comunicado, contestandolo en toda forma de dro. (derecho), y bajo las protestas mas utiles y necesarias digo: q.e (que) la justificacion de C. (Causa) en vista de q.e (que) la indicada acusación carece de fundam.to (fundamento) alguno legal, se hade servir declararme inocente, y en consecuencia mandar que se me ponga en libertad satisfaciendoseme antes los perjuicios daños y menoscabos, q.e. Inconcusam.te (Inconcusamente) se me han seguido p.r. (por) el tiempo q.e (que) é estado en esta

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

assa. (asistencia)

José Vic.te (Vicente) Urbina

infusta prision.

Es conforme a dño q. asi se execute, p. q. siendo constante q. no tubo el mas minimo participio en el delito de la Haza^{da} p. consecuencia necesaria no debto ser responsable a cosa alguna; en este concepto admira q. se diga estoy convencido del delito que se me acusa, y que p. lo mismo se me debe aplicar la condigna pena, desde luego se habra creido q. este conveniemento proviene o redimido de los testigos examinados en § 2, 3, 4, 5, y 6. de esta causa, veamos pues quienes han sido estos deponentes, y quales sus declaraciones, pues el 1.º fue Petra Paulina cocinera del p.º y los otros dos sus sobrinos de la referida nombrados Juan Alvarez y su muger Teresa Maxiana Maxini, aquella ha sido el móvil de esta injusticia p. adular y lisonjear a su amo, y para el mismo efecto se coludio con sus sobrinos intentando de este modo, q. sus crímenes quedasen ocultos haciendo alarde de su buen porte, y considerando q. de este modo aunq. yo dixere lo q. me habia comunicado contra el honor del p.º Fray Ant.º no se me prestaría asenso.

Por esta natural causa no lo merecen las deposiciones de los testigos examinados, p. q. se deben surgar partes y p. lo mismo son indig-

injusta prision.

Es conforme a dro. (derecho) q.e (que) asi se execute; p.r (por) q.e (que) siendo constante q.e (que) no tube el mas minimo participio en el destroso de la Haz.da (Hacienda) p.r (por) consecuencia necesaria no debo ser responsable á cosa alguna, en este concepto admira q.e (que) se diga estoy convencido del delito que se me acusa, y que p.r (por) lo mismo se me debe aplicar la condigna pena, desde luego se habra creido q.e (que) este convencimiento proviene ó redunde de los testigos examinados a fs. (fojas) 2, 3, 4, 5 y 6 de esta causa, veamos pues quienes han sido estos deponentes, y quales sus declaraciones, pues el 1.º fue Petra Paulina cocinera del P.e (Padre) y los otros dos sus sobrinos de la referida nombrados Juan Alvares y su muger Josefa Mariana Maruri, aquella ha sido el mobil de esta injusticia p.r (por) adular y lisongear á su amo, y para el mismo efecto se coludio con sus sobrinos intentando de este modo, q.e (que) sus crímenes quedasen ocultos haciendo alarde de su buen porte, y conciderando q.e (que) de este modo aunq.e (aunque) yo dixese lo q.e (que) me habia comunicado contra el honor del P.e (Padre) Fray Ant.º (Antonio), no se me prestaria asenso.

Por esta natural causa no lo merecen las deposiciones de los testigos examinados p.r (por) q.e (que) se deben Juzgar partes y p.r (por) lo mismo son indig-

nos se fee judicial sur dichos, nadie ignora²³ el
 proyecto con q.^e se han dirifido las tropas se los
 insurgentes, reducido seg.ⁿ ellos vociferaban a mat.ⁿ
 a los Europeos, en esta virtud no es extraño q.^e me die-
 ran orden se prendex al p.^e o de matarilo, lo q.^e a mi
 parecer se debe probar es q.^e trate se reducir a efec-
 to este mandato, o q.^e se alg.ⁿ modo lo procure, siendo
 tan contraria mi intencion q.^e lo recibí q.^e se regre-
 so del Toropio con atencion y subordinacion, y q.^e
 dixan q.^e esta no es prueba bastante se la buena dis-
 posicion con q.^e se hallaba mi coraⁿ, p.^a executarlo
 no me faltaron armas, y a may.^{to} abundam.^{to} conta-
 ba seguram.^{te} con el amparo se los indios de S. Andres
 quienes oieron quando se me cometio el orden.

No hay duda en esto, p.^a q.^e en todos los lugares
 q.^e pisaron ari lo practilaban, lo mismo, debersa decir
 se sobre la extraccion se ganados, lo q.^e no se podia
 evitar solo con el ruego y suplicas, las q.^e hize bien
 rendidas p.^a q.^e no vacaven los bueyes se labor y si
 las otras veces, como no tan necesarias a la finca,
 y aunq.^e faltan nueve se aquellos eran se los indi-
 os q.^e estaban en prendal p.^a sur deudas, las q.^e pen-
 donaron los enemigos y autoritativam.^{te} entregaron
 a sur dueños, todo esto ha sido contra el claro
 dño se la finca, pero se ninguna manera se me

nos de fee Judicial sus dichos, nadie ignora el proyecto con q.e (que) se han dirijido las tropas de los insurgentes, reducido seg.n (según) ellos vociferaban á mat.r (matar) a los Europeos, en esta virtud no es extraño q.e (que) me dieran orden de prender al P.e (Padre) ó de matarlo, lo q.e (que) á mi parecer se debe probar es q.e (que) trate de reducir a efecto este mandato, ó q.e (que) de alg.n (algún) modo lo procure; siendo tan contraria mi intencion q.e (que) lo recibí q.do (cuando) se regreso del Hospicio con atencion y subordinacion; y q.n (quien) dira q.e (que) esta no es prueba bastante de la buena disposicion con q.e (que) se hallaba mi coraz.n (corazón) p.º (para) ejecutarlo no me faltaron armas, y á may.r (mayor) abundam.to (abundamiento) contaba seguram.te (seguramente) con el amparo de los indios de S.n (San) Andres quienes oieron quando se me cometio el orden.

No hay duda en esto, p.r (por) q.e (que) en todos los lugares q.e (que) pisaron asi lo practicaban, lo mismo debera decirse sobre la extraccion de ganados, las q.e (que) no se podia evitar solo con el ruego y suplicas, las q.e (que) hize bien rendidas p.º (para) q.e (que) no sacasen los bueyes de labor y si las otras reces, como no tan necesarias á la finca, y aunq.e (aunque) faltan nueve de aquellos eran de los indios q.e (que) estaban en prendas p.r (por) sus deudas, las q.e (que) perdonaron los enemigos y autoritativam.te (autoritativamente) entregaron á sus dueños, todo esto ha sido contra el claro dro. (derecho) de la finca, pero de ninguna manera se me



Dos reales.

SILLO TERCERO, DOS REALES,
ANOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.



puede arguir se colusion con los citados indios
deudores se ^{re} *Andres*, ni mucho menos con los
insurgentes, aquellos desde luego y enos se orgu-
llo y soberbia q^o el patrocinio se las tropas, no
querian trabajar en algunas ^{das} *Haz.* sino era pa-
gandoles dos reales diarios los q^o en efecto pago
D^o Ant^o Bartolomea y otros *S^{er} Hacendados*,
y ni remotam^{te} debexa presumirse q^o esto acae-
riere por influxo mio, y succeribam^{te} viendo los
indicados q^o les ha faltado aq^o apoyo, tan ce-
sando en sus iniquos procedimientos, y princi-
palm^{te} con la prision q^o se executo el *Alcalde*
y tres de sus oficiales.

De aqui se deduce sin tropiero alguno q^o en
cota alguna se quanto perdio las fincas tube el
mar minimo participio, y q^o me fue moralmente
imposible el estorbarlo, y que solo faltaron se los
efectos comestibles lo q^o se consumio en mi casa,
lo q^o estoy pronto a satisfacer sin enbargo de
habermelo entreg^{do} la cocinera, a reguzandome
q^o era voluntad del amo el q^o lo gustaramos,
pues asi se lo habia dicho al partirse p^a *she*.

puede arguir de colusion con los citados indios deudores de S.n (San) Andres, ni mucho menos con los insurgentes, aquellos desde luego yenos de orgullo y soberbia p.r (por) el patrocinio de la tropas, no querian trabajar en algunas Haz.das (Haciendas) sino era pagandoles dos reales diarios los q.e (que) en efecto pagó D.n (Don) Ant.º (Antonio) Barbabosa y otros Sres. (Señores) Hacendados, y ni remotam.te (remotamente) debera presumirse q.e (que) esto acaesiese por influxo mio, y succesibam.te (sucesivamente) viendo los indicados q.e (que) les ha faltado aq.l (aquel) apoyo, ban cesando en sus iniquos procedimientos, y principalm.te. (principalmente) con la prision q.e (que) se executo del Alcalde y tres de sus oficiales.

De aqui se deduce sin tropiezo alguno q.e (que) en cosa alguna de quanto perdio la finca tube el mas minimo participio, y q.e (que) me fue moralmente imposible el estorbarlo, y que solo faltaron de los efectos comestibles lo q.e (que) se consumo en mi casa, lo q.l (qual) estoy pronto á satisfacer sin envargo de habermelo entreg.do (entregado) la cocinera, asegurandome q.e (que) era voluntad del amo el q.e (que) lo gustaramos, pues asi se lo habia dicho al partirse p.º (para). Me-

Dos reales.



**SELLO TERCERO, DOS REALES;
AÑOS DE MIL OCHOCIENTOS
DIEZ Y OCHOCIENTOS ONCE.**



xico, ya he dicho sobre los nuevos cargos q.^e no tome
libro alguno y si el rayador q.^e dese en mi casa, y
q.^e los caballos q.^e montaban mis hijos eran los q.^e defa-
ban los insurgentes, p.^o lo q.^e no puedo dar otra raz.ⁿ
se la mula yegua y potrero, sino q.^e los enemigos se
las yebaron, de los catorce pesos y pico producto del que-
so y del dinero q.^e recibí de D.ⁿ Antonio Barbatoro, ya
tambien he asegurado q.^e se invirtieron en gastos de
la Par.^{da} declarando igualm.^{te} q.^e me quedarían sobran-
tes como diez pesos y todo lo q.^e y su distribución base
oportuna cuenta, en esta atencion concluyo suplican-
do tenga V. a bien determinar segun y como pedi al
principio, q.^e repito p.^a finalizar, fueso en forma V.

Lic. José Luis Guerrero

En el mismo dia se solicitó a el R.^o P.^o Sr. Antonio D.
la purificación para hacerle la citacion prevenida y se dio
noticia hallare en el mes de donde bolviera de m. dia
a otro. Y para que conste losiemo por dilig.^a que fir-
me doy

M. *[Signature]* ana *[Signature]* En

xico, ya he dicho sobre los nuebos cargos q.e (que) no tome libro alguno y si el rayador q.e (que) dexen en mi casa, y q.e (que) los caballos q.e (que) montaban mis hijos eran los q.e (que) dejaban los insurgentes, p.r (por) lo q.e (que) no puedo dar otra raz.n. (razón) de la mula yegua y potro, sino q.e (que) los enemigos se las yebaron, de los catorce pesos y pico producto del queso y del dinero q.e (que) recibí de D.n (Don) Antonio Barbabosa, ya tambien he asegurado q.e (que) se invirtieron en gastos de la Haz.da (Hacienda) declarando igualm.te (igualmente) q.e (que) me quedarían sobrantes como diez pesos de todo lo q.l (qual) y su distribucion dare oportuna cuenta, en esta atencion concluyo suplicando tenga C. (Causa) á bien determinar segun y como pedi al principio, q.e (que) repito p.º (para) finalizar, juro en forma.

[Rúbrica]

Lic.do (Licenciado) José Luis Guerrero

En el mismo dia se solicitó á el R.º (Reverendo) P.e (Padre) F. (Fray) Antonio de la purificacion para hacerle la citacion prevenida y se dio noticia hallarse en Mexico de donde bolverá de un dia á otro. Y para que conste lo asiento por dilig.º (diligencia) que firme doy fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Lujá

José Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

En

quime presente en esta Real Capel el Pbro
Don Antonio Rosales en persona que conosco
le sea con el auto anterior para los fines que indica,
de que advertido Dixo lo oye se da por cuido y lo

firmo de que doy fe
[Signature]



En
Jose No. Urbina

Max. no. Lina

En diez y ocho de dicho mes el Sr. Padre P. Antonio
esta Purificacion en persona le hizo igual cuido
que la antecedente de que entendido Dixo: lo oye
se da por cuido y lo firmo de que doy fe

[Signature]
En Aut. de la Purificacion



En
Jose No. Urbina

Max. no. Lina

Se transcribio en este estado. Doy fe



[Faint, mostly illegible text at the bottom of the page, possibly bleed-through or a second page's content.]

quinse presente en esta Real Carcel el Reo Prisiliano Antonio Rosales en su persona que conosco le cite con el auto anterior para los fines que indican, de que entendido Dixo lo oye se da por citado y lo firmó doy fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

José Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

En diez y ocho de dicho presente el R.º (Reverendo) Padre F. (Fray) Antonio de la Purificacion en su persona le hise igual citacion que la antesedente de que entendido Dixo: lo oyé se da por citado y lo firmo de que doy fé.

[Rúbricas]

N. (Nicolás) Gutierrez

assa. (asistencia)

Mar.no (Mariano) Luja

José Vic.te (Vicente) Urbina

assa. (asistencia)

Se Aransilio en este estado. Doy fee

La ideología de género: una explicación desde la filosofía

Ana Teresa López de Llergo Villagómez*

* Maestra en Pedagogía y en Historia del Pensamiento por la Universidad Panamericana. Dra. en Ciencias de la Educación por la Universidad de Navarra, Pamplona. Docente e investigadora en el área de filosofía de la educación en la Universidad Panamericana. Profesora invitada por la Universidad Simón Bolívar; por el Centro Panamericano de Humanidades en Monterrey y por la Universidad del Istmo en Guatemala. Ponente en más de cien foros internacionales en América, Europa y Asia. Autora de los libros: "Valores, valoraciones y virtudes", "Educación en valores, educación en virtudes", "Las etapas de la vida" y "Caracterología relacional".

1. Introducción

La filosofía, como la etimología de la palabra lo expresa, es amor a la sabiduría, busca el saber, busca la verdad, busca el conocimiento recto y real. Por eso, la filosofía presenta lo parcial como parcial y lo total como total. La filosofía es el quehacer humano que indaga sobre las causas últimas de las cosas con el ejercicio de la razón. En este campo, la metodología científica consiste en una recta argumentación que parte de los descubrimientos proporcionados por las ciencias particulares, con la finalidad de concluir explícitamente lo que estaba implícito en los datos iniciales. La filosofía, según el objeto de estudio, tiene subdivisiones: a grandes rasgos se puede hablar de una parte especulativa y otra práctica. En la segunda parte se encuentran la Lógica, cuyo objetivo es enseñar a razonar con facilidad y sin error, y la Ética, que procura fomentar la moralidad de los actos humanos.

La parte especulativa se ocupa de descubrir y explicar cómo es la realidad, por eso se puede hablar de Cosmología cuando se estudia el universo y las criaturas inertes. Está la Filosofía de la naturaleza cuyo objeto son los seres vivos; la Antropología se enfoca al ser humano; la Gnoseología investiga el modo de conocer, etcétera; pero, la parte más profunda es la Metafísica, que da respuesta a las preguntas más incisivas que nos hacemos: qué es la realidad, cuáles son sus principios constitutivos, qué es el cambio, qué es la duración, en qué consiste la finalidad de las cosas, qué es lo necesario y qué lo contingente; qué es la verdad, el bien y la belleza...

La historia de la filosofía es muy rica, tan rica como es la singularidad de los seres humanos y los efectos de su trabajo intelectual. Sin embargo, en la actualidad, podemos esquematizar los resultados del trabajo filosófico en dos grandes vertientes, el de la filosofía realista y el de la filosofía inmanentista. La filosofía realista, que está vinculada a la herencia aristotélica tomista, busca observar e investigar el entorno con absoluto respeto, para conocer de manera objetiva y adecuada. También considera el proceso natural del ser humano para captar lo que le rodea. La otra corriente, la inmanentista, reproduce planteamientos aparecidos desde la antigüedad, pero con el cartesianismo, a partir del siglo XVII, se estructura como sistema de pensamiento. El inmanentismo identifica el conocimiento con la opinión sobre la realidad, vale más lo que se piensa de la realidad que la realidad misma. En la filosofía realista también se toma en cuenta la opinión, pero ésta siempre se coteja con la realidad. En la inmanencia, la opinión se hace autónoma respecto de la realidad; es el pensar por el pensar. En el realismo es el pensar a partir de los datos de la realidad.

El inmanentismo al dar la independencia al proceso de pensar y a los contenidos del pensamiento, desligados de lo real, ha propiciado las ideologías. Una ideología consiste en la absolutización de una idea. Entonces, la idea ya no hace referencia a su correspondencia con lo existente, ahora ella tiene la última palabra, de manera que aunque se refiera a un aspecto, si la idea gusta para abarcar otros aspectos así se adoptará. En este caso la extensión de dicha idea se amplifica. En otros casos se puede reducir. En definitiva, la ideología marcha por sí sola y se desvincula imponiéndose por sí misma.

Desde la época de oro de la filosofía griega, un capítulo muy importante de la Lógica es la explicación de los predicables.¹ Los predicables son los distintos modos de atribuir un concepto a un sujeto, con relación a alguna característica suya. Estos modos de predicar se fundamentan en el modo de ser. Por ejemplo: animal se divide en racional e irracional, de allí surge una jerarquización de acuerdo a la complejidad de las operaciones de los animales irracionales. Algunos conceptos se incluyen en otros: oro hace referencia a metal, libertad hace referencia a voluntad. También hay nociones opuestas: ceguera con vista, obscuridad con iluminación. Todas estas relaciones lógicas complejas han de acomodarse siempre a la complejidad de lo real.

Los predicables esenciales son la especie, el género y la diferencia específica. La especie es el predicable que significa la esencia completa del individuo, incluye todos los rasgos definitorios. Por eso, conviene a todos los seres que caen bajo ella y sólo a ellos, por ejemplo: león, nogal, gato. El género es el predicable que indica una parte de la esencia común a otras especies. El género se obtiene por abstracción de muchos individuos y también de muchas especies que convienen en algo común. Por ejemplo, cuando de muchas especies se abstrae el concepto genérico de animal: v.gr. Juan es viviente, el león es animal, el nogal es vegetal. La diferencia específica es el predicable que significa la característica propia de la especie y distinta de las demás. Por ejemplo: hombre y caballo son animales, pero el hombre es racional y el caballo tiene equinidad.

El género en la lingüística designa una propiedad de algunos términos gramaticales. Así, en castellano, como en otros idiomas, los sustantivos, pronombres, adjetivos y algunas formas verbales pueden tener tres géneros: masculino, femenino y neutro. Pero, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, comenzó a utilizarse el término género para designar las diferencias socioculturales entre el varón y de la mujer. Con ello se pretendía afirmar que es preciso distinguir entre lo que es dado por la naturaleza biológica, a lo que

¹ Cf. Sanguineti, Juan José, *Lógica*, pp. 75 y ss.

se le denomina "sexo", de las construcciones culturales hechas según los roles o estereotipos que cada sociedad asigna a los sexos, a las que se denomina "género".

En la actualidad, el concepto de género se ha ideologizado. La masculinidad y la feminidad no están determinados por el sexo, sino por la cultura. El género atiende a las relaciones entre mujeres y hombres, basadas en roles definidos socialmente que se asignan a uno u otro sexo. La ideología de género, como estrategia, propone una cultura sin sexos, pero sí con orientaciones sexuales, en la que cada persona independientemente de las características biológicas con las que nazca, pueda escoger libremente la orientación sexual por la que sienta inclinación. Las evidentes diferencias anatómicas no se cuestionan, se rechaza el concepto de naturaleza humana y también la familia, considerándola el espacio donde se transmiten los "estereotipos" de conductas asumidas, asignando lo que es femenino y masculino, y también por ser un espacio jerárquico y autoritario fomenta la violencia. Por eso, también cambia la concepción de la sociedad.

Para hablar de la identidad sexual de la mujer y el varón es indispensable apelar a los conceptos de género y sexo, que siempre han existido. El problema contemporáneo se debe a que se han separado, se han sustituido o se han confrontado. Por esta causa se ha abierto una profunda brecha entre sexo y género, algo que parece ser una nota distintiva de la actual cultura fragmentaria. De hecho, en la última década no sólo no se ha tratado de unir sexo y género, sino que se ha procurado disociar todavía más lo significado por cada uno de ellos y se ha fragmentado la identidad de la persona humana, primero a nivel teórico, luego a nivel de los comportamientos, pues los conceptos, las ideas y su aplicación no da igual ni queda relegado, sino que influye y deja una huella muy honda en el terreno práctico. Lo real se da en cada persona y ésta sólo es según uno de estos dos modos: hombre o mujer.

En las sociedades democráticas es necesario contar con un mínimo de aspectos reconocidos como verdaderos para poder establecer diálogos y acuerdos, por ejemplo, el respeto a la libertad ajena, la apertura al diálogo en paridad de condiciones con quienes no comparten sus opiniones. Si, por el contrario, no se admiten estos mínimos, por el temor al dogmatismo o al fanatismo, será prácticamente imposible la convivencia constructiva.

2. El género desde la filosofía realista

La filosofía realista se caracteriza por obtener sus datos de la realidad,

de las criaturas que nos rodean. A partir de ese contenido se hace la especulación y cuando se llega a una conclusión siempre se vuelve a la realidad, para cotejar la congruencia del proceso, si no la hay, se regresa a una nueva argumentación. Se puede decir que al principio y al final del trabajo intelectual se da primacía a lo que existe, tal como es. Un principio básico afirma que no hay nada en el conocimiento que no haya pasado por los sentidos, por eso, el pensar no es independiente del entorno, y para estar seguros de la inexistencia del error basta con comparar la correspondencia de lo pensado con la realidad.

Al analizar lo existente, encontramos a la esencia, como estructura formal. La esencia señala el modo de ser de cada uno. Cuando nos preguntamos, ¿qué es esto en esencia?, ¿se trata de algo esencial?, ¿estamos hablando de lo esencial? Todas estas expresiones apuntan al sentido metafísico de la esencia. La esencia también tiene como sinónimo la palabra naturaleza. La naturaleza es la esencia en cuanto a principio de operaciones.² Cada criatura tiene unas posibilidades y ellas se despliegan al ejecutar aquello para lo cual tienen capacidad. Esto explica por qué exigimos un comportamiento propio de cada cosa: cada uno actúa según lo que es. Además, la naturaleza, lo recibido, no se modifica por el pensar o por una voluntad mayoritaria. Si se llega a modificar es porque ese sujeto pasó a ser otra cosa.

La esencia de la persona humana es la “animalidad racional”. En la esencia humana se incluye lo que especifica (racionalidad) y el género (animal). Como el obrar sigue al ser, cada quién puede obrar según su naturaleza específica, dando de sí todo lo que es, aunque en el caso de los seres humanos, por desgracia, pueden hacer menos de lo señalado por su naturaleza, pero nunca pueden hacer más de lo signado por ella. Y la naturaleza actúa por medio de las facultades, el pensamiento es gracias a la inteligencia y las elecciones por la voluntad. La inteligencia busca la verdad, y la voluntad, el bien. Se da la verdad en la inteligencia cuando se afirma ser lo que es y se niega ser lo que no es.³ “La verdad se halla en el entendimiento en cuanto conoce las cosas como son; y la verdad se halla en las cosas en cuanto tienen un ser que es conformable al entendimiento”.⁴ La voluntad persigue el bien. Hay un bien en toda criatura que consiste en existir, pero, como el ser humano actúa, es buena la operación que le perfecciona de acuerdo a su naturaleza, en esto consiste el criterio de bondad, y no en las apetencias sujetas al cambio o

2 Cf. Gómez Pérez, Rafael, *Introducción a la Metafísica*, pp. 85–87.

3 Cf. *Idem*, p. 181.

4 Aquino, Tomás, *Suma Teológica*, I, q. 16, a. 5.

en las preferencias sometidas a los estados de ánimo. "El bien es el ente considerado en su término: *ens perfectum*, de per-ficio, llevar a término".⁵

El género en la filosofía realista mantiene siempre la relación con la naturaleza de los seres, afirma que el contenido de nuestra inteligencia siempre parte de la realidad, por eso primero es el ser y luego el conocer. El proceso de conocer⁶ se inicia cuando aprendemos un lenguaje, entonces el conocimiento conceptual es impreciso y poco profundo. Al acumular muchas experiencias pasivas o activas logra, en un determinado momento, no fácil de detectar, la aparición de un significado mental, al principio no claramente advertido. Éste es un significado abstracto que se tiene desde pequeño, pero se es consciente de él después de varias experiencias y, entonces, se puede explicar cómo y porque se obtuvo.

La abstracción es la operación intelectual que separa y capta un contenido inteligible a partir de una experiencia. No está sujeta al control mental. Tampoco es el mero detectar automático de aspectos comunes en cosas variadas, no es una intuición inmediata. Podría considerarse una inducción pero no en el sentido científico, sino porque un contenido mental es inducido, no deducido, esto es, tomado o extraído de la experiencia. La experiencia demuestra que así es como nacen nuestros primeros conceptos. Aristóteles explicó la abstracción en términos de relación entre el intelecto y la experiencia. Tras un primer momento de elevación hacia el pensamiento abstracto, sigue un segundo momento de retorno a la experiencia, porque el conocimiento debe poseer la verdad y el cognoscente ha de saber que la posee.

La voluntad también juega su papel. Ella mueve a la inteligencia a realizar sus operaciones, pero, a la voluntad nadie la mueve, ella misma se mueve. La primacía de la voluntad sobre el entendimiento se debe a que ella mueve a la acción. Por eso, una voluntad mal dispuesta puede inducir al error: no se actúa conforme a la verdad porque eso no apetece a la voluntad. Así que, aunque en ocasiones se vean las cosas tal cuál son, la voluntad puede desear verlas de otro modo y se mantiene en esa posición. "Los errores intelectuales derivan en buena parte de cierta interferencia voluntaria, en el orden de la especificación –para que entienda que el objeto es de esta manera u otra-, de la que nos debemos precaver, si deseamos –como hemos de desearlo- hacer una crítica correcta del conocimiento y, como consecuencia, obtener la seguridad de un

5 Gómez Pérez, R, *ob. cit.*, p. 186.

6 Cf. Sanguineti, Juan José, *El conocimiento humano*, pp. 100 y ss.

conocimiento verdadero del objeto.”⁷ Por la estrecha interacción entre la inteligencia y la voluntad, es muy difícil señalar la dinámica cognoscitiva y el campo volitivo del ejercicio y la especificación.

Como la persona es una totalidad, los aspectos de la vida son más o menos vigorosos según sean los intereses, de ahí devienen las metas, los caminos para alcanzarlas, los medios; éstos a su vez influyen en nuevos procesos. En la relación sujeto cognoscente y objeto conocido, si se pone más énfasis en el yo, el resultado es más subjetivo, si se privilegia al objeto, el resultado será más objetivo.

En la persona humana, el sexo y el género –el fundamento biológico y la expresión cultural– no son idénticos, pero tampoco son completamente independientes. Para llegar a establecer una relación correcta entre ambos, conviene considerar previamente el proceso en el que se forma la identidad como varón o mujer. Los especialistas señalan tres aspectos de este proceso que, en el caso normal, se entrelazan armónicamente: el sexo biológico, el sexo psicológico y el sexo social. El sexo biológico suele denominarse simplemente sexo, mientras que el sexo psicológico y el social están unidos en el término género.

El sexo biológico describe la corporeidad de una persona. Se suelen distinguir diversos factores. El sexo genético o cromosómico –determinado por los cromosomas XX en la mujer, o XY en el varón– se establece en el momento de la fecundación y se traduce en el sexo gonadal que es responsable de la actividad hormonal. El sexo gonadal, a su vez, influye sobre el sexo somático o fenotípico, que determina la estructura de los órganos reproductores internos y externos. Conviene considerar el hecho de que estas bases biológicas intervienen profundamente en todo el organismo, de modo que, por ejemplo, cada célula de un cuerpo femenino es distinta a cada célula de un cuerpo masculino. La ciencia médica indica, incluso, diferencias estructurales y funcionales entre un cerebro masculino y uno femenino.

El sexo psicológico se refiere a las vivencias psíquicas de una persona como varón o mujer. Consiste en la conciencia de pertenecer a un determinado sexo. Esta conciencia se forma, en un primer momento, alrededor de los 2–3 años y suele coincidir con el sexo biológico. Puede estar afectada hondamente por la educación y el ambiente del niño.

7 Llano, Carlos, *Etiología del error*, p. 47.

El sexo sociológico o civil es el asignado a una persona en el momento del nacimiento. Expresa cómo es percibida por las personas a su alrededor. Señala la actuación específica de un varón o de una mujer. En general, se le entiende como el resultado de procesos histórico-culturales. Se refiere a las funciones, roles y estereotipos asignados en cada sociedad a los diversos grupos de personas.

Estos tres aspectos no están aislados unos de otros; se integran en un proceso más amplio para la formación de la propia identidad. Una persona adquiere progresivamente, durante la infancia y la adolescencia, la conciencia de ser ella misma. Descubre su identidad y, dentro de ella, cada vez más hondamente, la dimensión sexual del propio ser. Adquiere gradualmente una identidad sexual, dándose cuenta de los factores biopsíquicos del propio sexo, y de la diferencia respecto al otro sexo, y una identidad genérica -descubriendo los factores psicosociales y culturales del papel que las mujeres o varones desempeñan en la sociedad. En un correcto y armónico proceso de integración, ambas dimensiones se corresponden y complementan.

Una consideración especial merecen los estados intersexuales -los llamados intersexos-, ya que algunos argumentan que la existencia de personas transexuales y hermafroditas demostraría que no hay solamente dos sexos. Pero los estados intersexuales significan anomalías con características clínicas variadas; suelen ocurrir en una etapa muy precoz del desarrollo embrionario. Se definen por la existencia de contradicción de uno o más de los criterios que definen el sexo. Las personas transexuales disponen de una patología en alguno de los puntos de la cadena biológica que conduce a la diferenciación sexual. Sufren alteraciones en el desarrollo normal del sexo biológico y, en consecuencia, también del sexo psicosocial. No corresponde, por ejemplo, el sexo fenotípico plenamente con el sexo cromosómico y gonadal, o no corresponden los órganos sexuales externos e internos. Así, las personas transexuales perciben pertenecer al sexo opuesto del que indica su anatomía. En vez de utilizarlas como propaganda para conseguir la deconstrucción de las bases de la familia y de la sociedad, conviene mostrarles respeto y darles un tratamiento médico adecuado.

Hay que distinguir la identidad sexual -varón o mujer- de la orientación sexual -heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad. La orientación sexual comúnmente es la preferencia sexual que se establece en la adolescencia coincidiendo con la época en que se completa el desarrollo cerebral. Tiene una base biológica y es configurada, además, por otros factores como la educación, la cultura y las experiencias propias. Aunque los números varían según las diversas investigaciones, se puede decir que la inmensa mayoría de

las personas humanas son heterosexuales. Además, está la conducta sexual. En el caso normal, designa el propio comportamiento elegido, puesto que hay un margen muy amplio de libertad en el modo en que tanto la mujer como el varón pueden conducir su sexualidad.

Como la persona entera es varón o mujer, "en la unidad de cuerpo y alma", la masculinidad o feminidad se extiende a todos los ámbitos de su ser: desde el profundo significado de las diferencias físicas entre el varón y la mujer y su influencia en el amor corporal, hasta las diferencias psíquicas entre ambos y la forma diferente de manifestar su relación con Dios. Aunque no se pueda constatar ningún rasgo psicológico o espiritual atribuible sólo a uno de los sexos, existen, sin embargo, características que se presentan con una frecuencia especial y de manera más pronunciada en los varones, y otras en las mujeres. Es una tarea sumamente difícil distinguir en este campo. Probablemente nunca será posible determinar con exactitud científica lo que es típicamente masculino o típicamente femenino, pues la naturaleza y la cultura, las dos grandes modeladoras, están entrelazadas, desde el principio, muy estrechamente. Pero el hecho de que varón y mujer experimenten el mundo de forma diferente, solucionen tareas de manera distinta, sientan, planeen y reaccionen de manera desigual, tiene un fundamento sólido en la constitución biológica propia de cada uno.

La sexualidad habla a la vez de identidad y alteridad. Varón y mujer tienen la misma naturaleza humana, pero la tienen de modos distintos. En cierto sentido se complementan. Por esto, el varón tiende constitutivamente a la mujer, y la mujer al varón. Se necesitan mutuamente para desarrollar plenamente su humanidad. También en la relación marido-mujer, la sumisión no es unilateral, sino recíproca. Es un hecho biológico que sólo la mujer puede ser madre, y sólo el varón puede ser padre. La procreación se encuentra ennoblecida en ellos por el amor en que se desarrolla y, precisamente, por la vinculación al amor, es el centro de la persona humana como labor conjunta de los dos sexos. Tanto el varón como la mujer son capaces de cubrir una necesidad fundamental del otro. En su mutua relación, uno hace al otro descubrirse y realizarse en su propia condición sexuada. Uno hace al otro consciente de ser llamado a la comunión y capaz para entregarse al otro, en mutua subordinación amorosa. Ambos, desde perspectivas distintas, llegan a la propia felicidad sirviendo a la felicidad del otro.⁸

Lo que es igual no puede complementarse, puede sumarse y entonces hay más de lo mismo, en cambio, lo diverso sí que puede complementarse

8 Cf. Burggraf, Jutta, *Ideología de género*.

y así ambos se perfeccionan. Por eso, el sí definitivo a las diferencias, y el rotundo no a las atribuciones sobre las construcciones de género -masculino y femenino- no fundamentadas. Al concepto de diversidad se llega de forma intuitiva y clara, como consecuencia de la mera observación y también de numerosos hallazgos científicos en el campo de la psicología, de las neurociencias y las ciencias del comportamiento.

3. El género desde la filosofía inmanentista

La filosofía inmanentista, en el fondo, concibe al ser humano como alguien independiente, totalmente dotado para cualquier tipo de función que quiera realizar, porque la inmanencia concibe la operación como aquello cuyo inicio y término, o efecto, es interior al sujeto que obra.⁹ La inmanencia es opuesta a la trascendencia; ésta consiste en pasar de un ámbito a otro. En la inmanencia todos los datos para la operación mental están dentro, en el realismo esos datos hay que obtenerlos de fuera.

En la filosofía inmanentista, pensar es independiente de la realidad, no le hace falta, de hecho, se le da primacía al pensar sobre la realidad. En este aspecto hay una total discrepancia con la filosofía realista. Entonces, en la filosofía inmanentista, la realidad depende de cómo se piensa. El postulado de Descartes "pienso, luego existo", dio un giro de ciento ochenta grados al punto de partida: ahora ya no es la realidad pues el énfasis se pone en el pensamiento, éste es el punto de partida. Eso llevará a la autonomía absoluta de las personas, porque se da poder irrestricto a lo que cada uno piensa, y cada quién piensa a su manera, por lo tanto, se instala el subjetivismo. Los objetos en sí nada tienen que decir ni enseñar, pues cada uno tiene la capacidad de construir "su realidad" de acuerdo a su pensar. En tres siglos, el subjetivismo ha desencadenado el relativismo: el diseño de cada uno es independiente y distinto al de los demás. De esta manera, la Metafísica se abandona y cada persona fabrica su verdad y el orden moral también lo dicta cada uno, de acuerdo a las circunstancias y a la manera de afrontarlas. Ya no se distingue el todo de las partes, ya no hay primacía y seguimiento, ya no hay superioridad o inferioridad...

Los saberes pierden su articulación porque "ninguna ciencia particular estudia el ente universal en cuanto tal sino solamente una cierta parte del ser separada de las otras, acerca de la cual estudia la propiedad esencial, así como las ciencias matemáticas estudian cierto ser, a

9 Jolivet, Regis, *Diccionario de Filosofía*, voz "inmanencia".

saber, el ser cuantificado. Mas la ciencia común estudia el ser universal en cuanto ser; así es que no se confunde con ninguna de las ciencias particulares".¹⁰

El género en la filosofía inmanentista se desvincula de la realidad, los conceptos surgen del pensar y ya no se reconoce el origen del pensamiento fuera de la inteligencia, sino como un producto del proceso intrínseco. Lógicamente la conclusión es que lo pensado forja la realidad. Hay una inversión total respecto al realismo. Los conceptos son contenidos mentales asignados a la experiencia para organizarla mejor, pero no en el sentido de que la realidad tenga algo intrínsecamente esencial. El pensamiento, entonces, no remite a la naturaleza de las cosas. No hay naturalezas reales. Lo que llamamos naturaleza de una cosa es sólo una interpretación conceptual, o es algo creado por la cultura y las ciencias. Por consiguiente, el ser humano no tiene forma propia, y al no tener naturaleza, tampoco hay un señalamiento a su obrar.

En el realismo, cuando se dice racional, nos estamos refiriendo a una persona singular, al todo individual; es así que el género alcanza a la especie y al individuo. También los predicables esenciales incluyen no sólo la forma, sino también la materia. Hombre indica al individuo a través de su esencia, pero su esencia no es solamente el alma, sino el alma y el cuerpo. En el inmanentismo se separan alma y cuerpo, por eso, el género ha sustituido al sexo.

El término "género inmanentista" no considera diferencias entre el varón y la mujer –fuera de las obvias diferencias morfológicas-, pues descarta una naturaleza dada, sino que se refiere a meras construcciones culturales de acuerdo a los roles y estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos (roles socialmente construidos). En los idiomas en los que no se dispone de dos palabras diferentes (*sex-gender*, *sexo-género*), se suele hablar del sexo biológico y sexo psicosocial. Algunos apoyan la existencia de cuatro, cinco o seis géneros según diversas consideraciones: heterosexual masculino, heterosexual femenino, homosexual, lesbiana, bisexual e indiferenciado. Cualquier actividad sexual resulta justificable, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras. En consecuencia, varón y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como un masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como un femenino. La heterosexualidad, lejos de ser obligatoria, no significaría más que uno de los casos posibles de práctica sexual. Ni siquiera sería preferible

10 Aristóteles, *Metafísica*, IV, I. I.

para la procreación. Y como la identidad genérica (*gender*) podría adaptarse indefinidamente a nuevos y diferentes propósitos, correspondería a cada individuo elegir libremente el tipo de género al que le gustaría pertenecer, en las diversas situaciones y etapas de su vida.

Para llegar a una aceptación universal de estas ideas, intentan conseguir un gradual cambio cultural, por medio de la de-construcción de la sociedad, empezando con la familia y la educación de los hijos. La meta consiste en reconstruir un mundo nuevo y arbitrario que incluye, junto al masculino y al femenino, también otros géneros en el modo de configurar la vida humana y las relaciones interpersonales. Estas propuestas han encontrado un ambiente favorable en la antropología individualista del neoliberalismo radical. Se apoyan en diversas teorías marxistas y estructuralistas, y en los postulados de algunos representantes de la revolución sexual, como Wilhelm Reich (1897–1957) y Herbert Marcuse (1898–1979), que invitaban a experimentar todo tipo de situaciones sexuales. Más directamente aún, se puede ver el influjo del existencialismo ateo de Simone de Beauvoir (1908–1986), que anunció ya en 1949 su conocido aforismo: “¡No naces mujer, te hacen mujer!”, más tarde completado por la lógica conclusión: “¡No se nace varón, te hacen varón! Tampoco la condición de varón es una realidad dada desde un principio”. Los estudios socioculturales de Margaret Mead (1901–1978) también pueden incluirse en este proceso histórico que consolidó una nueva rama del feminismo radical, aunque la validez científica de sus aportaciones fue cuestionada por otros investigadores.

Al proclamar que los géneros masculino y femenino son el producto exclusivo de factores sociales, sin relación alguna con la dimensión sexual de la persona, los defensores de la teoría de género se oponen a un modelo, igualmente unilateral que el suyo, que sostiene justamente lo contrario: niega cualquier interacción entre el individuo y la comunidad a la hora de configurar la identidad personal como varón o mujer, y afirma que a cada sexo le corresponderían por necesidades biológicas unas funciones sociales fijas, invariables en la historia.¹¹

El concepto de género en la filosofía inmanentista da testimonio de un cierto afán de autosuficiencia porque ignora a la sexualidad humana como una clara disposición hacia el otro. Desconoce que la plenitud humana reside precisamente en la relación, en el ser-para-el-otro. Niega el impulso a salir de sí mismo, a buscar al otro y alegrarse en su presencia.

11 Cf. Burggraf, Jutt, *Ideología de género*.

4. La aplicación contemporánea del género

En todas las épocas de la historia de la humanidad subyacen o filosofías o ideologías que marcan el rumbo del estilo de vida, de las metas, de los ideales, de los enfoques para resolver los problemas. Cuando se trata de filosofía se dan adelantos, cuando son ideologías sólo hay apariencia de adelanto. No siempre han sido fáciles de detectar las ideologías, por eso, ingenuamente, se menospreciaban los planteamientos filosóficos al confundirlos con ideologías. Actualmente, todo esto se presenta impregnado de la misma valoración a cualquier tipo de razonamiento y se le da igual peso, afirmando que todas, por igual, pueden alcanzar los mismos logros en los pueblos.

Los matices y las diferencias son sutiles. El auténtico planteamiento filosófico cuando asume alguna parte de la realidad, así la considera: como una parte. Por el contrario, es una ideología cuando un planteamiento trata de un aspecto y lo propone como general.

En el realismo de todos los tiempos, se parte del conocimiento de lo natural para elaborar lo cultural. En el inmanentismo, lo cultural se independiza de lo natural. Concretamente, una aplicación de estos planteamientos, muy trabajada en la actualidad, en diversos niveles –político, sociológico, psicológico, antropológico, etc.-, se da en la ideología de género. En el realismo se considera el sexo –mujer u hombre- como un componente natural de toda persona, y el género como la atribución a un sujeto. Pero la atribución en el realismo toma en cuenta lo esencial, de manera que el género está totalmente vinculado al sexo.

En el inmanentismo contemporáneo hay una de-construcción del sexo: cada vez se le da menos entidad para dar paso al género con una atribución eminentemente subjetivista, esto es, cada quien dice lo que es según se sienta o desee; según sus experiencias en el trato con varones o mujeres; según sean sus tendencias fisiológicas o psicológicas, independientemente de cómo se sea. Así, surge la ideología de género que toma elementos muy variados: de las voces feministas para hacer valer sus derechos, y de los grupos minoritarios para lograr una revolución filosófica, antropológica, lingüística, cultural y social. La ideología de género propugna que la sexualidad biológica no es constitutiva de la identidad personal, sino que cada quién define su identidad sexual como quiera.

Esta ideología se concreta a mediados del siglo pasado, en un entorno existencialista, de espaldas a la naturaleza humana y con tinte feminista acuñada por la ya mencionada Simone de Beauvoir, compañera de Sartre, y pro-

pagada por otras feministas como Betty Friedan, Nancy Chodorow, Christine Riddiough y Alison Jagger. Los constructivistas sociales, los marxistas inspirados por Engels y los pansexualistas como Foucault, contribuyeron para crear la idea de que el *gender*, en inglés, es una construcción cultural que nada tiene qué ver con el hecho natural de que las personas sean sexuadas.¹² Antes de todas estas innovaciones, género y sexo tenían muy claro su estatuto. Según esta nueva definición, el género se entiende como un sistema de papeles culturales, socialmente construidos, atribuidos a los hombres y mujeres, que afectan las relaciones personales, el acceso y el control de los recursos y el poder de tomar decisiones. Estos papeles cambian con el tiempo, pues son construidos por la cultura. El género no se identifica con el sexo, ni tampoco se refiere a los individuos, sino más bien a un sistema de relaciones binarias de poder.

La ideología de género embebe todo el contexto de nuestra sociedad, hasta el extremo de que condiciona y censura el lenguaje. En muchas tablas estadísticas ya no se presenta la diferencia según sexos, sino según géneros. Se intenta hacer olvidar que la especie humana se divide entre hombres y mujeres, y que ambos forman parte de la misma unidad propia de la persona humana, pero al mismo tiempo presentan variaciones entre ellos muy importantes, precisamente aquellas que determinan el ser hombre o el ser mujer. Sin embargo, la ciencia experimental nos dice que la ideología de género nunca ha tenido una base científica, a pesar de que muchas universidades hayan asumido de una manera formal su estudio. Las diferencias entre hombres y mujeres son grandes, sobre todo en el terreno de la distinta sensibilidad, aunque existen más diferencias. Psicólogos españoles coordinados por Roberto Colom y Richard Haier han confirmado que el cerebro de la mujer y del hombre procesan determinadas informaciones de manera desigual. Se sabe que el cerebro del hombre dispone de un mayor número de neuronas. A pesar de ello, no existe ningún resultado que indique que el hombre posee una mayor inteligencia.

Lo que ahora han demostrado con su trabajo estos psicólogos, es que sí hay diferencia en las capacidades. El hombre tiene habilidades espaciales superiores a las de la mujer, mientras que ésta posee unos mejores resultados en su fluidez verbal. Esta evidencia cuestiona, una vez más, el planteamiento de la ideología de género, que se niega a reconocer estos hechos. Y también sitúa la necesaria reflexión sobre determinadas situaciones y comportamientos personales de carácter sexual que se apartan del conjunto de la población y que deben ser contemplados desde este punto de vista. Es decir, desde

12 Cf. Castellanos, José de Jesús, *El mito de la construcción cultural del género*.

la circunstancia personal, y no como si se tratara de colectivos ideológicos portadores de unos derechos específicos distintos a los que tienen por su condición común de seres humanos, para los que habría que establecer excepciones y singularidades en las instituciones sociales, como el matrimonio, la paternidad y la maternidad.¹³

Unida a la ideología de género, la manipulación genética ha propiciado la minimización de una de las finalidades esenciales del sexo: la procreación. Aunque aún no se saben las consecuencias de estos procedimientos, la aplicación natural del sexo para la propagación de la especie se ha suplido por diversas tecnologías para conseguir a un nuevo ser humano. Así, el sexo ya no tiene importancia y cada quien puede diseñar su género y, si lo desea, *conseguir* un nuevo ser humano por *encargo*. Además, la fundamentación inmanentista de la ideología de género, se rige por la ley del progresismo que consiste en imponer los pasos cada vez más tajantes que ya tienen previstos, de manera que lo pertinente ahora es la desaparición del sexo y después saldrán a la luz los aspectos subsecuentes.

Para difundir la ideología de género existen estrategias de lo más variado, e inciden en los medios de difusión para acelerar el proceso. Por ejemplo, Phil Collinson, el productor de televisión homosexual de la más famosa telenovela británica, *Coronation Street*, en una entrevista concedida al diario *The Sun*, declaró de manera inequívoca que la intención precisa es utilizar la serie de televisión como una plataforma para impulsar los temas homosexuales.¹⁴

En esta misma página muestran la denuncia de la periodista británica Melanie Phillips, quien informa del bombardeo a los estudiantes sobre referencias homosexuales. En geografía, a los estudiantes se les lleva a investigar las causas por las que los homosexuales emigran del campo a la ciudad, y a revisar algún fenómeno sociológico como la transformación del distrito Castro de San Francisco, suburbio de clase trabajadora irlandesa en los años 60, en el primer barrio homosexual del mundo. En matemáticas, los estudiantes hacen cálculos estadísticos del número de homosexuales en la población. Como este proyecto incluye la escuela primaria, a ese nivel se utilizan personajes homosexuales en los problemas matemáticos. En ciencias se estudian los fenómenos homosexuales en la naturaleza, como el de los pingüinos emperador y los caballitos de mar. En las clases de diseño se les anima a idear símbolos para defender los derechos gay. Los profesores de

13 Cf. Miró i Ardèvol, Josep, *La irracionalidad de la ideología de género*.

14 Cf. *Forum Libertas*, 28-II-2011.

idiomas han de incluir la fórmula LGBT (lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales). En definitiva, se trata de una propaganda disfrazada de educación.

Es importante conocer estas iniciativas porque se puede pronosticar que pronto se difundirán en otros países, adecuándolas a las respectivas idiosincrasias. De hecho, en Francia, el cardenal Vingt-Trois lamenta que la ideología de género proponga una sexualidad disociada de la personalidad, como una actividad que propicia la transmisión de enfermedades, y denuncia la introducción de esta teoría en los manuales de Ciencias de la Vida y de la Tierra, para alumnos de 16 años.¹⁵

En el realismo, los estudios en el campo de la sexualidad afirman que no existe un gen ni una determinación en el ADN que marque la homosexualidad. Sí pueden influir causas familiares y ambientales que afecten la emotividad, y generalmente parten de autopercepciones en la infancia. En la adolescencia se pueden acentuar esos puntos de vista debido a los fluctuantes cambios físicos y emocionales. Por eso, los padres de familia y los educadores han de propiciar espacios de diálogo y detectar las demandas emocionales para darles una adecuada respuesta, o para restaurar las consecuencias de cualquier desorden afectivo.

El tema del homosexualismo actualmente presenta muchos aspectos desconocidos. Sin embargo, raros son los casos de desórdenes en los cromosomas y en la realidad de la bisexualidad física, aunque en la historia se han dado casos de identificación con un sexo u otro, sin tener una fundamentación específica. Ahora que muchas actividades o la vestimenta, que antes se definían como de uno u otro sexo, se asumen indistintamente, también podemos observar que se adoptan de manera diferente entre hombres y mujeres, pues resulta inevitable que cada uno lo matice de acuerdo con su masculinidad o feminidad.

Tampoco se pueden resolver los problemas con soluciones externas. Los individuos que afirman que tienen una identidad de género contraria a su estructura anatómica y biológica, con la cirugía, no dan respuesta a sus planteamientos personales de identidad. Estas personas suelen padecer de problemas psicológicos más serios, pero no a que estas personas hayan nacido en un cuerpo equivocado. Este tipo de estudios son importantes porque muestran que las teorías que justifican la identidad de género como una decisión personal o como un constructo social, prescindiendo de la parte

15 Cf. Zenit.org, viernes 17 de junio de 2011.

biológica del individuo, no son compatibles con los datos de la biología. Sin embargo, la constante lluvia ideológica hace pasar por homofóbicos a quienes se limitan a exponer los datos que aporta la ciencia. Pero, ¿por qué es políticamente incorrecto afirmar que los genes de la identidad sexual están en cada célula del individuo? ¿Por qué es una falta de respeto afirmar que un problema psicológico no se puede resolver mediante una cirugía?¹⁶

5. Ideología de género y sus consecuencias

Entre otras muchas, dos consecuencias de carácter práctico de la ideología de género son: la minimización del sexo con el maximalismo del género, y la equiparación indiscriminada de cualquier preferencia sexual, con las correspondientes desviaciones, especialmente para la gente joven que está en un proceso de formación. Por eso, es muy pertinente la siguiente observación: "lo que sigue siendo correcto como visión importante es que, si se separan por principio sexualidad y fecundidad tal como sucede por la utilización de la píldora, la sexualidad se vuelve discrecional. Entonces, todos los tipos de sexualidad son también de igual valor. A esta concepción que considera la fecundidad como algo diferente, incluso con la posibilidad de que los niños sean producidos de forma racional y no se los vea ya como un regalo natural, siguió muy rápidamente la equiparación del valor de la homosexualidad".¹⁷

Así se disocian los procesos naturales de su finalidad y se propician personalidades esquizofrénicas, desarticuladas en sus aspectos físicos, psíquicos y sociales. Las familias cambian de rostro y sus integrantes viven inmersos en el desconcierto. Frente a esos abusos, la voz de la Santa Sede enfatizó que, en el derecho internacional, la única definición vinculante de género está comprendida en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, el cual establece que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede.¹⁸

Si momentáneamente se admite que el género tiene que ver más con lo cultural y que siempre ha sido muy versátil, que no ha tenido un canon muy definido y bien fundamentado en la biología, que nunca alcanzó a establecerse como una normativa rigurosa, esto es, que el género no es algo rígido e inmodificable y, por lo tanto, está abierto al cambio de las posibilidades que sus grados de libertad le ofrecen, las relaciones entre hombre y mujer se

16 Cf. Valdez, Luis-Fernando, *Un problema psicológico, no se resuelve con cirugía*.

17 Benedicto XVI, *La luz del mundo*, p. 155.

18 Cf. C-FAM, *Comisión de la ONU sobre la mujer*.

ven profundamente alteradas, porque en realidad se exigen recíprocamente según una mutua complementariedad que tiende al perfeccionamiento de ambos y al enriquecimiento de los dos, de lo que depende en última instancia el desarrollo afectivo de los hijos y el progreso de la entera sociedad. Si esto falla –y necesariamente ha de fallar si cada uno “construye” su propio género, de manera que resulte imposible el ensamble con el de la otra persona-, se quebrará la afectividad de muchas personas de la próxima generación, como resultado de lo cual amplios sectores de la sociedad se empobrecerán.

De otra parte, filiación y maternidad o paternidad suelen acontecer por la libertad personal y por la connaturalidad de las relaciones conyugales; esto es, en cada persona la paternidad y la filiación se cultivan a lo largo de su personal historia biográfica, como consecuencia del vínculo, en ella se funda esta unión interpersonal.

La filiación exige la paternidad y la maternidad, y éstas exigen la filiación. Es el nacimiento del hijo el que, respectivamente, constituye a la mujer o al varón que lo engendraron en madre y padre. Sin hijo no habría ni lo uno ni lo otro. Del mismo modo que no hay hijo sin padres, tampoco hay padres sin hijo. Esto pone de manifiesto que no hay padres por un tiempo, ni padres transitorios. La paternidad y la maternidad, como la filiación, tienen vocación de eternidad y, por eso mismo, perdura más allá de la muerte. La muerte no extingue ni la paternidad, ni la maternidad, ni la filiación: las personas no cambian de padres o de hijos cuando unos u otros mueren. Después de muerto, el padre o la madre, sus hijos siguen siendo hijos de ellos, sin cambio alguno de titularidad¹⁹. Éste es uno de los fundamentos de la equidad entre generaciones, que forma parte de la justicia y que por sí misma demuestra que tal realidad nos afecta, interpela y concierne, hasta el extremo de configurar el sentido de la propia identidad. Es precisamente esa equidad en las relaciones interpersonales la que configura la razón de nuestra propia vida, la que da sentido a la existencia singular, la que mide la motivación, intensidad y prioridad de la identidad personal y la calidad del propio yo.

Un estudio reciente ratifica que el género se fundamenta en la biología del hombre y de la mujer, con lo cual respalda la interpretación tradicional de género acordada por la comunidad internacional, y lo hace llegar a los delegados de la ONU para poder tomar decisiones en los acuerdos del Consejo de Derechos Humanos. Así se dan argumentos para las definiciones sobre la orientación sexual y la identidad de género que están por revisarse en la Asamblea General de otoño de este año 2012. Sobre el tema de la cirugía, al

19 Cf. Polaino Lorente, Aquilino, *El rol masculino ante los cambios*.

que nos referimos, es muy interesante el siguiente estudio que profundiza en las causas y arroja mucha luz.

Richard Fitzgibbons, Phillip Sutton y Dale O'Leary, en su artículo evaluado por pares, "La psicopatología de la cirugía de reasignación de sexo", presentan su estudio desde la perspectiva médico-biológica, según la cual el género humano es una cuestión de composición genética, y explican que la identidad sexual está escrita en cada célula del cuerpo y puede determinarse mediante exámenes de ADN. No puede ser modificada. Afirman que el sexo biológico no puede cambiarse y rechazan el concepto de identidad de género, o la idea de que el género, como constructo social o percepción personal, sea distinto del sexo biológico de cada cual. Citando el trabajo del psicoanalista Charles Socarides, advierten que no hay evidencias de que la confusión de la identidad de género (identidad contraria a la estructura anatómica) sea congénita.

El artículo reconoce que existen anomalías genéticas que pueden provocar discordancias entre el sexo genético, la receptividad hormonal y los órganos sexuales. No obstante, quienes solicitan la cirugía de cambio de sexo son casi siempre hombres y mujeres genéticamente normales con órganos sexuales y reproductivos intactos y niveles hormonales adecuados para su sexo, según afirma el informe. En estos casos, sostienen los autores, cuando un adulto que es normal tanto en su aspecto exterior como en sus funciones, cree que hay algo feo o defectuoso en su apariencia que necesita ser modificado, es evidente que existe un problema psicológico de cierta importancia.

Los autores aseguran que los individuos que afirman que tienen una identidad de género contraria a su estructura anatómica y biológica no pueden resolver sus problemas mediante la cirugía de reasignación de sexo. Las personas que encuentran dificultades para identificarse con su sexo biológico frecuentemente padecen de problemas psicológicos más serios, entre ellos depresión, ansiedad severa, masoquismo, autodesprecio, narcisismo y consecuencias de abusos sexuales en la infancia y de situaciones familiares conflictivas. Estos individuos experimentan dificultades sociales y sexuales como resultado de estos trastornos y experiencias negativas, y no porque hayan nacido en el cuerpo equivocado, sostiene el informe. Al proponer una solución quirúrgica para trastornos psicológicos profundos, la cirugía de cambio de sexo es categóricamente inadecuada y, por lo tanto, médica y éticamente cuestionable de acuerdo con los autores. Y aquellos individuos que se someten a esta práctica, siguen teniendo prácticamente los mismos problemas con las relaciones, el trabajo y las emociones que tenían antes.

El informe desacredita la identidad de género como un constructo social y respalda el consenso internacional de que el género se define tradicionalmente como hombre y mujer en el contexto de la sociedad.²⁰

Jorge Scala, abogado argentino, autor de varios libros, acaba de publicar en portugués su libro titulado *La ideología de género. El género como herramienta de poder*. En español se lo publicó la editorial Sekotia. A propósito de esto, en una entrevista²¹, explica, con mucha incisividad, y por eso se reproduce, por qué quiso tratar ese tema. Y responde: “la ONU ha creado una Agencia de género para controlar que todos los organismos y programas de la ONU incluyan el género. A su vez, la Unión Europea y el Banco Mundial condicionan los préstamos para el desarrollo de los países pobres, a cláusulas de difusión del género. Finalmente, se ha incorporado el género en el sistema educativo de nuestros países. Por esto, es preciso investigar qué es la ideología de género”. Y hace la siguiente precisión: “Una teoría es una hipótesis verificada experimentalmente. Una ideología es un cuerpo de ideas cerrado, que parte de un presupuesto básico falso –que por ello debe imponerse evitando todo análisis racional”, y luego va desplegando las consecuencias lógicas de ese principio falso. Las ideologías se imponen utilizando el sistema educativo formal (escuela y universidad) y no formal (medios de propaganda). El presupuesto básico falso de esta reciente ideología afirma: el sexo sería el aspecto biológico del ser humano, y el género sería la construcción social o cultural del sexo. Cada quien sería absolutamente libre –sin condicionamiento alguno, ni siquiera el biológico- para determinar su propio género, dándole el contenido que quiera y variando de género cuantas veces se le ocurra.

Si esto fuera verdad, no habría diferencias entre varón y mujer –salvo las biológicas-; cualquier tipo de unión entre los sexos sería buena social y moralmente, y todas serían matrimonio; cada tipo de matrimonio daría origen a un nuevo tipo de familia; el aborto sería un derecho humano irrenunciable de la mujer, ya que sólo ella queda embarazada. El género, visto así, destruye la estructura antropológica íntima del ser humano, por lo tanto, quien quede a merced de esa ideología lo hará “voluntariamente”. No es más que una herramienta de poder global que, de imponerse, llevará a un régimen totalitario. El problema parece más profundo y complejo. El *ethos* es aquello por lo que un pueblo estima lo que está bien o lo que está mal, desde lo más profundo de su corazón, al margen de lo que digan las leyes e incluso de lo que haga cada quien en su propia vida. El problema es que Occidente ha perdido su *ethos* común que, hasta hace 30 o 40 años, era el Cristianismo. El liberalis-

20 Cf. Funk, Lauren, *Investigación reafirma interpretación tradicional de género*.

21 Cf. Siqueira, Thácio, Zenit.org, 1 de febrero de 2012.

mo hizo que mucha gente considere que la moral es una cuestión privada de cada persona. Entonces, para algunos es bueno mentir, robar, matar o fornicar –en determinadas circunstancias-, y como todas las opiniones valen lo mismo, la única manera de vivir en sociedad es que las leyes “impongan” un cierto *ethos*, que debe ser aceptado por todos, bajo ciertas penalidades. Por eso, en nuestros parlamentos, se fomenta todo tipo de leyes de género. Se busca con ellas que –junto con la educación- formen el nuevo *ethos* de nuestros pueblos. Y si el género se convierte en *ethos*, el sistema totalitario funcionará a pleno.

Hay que respetar a las personas –cualesquiera sean sus pensamientos. En cambio, las opiniones no se respetan: se disciernen. Y luego de estudiarlas, se apoyan o se desechan. El libro ayudará al lector a efectuar su propio discernimiento en torno al género. Las personas formadas y maduras son inmunes a esta ideología, pero si dejamos que se la enseñen a los niños desde su más tierna infancia –cine, TV, escuela, radio, revistas-, en no pocos casos habrá que lamentar con el tiempo tragedias de todo tipo. Lo más importante no son otras ideas que las enfrenten, sino más bien testigos de la verdad. Mujeres y varones cabales, de carne y hueso. La mujer es la madre, o sea, el amor incondicional y que siempre está presente. El varón es el padre, o sea, la autoridad, el amor que pone límites y condiciones, para sacar lo mejor de sí a cada quien. Ambos amores son necesarios para llegar a la madurez humana. Conocer un varón y una mujer así, es la mejor “vacuna” contra la ideología de género.

Una ardua tarea, que espera solución, es la de la igualdad de género. A pesar de tratar de homogeneizar las diferencias existentes entre la feminidad y la masculinidad, no aparece una respuesta definida, aunque en la actualidad, la igualdad de género no sólo es una cuestión que no está cerrada, sino que se considera ya superada como efecto del primer y arcaico feminismo, ya obsoleto. Además, las numerosas publicaciones sobre trabajos empíricos existentes son un tanto confusas y de muy diferente validez empírica, dada la metodología no muy rigurosa y su mayor o menor permeabilidad y condescendencia respecto de las presiones ideológicas existentes. De ordinario, lo que se llaman roles son reinterpretados en función de ciertas actitudes y comportamientos, que equivalen así a meros rasgos con cuya constelación, posteriormente, se configuran los roles, son roles-resultado. Al proceder así, lo que importa en última instancia es el mero análisis cuantitativo referido a sólo dos contenidos principales: el comportamiento del mercado y la igualdad de oportunidades respecto del hombre y la mujer, y el estilo de vida u modo como el hombre y la mujer distribuyen su tiempo, en su respectiva consideración en tanto que padre y madre. Se sobrentiende aquí que ambos trabajan

fuera de casa. El nuevo cambio que se ha producido es relativamente concluyente: la mujer emplea hoy más tiempo en su trabajo fuera de casa y el varón destina más tiempo al trabajo en el hogar.

Sin duda alguna, la sociedad y la cultura han cambiado, cambian y cambiarán todavía más. Los cambios recientes han hecho sentir su presencia –su impacto, tal vez- más allá de lo que se había previsto o esperado. De aquí la sorpresa –en algunas cuestiones bien fundada-, y hasta la confusión en ciertos sectores de la población que no saben a qué atenerse. Sea por una cierta rigidez de las personas o sea por lo sorpresivo de estos cambios, el hecho es que muchas parejas manifiestan hoy un cierto desajuste y desorientación respecto de cómo han de comportarse como madres y padres, como mujer y varón. En principio, parece existir una cierta conexión entre cambios culturales y cambios de rol; pero tal conexión en modo alguno ha sido comprobada en modo suficiente. No obstante, lo que sí han cambiado –y de un modo rotundo- son ciertos roles femeninos, especialmente todos aquellos que se derivan de la incorporación de la mujer al trabajo extra doméstico.

La diversidad entre hombre y mujer no exige la identidad entre ellos, sino que más bien la contradice. La diversidad es la proyección del hecho diferencial que les constituye y modula como hombre y mujer: un modo diverso de ser en el mundo. Pero ese modo diverso de ser se iguala en lo relativo a su idéntica consideración en tanto que personas. Para que algo cambie, algo ha de permanecer. Si nada permaneciera, el cambio sería sustancial, lo que comportaría la aniquilación de la persona que cambió. Hay pues, en cada mujer y en cada hombre algo que yendo más allá y más acá del cambio, resiste al mismo cambio. Esto es lo que funda su identidad de personas.²²

6. Conclusiones

Una de las consecuencias de los estados democráticos es la horizontalidad en el trato a las personas y la ausencia de jerarquización de las aportaciones. El primer aspecto es loable y fomenta el trato igualitario, porque toda persona tiene la misma dignidad y, por eso, los mismos derechos humanos. Esto se ha de defender en todos los terrenos y aplicarlo con auténtica justicia. Sin embargo, la ausencia de jerarquización en las aportaciones causa desorden porque en el riquísimo mosaico social hay cuestiones más relevantes que otras, por lo tanto, la horizontalidad puede ocasionar graves inconvenientes; concretamente, darle importancia capital a algo pasajero y desconocer algún asunto esencial que podría haber ofrecido soluciones buscadas. También

22 Cf. Polaino Lorente, Aquilino, *El rol masculino ante los cambios*.

puede suceder que la tolerancia mal entendida ocasione que personas sin escrúpulos presenten lo prohibido como algo totalmente normal, y las personas con criterio oculten sus principios para no molestar a los atrevidos. El resultado es que lo prohibido se ha vuelto obligatorio y en aras de una mal entendida comprensión, los valores morales ceden el paso a los abusos.

La verdad siempre ha sido relevante, pero lo será mucho más en el futuro, debido a la incorporación de los adelantos de la tecnología y de las respuestas que debemos dar a su uso. La tecnocracia no es la última instancia en la organización social; en la demografía no tienen la última palabra las biotecnologías, y en el terreno de las comunicaciones hay que estar atentos a las alteraciones producidas por la mala aplicación de los avances de la tecnología informática. Se han difundido aspectos indiscriminadamente y fuera de lugar, causando una confusión planetaria especialmente en personas poco preparadas.

Uno de los aspectos que ofrecen segura garantía para el recto desarrollo de la persona humana se encuentra en los tratados nacionales e internacionales sobre los derechos humanos. En ellos se insta a todas las autoridades, en el entorno de su competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los beneficios para todos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

Humanizar las estructuras sociales desde la presencia y convergencia de la diversidad de funciones, acciones y comportamientos que caracterizan al hombre y a la mujer, constituye una propuesta sensata y acorde con el momento cultural actual. Pero conviene que antes de dar este paso se disponga de la suficiente y necesaria información científica sobre la complementariedad existente entre el hombre y la mujer, también en lo referente a la conciliación entre familia y trabajo.

También se ha de articular con la mejora de la convivencia humana, mediante el aprecio por la dignidad de toda persona. La dignidad de la persona es un principio ético fundamental, en todos los aspectos de la vida humana de relación, y especialmente en el de la sexualidad, que por lo tanto ha de combatir los casos de violación, prostitución, abuso de menores o incapacitados. Tampoco, el ejercicio de la sexualidad puede reducirse a la información y a la promoción de su ejercicio sin riesgos. Entonces, la vida sexual debe estar impregnada de moralidad.

Además, han de estar bien informados de los auténticos descubrimientos científicos en estos asuntos para no dejarse llevar por novedades mal in-

tencionadas. Ayudarles a comprender que la sexualidad es una energía afectiva propia de la persona y no simplemente un fenómeno hormonal. Y que la personalidad tiene riquezas insondables que se hacen efectivas cuando todo tipo de relación con otra persona, se desarrolle dentro del marco del respeto a la dignidad propia y ajena.

Hay una profunda unidad entre las dimensiones corporales, psíquicas y espirituales en la persona humana, una interdependencia entre lo biológico y lo cultural. La actuación tiene una base en la naturaleza y no puede desvincularse completamente de ella.

La unidad y la igualdad entre varón y mujer no anulan las diferencias. Aunque tanto las cualidades femeninas como las masculinas sean variables en gran medida, no pueden ser ignoradas completamente. Sigue habiendo un trasfondo de configuración natural, que ya no puede ser anulado sin esfuerzos desesperados, que conducen, en definitiva, a la autonegación. Ni la mujer ni el varón pueden ir en contra de su propia naturaleza sin hacerse desgraciados. La ruptura con la biología no libera a la mujer ni al varón; es más bien un camino que conduce a lo patológico.

La cultura, a su vez, tiene que dar una respuesta adecuada a la naturaleza. No debe ser un obstáculo al progreso de un grupo de personas. Es evidente que han existido en la historia, y aún existen en el mundo, muchas injusticias hacia las mujeres. Este largo elenco de discriminaciones no tiene ningún fundamento biológico, sino unas raíces culturales, y es preciso erradicarlas. Las funciones sociales no deben considerarse como irremediabilmente unidas a la genética o a la biología. Es deseable que la mujer asuma nuevos roles que estén en armonía con sus derechos y su dignidad.

El término género puede aceptarse como una expresión humana y, por lo tanto, libre, basada en una identidad sexual biológica, masculina o femenina. Es adecuado para describir los aspectos culturales que rodean a la construcción de las funciones del varón y de la mujer en el contexto social. Sin embargo, no todas las funciones significan algo construido a voluntad; algunas tienen una mayor raigambre biológica. Por tanto, puede también apreciarse que la presencia de una cierta diversidad de roles en modo alguno es mala para las mujeres, con tal de que esta diversidad no sea resultado de una imposición arbitraria, sino más bien expresión de lo que es específicamente masculino o femenino.

Hoy en día muchas personas vuelven a ver de nuevo con claridad que no pueden llegar a ser libres más allá de la base de la propia naturaleza;

que el sexo, más que un privilegio o una discriminación, también es siempre una oportunidad para el propio desarrollo. En consecuencia, se empeñan por conseguir que la promoción de la mujer no sólo se lleve a cabo fuera del hogar. Si es cierto que las mujeres no se muestran únicamente como esposas y madres, muchas sí son esposas y madres, o quieren serlo, y hay que crear las posibilidades para que puedan serlo con dignidad. La mujer con una actividad profesional externa no debe ser declarada el único ideal de la independencia femenina, a pesar de todo el respeto que merecen sus nobles intenciones.

La familia, ciertamente, no es una tarea exclusiva de la mujer. Pero aun cuando el varón muestre su responsabilidad y compagine adecuadamente sus tareas profesionales y familiares, no se puede negar que la mujer juega un papel sumamente importante en el hogar. La específica contribución que aporta allí, debe tenerse plenamente en cuenta en la legislación y debe ser también justamente remunerada, bajo el punto de vista económico y socio-político. La colaboración para elaborar esta legislación deberá considerarse mundialmente no sólo como derecho, sino también como deber de la mujer.

Es un derecho-deber la obligación de los ciudadanos para influir en las organizaciones civiles, con la colaboración de científicos y especialistas en materia de sexualidad, ética, educación, pedagogía y derecho. Pues se percibe un intenso programa, que no sabemos de dónde viene, pero sí podemos contrarrestar las intenciones que traslucen.

La equidad en nuestro mundo globalizado es un reto fundamental y muy complicado de dilucidar y fomentar, porque el entramado de las relaciones nacionales e internacionales prácticamente ha superado las fronteras y, por eso, son más complejas. Las necesarias interdependencias no pueden sofocar el respeto a la persona –hombre o mujer-, ni tampoco el respeto a las culturas. Desgraciadamente, cuando los criterios dominantes están teñidos por ideologías de todo tipo –de género, economicistas, etc.- solamente han contribuido a una equidad selectiva donde se excluye a los más necesitados. Viejas y nuevas pobrezas siguen sin resolverse y las distancias entre los pueblos son cada vez más dramáticas. Es preciso repensar la globalización, sus causas y sus consecuencias para lograr que el tema de la equidad no quede en un mero discurso, sino que se aplique a nivel local, nacional y mundial. La política tiene un papel inequívoco ante las situaciones de exclusión y marginación, en sus manos está hacer y dejar hacer.■

Fuentes

- AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 1954.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, 1967.
- BENEDICTO XVI, *Luz del mundo*, Herder, México, D.F, 2010.
- BURGGRAF, Jutta, *Ideología de gender*, www.encuentra.com
- CASTELLANOS, José de Jesús, *El mito de la construcción cultural del género*, *Comunicadores católicos. Revista electrónica*, martes 31 de mayo, 2011.
 - C-FAM, Catholic Family & Human Rights Institute, New York – Washington D.C., Volumen 14, Número 14, Marzo 18, 2011, *Comisión de la ONU sobre la mujer*, Traducción de Luciana María Palazzo de Castellano.
 - C-FAM, Catholic Family & Human Rights Institute. New York – Washington D.C., Volumen 14, Número 27, Junio 17, 2011, *Investigación reafirma interpretación tradicional de género*, por Lauren Funk, Traducción de Luciana María Palazzo de Castellano.
 - Forum libertas. Diario digital*, 28-II-2011.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Introducción a la Metafísica*, 4ª edición, Rialp, Madrid, 1990.
- JOLIVET, Regis, *Diccionario de Filosofía*, Club de lectores, Buenos Aires, Argentina.
- LLANO, Carlos, *Etiología del error*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.
- MIRÓ I ARDEVOL, Josep, “La irracionalidad de la ideología de género”, *Forum Libertas*, 13 enero 2012.
- POLAINO LORENTE, Aquilino, *El rol masculino ante los cambios*, www.encuentra.com
- SANGUINETI, Juan José. *El conocimiento humano*, Ediciones Palabra, España, 2005.
- , *Lógica*, 3ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.
- SIQUEIRA, Thácio, *Zenit.org*, 1 de febrero de 2012
- VALDEZ, Luis-Fernando, *Un problema psicológico, no se resuelve con cirugía*, *Yo influyo*, 22 de junio, 2011.
- www.yoinfluyo.org
- www.zenit.org VIERNES 17 DE JUNIO DE 2011.

Las mujeres en el camino a la equidad de género: conflicto entre familia y trabajo

Graciela Vélez Bautista*

* Dra. en Ciencias Sociales; Coordinadora del Centro de Investigación en Estudios de Género y Equidad, y profesora-investigadora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de México. vebag4@yahoo.com.mx.

1. Introducción

Este documento muestra que en pleno siglo XXI, las mujeres respecto a la equidad de género tienen un largo trecho por recorrer. Sus etapas de desarrollo aún se pueden considerar a la mitad del camino, o como eje potencial, habida cuenta de que los procesos de socialización de la identidad femenina en muchos casos se basan en referentes sexistas y tradicionales. Al respecto, este estudio alude al vínculo entre género, subjetividad y trabajo científico con el objetivo de visibilizar las prácticas sociales y obstáculos que detienen la carrera laboral de las mujeres por los conflictos entre las actividades domésticas y familiares y el trabajo remunerado, asunto sobre el que en México no se ha legislado. Asimismo, intenta subrayar cómo la subjetividad femenina es obstaculizada en esta lucha de reconocimiento de las "otras" para considerarlas sujetos del saber.

Al respecto, el documento analiza aspectos de la identidad y subjetividad de las mujeres que encuentran su base en la socialización primaria y que de una u otra forma son determinantes para las creencias, valores y formas de entender su mundo.

Con la finalidad de tener un acercamiento sobre algunos aspectos de las identidades femeninas se presenta un estudio empírico cualitativo que consistió en la selección de tres casos de mujeres investigadoras, a quienes se les aplicó una entrevista a profundidad para tener un acercamiento a sus subjetividades y averiguar cómo han sido sus vínculos con el ámbito familiar-doméstico y la labor científica a través de tres ejes de investigación:

- a) Mujeres que dan prioridad a la maternidad sobre su profesión;
- b) Mujeres que anteponen su profesión a la maternidad; y
- c) Mujeres que son capaces de llevar conjuntas maternidad y trabajo o profesión.

Finalmente se dan pistas para conciliar ambos ámbitos, puesto que tan importante resulta uno como el otro para el desarrollo de las mujeres y de la sociedad.

2. Mujeres hacia el desarrollo

Actualmente es creciente el interés por mejorar las condiciones que permitan el desarrollo equitativo de las mujeres respecto de los hombres tanto en el ámbito científico como en otras áreas del desarrollo. En México y diversos países de América Latina, después de la lucha por el derecho al voto, la igual-

dad en el acceso a la educación superior y la entrada masiva de las mujeres al mercado laboral, ha quedado pendiente uno de los aspectos focales de la igualdad de género: la conciliación entre trabajo y familia. Situación que pone a las mujeres al margen de la competencia laboral y en su caso la labor científica, habida cuenta de que siguen siendo ellas las principales responsables del cuidado, la nutrición y educación de los hijos/as, de los enfermos/as y de las personas de edad avanzada.

En la mayor parte de las sociedades latinoamericanas, como en otras partes del mundo, respecto a la dicotomía trabajo/familia se da una contradicción que a veces se dice, ha sido superada -eso ya pasó-, ahora las mujeres ya cuentan con las oportunidades para hacer lo que deseen; sin embargo, lejos están de ello muchas de ellas, puesto que los discursos académicos y políticos de la igualdad de género y los procesos de socialización casi siempre son incongruentes: los primeros, proclaman la participación igualitaria de mujeres y hombres en el ámbito laboral y el trabajo familiar y doméstico; los segundos, siguen envueltos en el paradigma tradicional anclado en el trabajo público-masculino y el trabajo privado-doméstico-femenino. Factores de socialización como una educación institucional sexista, una mayoría de familias con tintes patriarcales que reproducen la desigualdad, así como medios masivos de comunicación que exhiben a las mujeres como objeto sexual y como personas aptas por "naturaleza" para los quehaceres domésticos, el servicio y la maternidad, y una estructura social y política androcéntrica, forman parte central de las contradicciones entre el discurso y la práctica social y, desde luego, permean la identidad y subjetividad de muchas mujeres, porque son referentes que influyen desde la infancia, es decir, en la socialización primaria¹, en la que los procesos de significado son de primera importancia en la formación de la identidad. En este sentido, se propicia la mayor inclinación de muchas mujeres por el trabajo familiar-doméstico; en otras, se presenta como dicotomía: éxito familiar versus éxito profesional, o bien se atiende a la necesidad de elegir uno, y renunciar al otro. Esta problemática hasta hoy permanece en el universo de lo individual, sujeta a las estrategias de solución que cada mujer debe buscar².

1 "Durante la socialización primaria, pues, se construye el primer mundo del individuo. Su peculiar calidad de firmeza debe atribuirse, al menos en parte, a la inevitabilidad de la relación del individuo con sus otros significantes del comienzo [...] se necesitan fuertes impactos biográficos para poder desintegrar la realidad masiva internalizada en la primera infancia (Berger y Luckman, 1986:167-179).

2 "Se acude a la madre, a la suegra, se lleva al niño/a en edades tempranas a la guardería, contando que existan lugares suficientes. Todo ello, sin olvidar los momentos de tensión, de angustia, de estrés y de cansancio al que están sometidas todas las mujeres con hijos/as pequeños o familiares mayores a su cargo." (Alcañiz, 2004: 49).

En México, según la Encuesta Nacional del Empleo (2009), casi dos tercios de la población femenina aparece como económicamente inactiva; lo cual, desde luego, no significa falta de actividad laboral de esta población, sino que aun cuando las mujeres trabajan en la realización de labores domésticas, cuidados familiares y atención a los hijos/as, estas actividades no son pagadas ni reconocidas; por lo tanto, esta parte de la población femenina queda en desventaja frente al derecho a la igualdad de oportunidades para su desarrollo, principalmente porque las coloca como personas dependientes con escasas posibilidades de lograr independencia y autonomía.

Cabe señalar que muchas mujeres, por seguir su vocación, solventar necesidades económicas y auto-realización, han decidido participar en el ámbito científico y lo han hecho con toda la carga de la responsabilidad, tanto del cuidado familiar como del trabajo doméstico que implica ser ama de casa, esposa y madre cuando se da el caso. La tensión que provoca cumplir con efectividad el trabajo en ambas partes, a veces adquiere la dimensión de renuncia a uno para realizarse en otro, o bien, se debe pasar por la tensión que genera el derecho a estar en ambos, situación que para la mayoría de los hombres científicos no existe, y por ello mantiene a las mujeres en condiciones casi marginales. El análisis de esta desigualdad tiene varias aristas; sin embargo, uno de los aspectos que se ha estudiado poco es el identitario-subjetivo.

3. Género y subjetividad

Para este estudio es necesario establecer la relación género, subjetividad e identidad con el objeto de deconstruir ciertos valores, creencias y perspectivas que siguen identificando a muchas mujeres más con el ámbito privado-familiar y doméstico y menos con el ámbito público-laboral³, ámbito del reconocimiento social.

Se encuentra que la subjetividad hace referencia a la experiencia y la historia del sujeto como sujeto social y según Lagarde es:

"La particular concepción del mundo y de la vida del sujeto; constituida por el conjunto de normas, valores, creencias, lenguajes y formas de aprehender el mundo, conscientes e inconscientes, físicas, intelectuales, afectivas y eróticas." (Lagarde, 1997: 302).

3 Esfera pública y esfera privada, en este texto se entienden a la manera de Arendt (1998). La autora distingue la esfera pública de la privada. En esta última, los hombres vivían juntos llevados por sus necesidades y exigencias. La esfera de lo público, por el contrario, era la de la libertad y existía una relación entre estas dos esferas.

La concepción del mundo de cada sujeto depende del contexto cultural⁴ en que se desenvuelve. De manera central, la subjetividad se conforma por los elementos dominantes en su entorno socio-cultural, se edifica en función de referentes que indican la pertenencia a grupos definidos por su oposición, exclusión o diferencia respecto de otros colectivos; en este caso, símbolos como nación, raza, etnia, religión o género, operan como referentes de pertenencia de los diferentes colectivos.

La subjetividad se construye a través de un proceso basado en la interacción con otros y con el mundo, pero se halla determinada por la experiencia vivida de cada sujeto. De Lauretis explica:

"De este modo la subjetividad es producto no de las ideas, valores o condiciones materiales, sino del compromiso individual con las prácticas, los discursos y las instituciones que dan significado a los sucesos del mundo. Todos tenemos experiencias y éstas están ancladas en el curso de la historia social, en la que la propia biografía es interpretada o reconstruida por cada uno en el horizonte de significados y conocimientos disponibles en la cultura en un momento histórico determinado." (De Lauretis, 1991: 87).

Para esta autora, la subjetividad individual puede ser reconstruida apelando a la práctica reflexiva que cualquier hombre o mujer está en posibilidades de realizar. Esta interpretación es básica, en tanto subraya la capacidad de mujeres y hombres para transformar las definiciones discursivas que pesan sobre ellos/as. Por lo tanto, la interpretación que el actor hace de los objetivos y las relaciones debe analizarse desde el plano subjetivo.

"Esta insistencia nace del estudio de las vidas de las mujeres y parece aplicable a las vidas de los subordinados en general. En el caso de ellas, la subjetividad se constriñe a una esfera circunscrita, públicamente invisible y subterránea para la relación y el significado." (Ritzer, 1993: 403).

Como bien lo explica Ritzer, la subjetividad de las mujeres encuentra muchas restricciones, privaciones y límites para su desarrollo integral casi en todas las sociedades, especialmente en los países en vías de desarrollo.

4 Contexto cultural: "La parte del ambiente edificada por el hombre, la cultura es esencialmente una construcción que describe el cuerpo total de creencias, comportamientos o conductas, sanciones, saber, valores y objetivos que señalan el modo de vida de un pueblo." (Herskovits, 1952: 677)

Ahora bien, dentro de los procesos subjetivos la identidad es fundamental porque surge de la dialéctica entre individuo y sociedad. Por ella, se entiende:

"El proceso de construcción del sentido atendiendo a un atributo cultural, o un conjunto relacionado de atributos culturales, al que se da prioridad sobre el resto de las fuentes de sentido. Para un individuo determinado o un actor colectivo puede haber una pluralidad de identidades." (Castells, 2001: 28).

La identidad se forma por procesos sociales que se encuentran determinados por la estructura social. Sobre ellos se organizan y conjugan otros elementos de la identidad como los derivados de la pertenencia real y subjetiva a la clase, mundo urbano o rural, a una comunidad étnica, nacional, lingüística, religiosa o política (Lagarde, 1997).

Un aspecto a destacar es que la identidad de los sujetos se conforma a partir de una primera gran clasificación, precisamente la de género; por la sencilla razón de que las personas sólo se vuelven inteligibles cuando adquieren un género ajustado a normas reconocibles de la identidad de género (Butler, 2001: 49). Es decir, la condición de género existe aún antes de que un sujeto descubra la diferencia sexual. Los niños y las niñas en su identidad primaria se asumen desde esa diferencia, bajo la que son socializados/as según el género al que pertenezcan.

Sin embargo, también es importante señalar que cada individuo se sitúa en la vida de una manera específica, a la luz de su situación biográfica entendida como la sedimentación de todas sus experiencias subjetivas previas, que son exclusiva y subjetivamente dadas a él y sólo a él (Shutz, 1995: 17).

En este sentido, la identidad se halla dotada de cierto valor para el sujeto generalmente distinto del que confiere a los demás sujetos que constituyen su contraparte en el proceso de interacción social.

"Aún inconscientemente, la identidad es el valor central en torno al cual cada individuo organiza su relación con el mundo y con los demás sujetos. La valorización puede aparecer incluso como uno de los resortes fundamentales de la vida social." (Goffman, 1998: 81).

Ahora bien, partiendo de que la identidad es un valor central en nuestra

relación con el mundo, resulta muy oscuro hablar de identidad o de identidades como concepto neutral aplicable por igual a los hombres y las mujeres; puesto que la participación social y política es substancialmente diferente si se trata de unos o de otras, independientemente de que ambos compartan referentes de identidad, étnicos, nacionales, de clase, etcétera; a nivel social, el referente de género marcado por las relaciones de poder crea la desvalorización de lo femenino frente a lo masculino.

En estas circunstancias, la mayoría de las mujeres sólo tiene acceso a una identidad impuesta y, por lo tanto, ajena solamente como un caso; tal situación puede mostrarse en la división sexual del trabajo, incluidas las categorías de trabajo excluidas y no historizadas como tener y criar hijos, cocinar, hacer las labores de la casa, cuidar enfermos; tareas vitales pero desvalorizadas porque se considera que son actividades que por "naturaleza" las mujeres deben realizar sobre todo en los contextos marcadamente patriarcales⁵.

4. La identidad sexuada

Es importante dejar claro que el género sólo es uno de los componentes de la identidad, en tanto que está constituida por elementos como nacionalidad, familia, biografía, apellido, nombre, profesión y posesiones, pero no significa lo mismo cuando se aplica a los hombres y a las mujeres, aunque efectivamente se define teóricamente como neutral, aplicable a ambos sexos; esta neutralidad queda sexuada al instante en tanto que "la identidad masculina, ha poseído y posee, todas estas cosas; la femenina sólo el estupor de su orfandad" (Rodríguez, 1999: 113).

A través de la historia, el sitio de lo femenino ha sido lo privado, lo que se oculta, lo que pertenece a alguien y cuya representación pública corresponde a otro. Bajo la perspectiva de Rodríguez, si nos enfocamos hacia la historia del pensamiento filosófico, encontramos que la identidad personal se presenta amplificada para el caso masculino; en atención a que por genérico se entendía lo propio del género humano, lo propio del varón, quedando lo femenino como lo particular y contingente, o privado de universalidad. Si, por el contrario o a la vez, se pretendía resaltar en el varón su calidad de individuo, lo femenino quedaba como lo genérico y abstracto, privado de cualidades individualizadoras (Rodríguez, 1999).

5 El patriarcado es una panoplia de relaciones sociales entre los hombres, que tiene una base material y que, aunque jerárquico, establece o crea interdependencia y solidaridad entre los hombres, que les permite dominar a las mujeres (Hartman, 1981: 14).

Esta autora especifica que para algunos connotados filósofos como Hegel, la mujer se igualaba a la naturaleza, así sus rasgos individuales carecían de importancia. Para Kierkegaard, "la mujer es una criatura infinita y en consecuencia un ser colectivo: la mujer encierra en sí a todas las mujeres". En Aristóteles, "la mujer es naturaleza; materia, potencia. El hombre es razón, acto, forma" (Rodríguez, 1999: 113). Para ellos y otros prominentes filósofos, la mujer no tenía la categoría de individuo, sino más bien la de ser indiscernible, pues cuando piensa su identidad lo hace en un marco conceptual heredado y ajeno. Las mujeres han sido socializadas, especialmente como sujeto maternalista, como ser para los otros y, en ese sentido, su identidad queda enajenada, fuera del principio lógico de identidad; "todo objeto es idéntico a sí mismo", carece así de mismidad y permanece en el lado de la otredad. La mujer es ése no pertenecerse a sí misma, situación que, desde luego, es distinta de mujeres a mujeres; sin embargo, las aleja de muchas actividades socialmente reconocidas como el quehacer científico, la política o las finanzas.

5. Subjetividad femenina y ciencia

Todavía en muchas sociedades existen factores de socialización sexistas y androcéntricos que permean la subjetividad de las mujeres, propiciando su restricción y hasta exclusión de ámbitos de reconocimiento social, como es el caso de la ciencia que en ciertos tiempos y momentos históricos ha prescindido de ellas.

Se ha prescindido de las mujeres cuando en las diversas áreas del conocimiento institucionalizado se las ignora: como cuando los historiadores hacen la crónica sólo de los héroes, cuando los economistas analizan las relaciones entre capital y trabajo, pasando por alto el trabajo doméstico, no retribuido; cuando se utiliza el lenguaje comúnmente, abarcativo de los dos géneros a través de lo masculino; se prescinde de las mujeres.

Aunque resulta pertinente aclarar que esta situación se ha ido modificando, en la medida en que el movimiento feminista en sus diversas manifestaciones lo ha puesto en la mesa de debate. Como sujetos de conocimiento, a las mujeres se les puede excluir abiertamente o en forma encubierta.

Encontramos que desde la primera educación hasta la última en muchas sociedades se proporciona a los hombres todos los estímulos y el tiempo para que obtengan conocimientos de toda índole, en especial los científicos. En tanto, a las mujeres se les reprime o induce veladamente a elegir carreras "propias" para ellas. De manera encubierta, la familia, la televisión, las revistas femeninas, las conducen a alejarse de las profesiones y actividades

tradicionalmente masculinas como política, finanzas, ciencias, especialmente algunas áreas como las ciencias exactas y la tecnología. No se prohíbe abiertamente que se integren a estas actividades, simplemente se las juzga anti-femeninas y poco atractivas para el otro sexo.

Se excluye a las mujeres del conocimiento cuando se les estimula desde pequeñas a ser seductoras, serviciales y atentas a las necesidades de los otros sin comenzar por sí mismas; lo que incide en el desconocimiento de sus propias vidas. De aquí la escasa confianza en ellas mismas. Muchas mujeres muestran que, aun cuando posean conocimientos, se inhiben. Langton (2001) indica que un medio fundamental para eliminar las barreras que excluyen a las mujeres del conocimiento, sería crear las condiciones que les permitan ganar confianza, alcanzar la autoridad subjetiva que el conocimiento requiere.

Al respecto se encuentra que a pesar de las estrategias de marginación que muchas sociedades aplican a las mujeres, ellas se están integrando a la ciencia y a otros ámbitos de reconocimiento social. Sin embargo, y este es un punto clave, las estructuras de la sociedad, la organización de las instituciones y el propio sistema educativo, no cambian al ritmo de las necesidades que una sociedad *biactiva*⁶ requiere. Las propias universidades hacen poco en función de revertir el modelo sexista de las ciencias y se sigue teniendo una mayor cantidad de mujeres en las humanidades y las ciencias sociales que en las ciencias duras y la tecnología.

El análisis de esta desigualdad tiene varias aristas, sin embargo, uno de los aspectos que se ha estudiado poco es el identitario-subjetivo, sobre el que este documento pretende profundizar a través de tres entrevistas a mujeres que participan en la labor científica y cuyas vidas representan casos típicos de identidades femeninas y sus vínculos con el ámbito laboral y familiar.

6. Identidades femeninas típicas

Con la finalidad de tener un acercamiento sobre algunos aspectos de las identidades femeninas, se realizó en el 2011 un estudio empírico cualitativo en la ciudad de Toluca, Estado de México.

Para ello, se seleccionaron tres casos de mujeres cuyo trabajo es la investigación y cuya edad fluctúa entre 35 a 50 años. La elección de este rango se debió a que representa una etapa en la que se supone que las personas han pasado por una socialización primaria donde adquirieron rasgos identi-

6 Ampliar información en Méda, 2002.

tarios y subjetivos de acuerdo a determinado contexto y situación personal, a través de los cuales se significan las acciones. Para el caso de las mujeres, además, representa casi el fin de la etapa reproductiva, por lo que la decisión de tener o no tener hijos ya ha sido resuelta (Chinchilla y León, 2005).

Se consideró pertinente presentar sólo tres casos por dos razones fundamentales: primera, porque la construcción de la identidad es compleja al mismo tiempo que específica e individual (se da en la experiencia personal de cada individuo).

Siguiendo a Weber (1981), el significado identitario-subjetivo sólo es posible de captar en su desarrollo histórico; es ahí donde se encuentran las reglas de la experiencia, que no se refieren al número de casos donde se repite lo que se plantea como hipótesis, sino que a través de la experiencia histórica de los sujetos se encuentran esas regularidades.

Por otro lado, Cervantes (1994) plantea tres ejes respecto de la experiencia de las mujeres con las actividades domésticas, familiares y el trabajo reconocido del ámbito laboral. En las vidas de las mujeres, los tres ejes se articulan de manera distinta, de acuerdo a la situación y el contexto, casi siempre entretnejidos por conflictos, tensiones y negociaciones, sobre todo con las personas más cercanas a ellas (pareja e hijos, padres y madres y, a veces, hermanos-as).

En este sentido, es posible distinguir tres casos:

- a) Mujeres que dan prioridad a la maternidad sobre su profesión;
- b) Mujeres que anteponen su profesión a la maternidad; y
- c) Mujeres que son capaces de llevar conjuntas maternidad y trabajo o profesión.

Para Cervantes (1994), los dos últimos casos se consideran disrupciones de la normatividad o casos simbólicos de nuevas identidades femeninas. Esto obedece en gran parte al paradigma dominante de reconocimiento social que se adapta más al uso del tiempo y la forma de vida masculina, como el caso de la actividad científica que requiere de disponibilidad y tiempo completo. En cambio, para las mujeres, los embarazos, la maternidad y el cuidado de los hijos representan oportunidades de desarrollo profesional que se pierden.

De acuerdo a los tres ejes fundamentales en los que se construye la identidad femenina, se seleccionó a tres investigadoras que los representan:

- a) Sonia, una mujer que ha dado prioridad a la maternidad sobre su profesión;
- b) Carmen, una mujer que ha antepuesto su profesión a la maternidad;
- y
- c) Sofía, una mujer que lleva conjuntas maternidad y actividad laboral y profesional.

La selección de las personas sujetas a entrevista se basó en un procedimiento de muestreo intencional. Por lo tanto, el estudio empírico no constituye una muestra representativa, sino sólo ilustra tres formas típicas de la identidad femenina. Se utilizó la entrevista-profundidad, en razón de que ésta se centra sobre un foco de atención, sin impedir que las respuestas puedan ser libres. Para ello:

"Es de mucha utilidad el análisis previo que el entrevistador efectúa sobre la situación a la que se enfrenta, y mediante el cual podrá descubrir, entre otros elementos, los bloqueos del entrevistado, la profundidad en la que se sitúan sus respuestas, y distinguir la lógica y el simbolismo que dominan los tipos de reacciones del o la entrevistado-a en relación con el tema."
(Ruiz e Ispizúa, 1989: 154).

Una parte de la entrevista se fundamenta en la asociación libre de ideas, técnica que tuvo origen en el método psicoanalítico de Freud⁷, y que concuerda con los fines de la entrevista focalizada, en función de que permite interpretar las respuestas espontáneas de los sujetos, siempre y cuando el entrevistador/a cuente con los elementos de análisis adecuados e indispensables para hacer deducciones sobre la asociación entre ideas.

El guión de la entrevista se construyó para explorar procesos de socialización primaria sobre cuestiones como: ¿qué aspectos subjetivos construyeron su identidad con el ámbito familiar-doméstico?, ¿qué aspectos subjetivos construyeron su identidad con el ámbito científico-profesional?, ¿qué aspectos subjetivos le llevaron a significarse tanto en el ámbito laboral como en el doméstico?; lo cual se exploró a través de los siguientes tópicos: datos personales; la reconstrucción de acciones pasadas (enfoques biográficos); referencia a los valores y normas de conducta inculcados; y auto-percepción identitaria.

7 Freud fundó en estas bases un arte de interpretación al que corresponde la función de extraer del mineral representado por las ocurrencias o asociaciones, el metal de ideas reprimidas en ellas. En su labor de reunir este material de ideas espontáneas, al que generalmente no se concede atención alguna, Freud realizó observaciones fundamentales para su teoría (Freud, 1968: 393-394).

Esto significa que la dimensión social de la identidad no sólo forma parte de la personalidad, sino que articula persona individual y persona social. Por lo tanto, la identidad debe pasar por la explicación de la pertenencia social; es decir, “ser parte de” y ser reconocidos por ello.

A través de estos tópicos, se pretendió averiguar sobre los procesos de subjetivación que se han presentado en las vidas de estas tres mujeres y explorar sobre cómo las han predispuesto a buscar su realización en el trabajo familiar y doméstico y en el ámbito científico, y qué procesos identitarios las indujeron a conseguirlo en ambos espacios.

7. Aspectos identitario-subjetivos de tres investigadoras

Las entrevistas se presentan siguiendo el orden que marcan los tópicos; es decir, se documenta lo que corresponde al tópico uno de los tres casos, lo que corresponde al tópico dos de los tres casos, y así sucesivamente, con el propósito de conocer las diferencias y coincidencias en las respuestas de las entrevistadas.

7.1 Sonia: dar prioridad a la maternidad sobre su profesión

Sonia es una mujer que está casada, pero desde hace cuatro años vive separada de su cónyuge. Tiene un hijo y una hija adultos/as, realizó estudios superiores ya estando casada y siendo madre, trabajó y estudió al mismo tiempo que atendía el hogar, al esposo y a la hija e hijo.

¿Qué aspectos subjetivos construyeron su identidad con la esfera privada-doméstica? En la vida de Sonia se destacan algunos procesos de socialización primaria que la llevaron a encontrar mayor significado en la esfera privada, familiar y doméstica. Analizando sus respuestas es posible advertir un proceso de internalización como sujeto maternalista, por el cual, asumió que su mundo debía constituirse preferentemente por la vida familiar y sus cuidados, más todavía porque desde su infancia se identificaba con su madre hasta desear ser como ella. Describe a su madre como una mujer abnegada en el matrimonio, pero no por ello sin preparación; por el contrario: “... mi madre estudió para profesora de educación primaria y según cuenta fue muy brillante, mi madre es culta, es una excelente oradora. Sin embargo al casarse dejó de trabajar fuera del hogar, y se concentró en su familia y en apoyar a mi padre en su negocio.”

Es posible que lo anterior haga referencia a la identidad de género femenina construida en la sub-alternidad, que cobró un gran significado desde

su primera infancia, puesto que, aun cuando rechazaba su falta de libertad y hubiera deseado ser tratada como hombre, lo femenino tradicional se sobrepuso a ello.

Los procesos de socialización primaria en Sonia se centraron en la internalización de conceptos arraigados en la sociedad como: la complementariedad de los sexos; los juegos infantiles para niñas (la casita, las muñecas según el estereotipo femenino); así como una profunda identificación con la madre. Aspectos que más tarde influyeron de manera determinante para que ella tuviera como fin primordial su dedicación al hogar aun a costa de limitar su actividad científica, puesto que a pesar de que trabaja en la investigación, su producción reúne sólo el mínimo exigible. En este sentido, su identidad es más afín con la esfera familiar y doméstica.

En cuanto a la asociación de ideas, las palabras "mujer", "madre", "padre", "hijos", "hombre", "sexo", (aspectos pertenecientes a lo privado), la asocia con amor y fortaleza, sentimientos más comúnmente atribuidos a lo femenino.

Sonia se auto-percibe como una mujer realizada; sin embargo, llama la atención que sus logros no sean específicamente personales, sino más bien se centran en el bienestar de sus hijos, en la unión entre ellos y en su meta que consiste en estar siempre cerca de su familia. Aspecto que responde a la identidad femenina construida en la sub-alternidad. Siente nostalgia por no haber podido dedicar más tiempo a lograr el éxito científico. Es decir, contar con la capacidad de tener una familia y desarrollar más su profesión, porque ambas actividades implicaban eficiencia:

"Consideré que no podía hacer las dos cosas con eficiencia. Me hubiera gustado aprovechar la beca que me dieron para irme a Inglaterra cuando estudié ya casada. Pero iba a dejar a mis hijos adolescentes, preferí sacrificar lo que hubiera logrado profesionalmente. No era posible llevar las dos cosas. Si me la ofrecieran ahora la aceptaría, pero ya no hay oportunidad. Los hombres sí se van y dejan a los hijos para realizarse, los dejan y no les importa mucho. Los hombres se inclinan por su realización personal."

Se puede interpretar que ha construido su vida más en función del bienestar de los otros y que su felicidad depende de las actitudes y decisiones de su familia. Sus proyectos no son propios, sino que están sujetos a las decisiones de sus seres queridos; por lo tanto, no puede

controlarlos, y esto en ciertos momentos puede resultar muy conflictivo para ella.

El desarrollo de su autonomía podría considerarse limitado, puesto que sus deberes familiares le impidieron desarrollar sus anhelos profesionales que finalmente quedaron frustrados, en atención a que fue una estudiante brillante y pudo haberse desarrollado más en su profesión, aprovechar la beca que le daban para estudiar en Inglaterra o hacerse de algo propio, lo cual le hubiera permitido tener mayor autonomía e independencia y, sin duda, mayores logros profesionales.

7.2 Carmen: anteponer su profesión a la maternidad

Carmen es soltera y no tiene hijos, realizó estudios de posgrado en el extranjero; en su trayectoria laboral ha desempeñado varios cargos de importancia, tanto en la academia como en organismos públicos. En concreto, cuenta con prestigio profesional.

¿Qué aspectos subjetivos construyeron su identidad con la esfera laboral-profesional? En los procesos de socialización primaria de Carmen se encuentran algunas bases del desarrollo de su proceso de individuación: en primer lugar, la identificación con su padre; es muy probable que esto haya influido en su propio reconocimiento como persona puesto que se ha investigado⁸ que el reconocimiento del padre en las niñas es un aspecto fundamental para percibirse no sólo como mujeres-madres, sino como sujetos individuales⁹. Por otra parte, sus juegos infantiles no pueden considerarse sexistas, sino que revelan una gran capacidad para crear y se ven reflejados en su trabajo actual que es la investigación.

Un factor también significativo se constituye por el rechazo que sentía hacia su madre, así como la relación lejana (al menos en apariencia) que había entre sus padres. Es probable que un factor significativo haya sido su mala relación con la madre que, entre otros, le provocó cierto rechazo por las actividades domésticas y la maternidad, o al menos, asumir que para ella no debían ser tan importantes. Lo mismo se puede decir del concepto de matrimonio, que ella internalizó, como relación sin verdadera comunicación. Por ello, su decisión de elegir la soltería al menos hasta hoy.

8 Isac Balbus (1990), en su ensayo "Michael Foucault y el poder del discurso feminista", documenta la importancia que tiene para la autoestima de las mujeres la buena relación con su padre, así como su reconocimiento.

9 Información amplia en Vélez (2002).

Carmen fue objeto de restricciones y de ciertos prejuicios en su comportamiento como niña; sin embargo, la sentencia: "debes ser un ejemplo por ser la mayor", parece que influyó positivamente puesto que fue capaz de conseguir una beca para estudiar un posgrado en el extranjero, a pesar de que sus condiciones sociales eran adversas. A propósito, este acontecimiento cambió sus creencias y prejuicios infantiles por valores personales que desarrollaron en ella una mayor autonomía: estudiar un posgrado para superarse, ser independiente, saber que se puede elegir, cambiar ciertas circunstancias y desarrollar su reflexión crítica.

Su inmediata reacción ante la palabra "mujer" es "fuerza", significado que en este caso puede ser muy amplio y aplicado a actividades muy diversas y no sólo al hecho de ser madre o esposa. Sin embargo, ante "madre" su reacción es "acontecimiento", lo cual revela cierto desapego a esta condición femenina.

A lo largo de su vida se autopercibe como una mujer diferente y considera que el mejor papel que juega es el de ser muy buena profesionalista. En el futuro espera ser una persona completamente feliz y desarrollar más sus habilidades como escritora.

Las decisiones y acciones de Carmen son el resultado de quien ha desarrollado independencia y autonomía, puesto que cifra su futuro en ella misma y no en las decisiones de otros, habiendo sido capaz de transformar la adversidad en oportunidad de desarrollo con autonomía y libertad.

7.3 Sofía: llevar conjuntas maternidad y actividad profesional

Sofía está casada, pero separada desde hace poco de su cónyuge. Tiene una hija y un hijo, ambos adolescentes. Se ha desempeñado en algunos cargos de coordinación académica. Actualmente está trabajando muy fuerte para lograr ser miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

¿Qué aspectos subjetivos la llevaron a significarse tanto en la esfera laboral-profesional, como en la familiar-doméstica? Uno de los factores significativos de la socialización primaria de Sofía fue la identificación con su padre; más tarde ello le permitió otorgar un alto valor al trabajo público y a la búsqueda de su independencia. En este sentido, también llama la atención que su juego favorito en la infancia haya sido la cacería, actividad que más bien se vincula a la construcción de la identidad masculina y, por cierto, también relacionada con la estrategia; factor que para el trabajo de gestión es básico. En épocas anteriores, la cacería representaba un triunfo, que implicaba un

reconocimiento público como se documenta en la investigación de Vianello y Caramazza¹⁰.

También cabe destacar que en su vida estudiantil se distinguió por altas calificaciones y por su empeño en liderar grupos. Fue dos veces dirigente estudiantil. Puede considerarse clara la influencia que estos procesos de socialización tuvieron en su empeño por significarse en la esfera del reconocimiento público.

En su experiencia inter-subjetiva con los personajes más cercanos a ella, padre, madre y abuela materna, se puede leer el rechazo que sentía hacia las restricciones que le imponían: la falta de libertad para salir con sus amigos, trabajar y estudiar como ella deseaba y, sobre todo, que le hubieran impedido estudiar lo que ella quería; es decir, que le hubieran coartado su autonomía.

Bajo estas circunstancias se puede advertir que Sofía desarrolló, desde su juventud, una reflexión crítica no conformista ante lo que le rodeaba. También es de importancia la preocupación que le inspiraban las mujeres que, después de trabajar para los demás toda su vida, terminan solas y abandonadas, como fue el caso de su abuela materna.

Ahora, casualmente el trabajo que realiza está completamente enfocado a la investigación sobre los estudios de género. Su reacción inmediata a palabras como "mujer": orgullo; "padre": honestidad; "madre": perseverancia; "hijos": amor; "hombre": amor; "sexo": placer; representan aspectos de la esfera privada que para Sofía son satisfactores indispensables. De ahí su vínculo con el aspecto familiar y doméstico, así como con el científico.

Por otra parte, su reacción ante la palabra "ciencia" es compromiso; "éxito": trabajo; "discriminación": ignorancia; dan cuenta de la importancia que para ella tiene avanzar en el conocimiento. Por ello, cuando afirma que las aspiraciones profesionales chocan con los deberes familiares, también explica que no los entiende como limitantes, sino como obstáculos que se pueden salvar.

10 La caza como elemento simbólico funciona, por un lado, como mecanismo compensatorio y, por otro, como un mecanismo para excluir a la mujer del espacio público. Éste se identifica, entonces, como ámbito de la fuerza, la conquista, la estrategia, con lo cual, a su vez, se define el mundo femenino que debe mantenerse bajo control, fuera de la esfera pública: el de los niños, la ropa, las herramientas cotidianas, los animales domésticos, el cultivo de plantas, vegetales y frutas" (Viannello y Caramazza, 2002: 55).

Finalmente, aunque en el futuro se auto-percibe como una mujer exitosa en el ámbito científico, se imagina sola en lo personal, lo cual no empaña su felicidad. Por el contrario, esta percepción de soledad personal futura se ve compensada por la idea del éxito científico, que específicamente se deberá al ejercicio de su autonomía y de su libertad como sujeto social.

8. Reflexiones finales

En principio, es importante indicar que las entrevistas permitieron indagar sobre los procesos identitarios adquiridos en la socialización primaria en las tres mujeres, y que más tarde fueron fundamento de sus subjetividades, es decir, de sus creencias, valores y formas de significarse en el mundo.

Sobre la interpretación que se realiza de cada caso, se indica que las respuestas de las entrevistadas constituyen sólo un aspecto biográfico de su identidad compuesta por múltiples factores; por lo tanto, no representan determinaciones completas ni totales, sino sólo pistas del fundamento de sus identidades.

Uno de los aspectos que destaca como semejante en las tres entrevistas y que, sin duda, es un principio fundamental para el desarrollo de la subjetividad como aspecto clave del desarrollo humano, es la libertad. En efecto, en la mayoría de las sociedades en México, se educa con mayores restricciones a las mujeres, en tanto a los hombres se les otorga mayor libertad.

La semejanza en los tres casos se constituye por las prohibiciones de que fueron objeto en su infancia por su pertenencia al género femenino. Al respecto, se subraya la falta de libertad para expresarse; para hablar sobre todo de cuestiones íntimas-sexuales; para tener amistades, principalmente del sexo opuesto; para elegir incluso la profesión; para trabajar, así como para salir y explorar el mundo externo: condiciones de libertad que, sin embargo, se permiten casi a todos los hombres.

Esta carencia de libertades, desde luego, repercute en la subjetividad y en el futuro de estas mujeres; sin embargo, adquiere caracteres diferentes en las tres, dadas sus condiciones específicas.

En el caso de Sonia, el proceso de internalización mujer-madre es tan poderoso, que la conduce a dar preferencia a la vida familiar y a no buscar estrategias para adquirir un desarrollo profesional que le hubiera propiciado satisfacciones más allá de la dependencia respecto de sus hijos y pareja. Esto es claro cuando ella expresa lo que le hubiera gustado hacer o tener; en su

expresión se manifiesta nostalgia por las oportunidades de superación personal perdidas. Es decir, la identidad femenina ligada a la maternidad, fue muy significativa para Sonia. Por lo tanto, la experiencia individual de ella se convirtió en experiencia social y restringió sus relaciones y aspiraciones profesionales; dejó a un lado el proyecto profesional que existió en un inicio y dedicó su vida a lo doméstico y familiar, para lo cual no existe reconocimiento social, puesto que las actividades que allí se realizan, generalmente por las mujeres, no son remuneradas ni son objeto de apreciación pública.

En otro caso, las restricciones de libertad de que fue objeto Carmen en su infancia y por las que sentía gran rechazo, se transformaron en un incentivo que la estimuló para estudiar en el extranjero. Este acontecimiento propició un cambio fundamental: transformó la restricción en expansión de su desarrollo personal que generó el vínculo de auto-realización en la esfera pública, así como el desplazamiento de lo familiar y doméstico.

En Sofía, la libertad restringida tampoco fue determinante para su desarrollo personal (con libertad y autonomía). En este caso, aparece en su primera socialización la identificación con el padre; ello le permite auto-reconocerse como mujer, pero también como persona individual, con el derecho a realizar sus aspiraciones no sólo en lo privado-doméstico, sino en lo profesional.

El caso de Sofía es típico de las tensiones que se presentan cuando las mujeres intentan realizarse con éxito tanto en la familia como en el trabajo. Puesto que no pueden dar preferencia a una u otro, sino que para sentirse, en verdad realizadas, deben significarse casi con igual intensidad en ambos. Esta significación de las mujeres tanto en lo familiar como en lo laboral hasta hoy, se ve amenazada por la falta de políticas de igualdad y de una legislación que permitan conciliar el trabajo doméstico con el ámbito familiar y, asimismo, mantienen a muchas mujeres en potencia respecto de su desarrollo profesional.

Por último, es importante dejar claro que la interpretación sobre las diferencias entre las historias de estas tres mujeres, no tiene como propósito dar más valor o desvalorizar la importancia de la vida de alguna de ellas.

En este sentido, en los tres casos se perciben preferencias, significados distintos, pero igualmente importantes y valiosos para la sociedad. En todo caso, cabe destacar que el reconocimiento social, aún en la actualidad, y en casi todas partes, tiene un perfil androcéntrico; puesto se sigue significando en el ámbito laboral, en tanto que el trabajo familiar y doméstico, generalmente asignado a las mujeres en nuestra sociedad, no es valorado; carece de re-

compensa económica, en tanto no se mide en dinero y no posee más que una compensación simbólica. Es el caso de Sonia, cuyo trabajo doméstico y familiar es tan valioso como el trabajo remunerado, empero no le reporta autosuficiencia, sino dependencia familiar y menor autonomía.

No obstante, para la sociedad es de suma importancia el trabajo doméstico, así como cuidar, nutrir y formar sujetos: porque se trata de las tareas socialmente necesarias para la supervivencia humana; una parte de las actividades que en la medida en que se abandonan, revelan su importancia, su carácter indispensable y, que sin duda, pueden ser realizadas tanto por las mujeres como por los hombres¹¹.

En este sentido, podemos afirmar que aun cuando actualmente se lucha por un modelo de igualdad para los géneros, persisten las desigualdades entre los sexos, es decir, la variable sexo sigue orientando la educación, propiciando diferencias de sensibilidad, de aspiraciones, de preferencias profesionales, laborales, deportivas, menos marcadas pero no eliminadas, como lo corroboran los casos empíricos presentados.

Cabe recordar que la identidad es un elemento que surge de la dialéctica entre el individuo y la sociedad; en este sentido, gran parte de los aspectos identitario-subjetivos presentados en los tres casos se deben a la separación y a la tensión que existe entre trabajo y familia, que en las mujeres a veces adquiere la dimensión de renuncia a uno para realizarse en otro, o bien, las condiciones de estrés que genera ejercer el derecho a estar en ambos. Tal condición para la mayoría de los hombres no existe y, por ello, pone en desventaja el desarrollo pleno de muchas mujeres.

Por lo tanto, es de primordial importancia formular políticas y leyes que permitan conciliar el ámbito laboral y el ámbito familiar; puesto que en la sociedad actual, el trabajo familiar-doméstico y laboral-profesional debe ser practicado por ambos géneros.■

11 Información clara en (Vélez, 2003).

Bibliografía

AMORÓS, Celia (2001), *Feminismo: igualdad y diferencia*, México, UNAM/PUEG.

ALCAÑIZ, Mercedes (2004), "Conciliación entre las esferas pública y privada. ¿Hacia un nuevo modelo en el sistema de géneros?", *Revista de Sociología, problemas e prácticas*, núm. 44, pp. 47-70, Lisboa, Portugal.

ARENDT, Hannah (1998), *La condición humana*, Barcelona, Paidós.

BALBUS, Isac (1990), "Michael Foucault y el poder de discurso feminista", en Seyla Benhabib y Drucilla Cornell (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades del capitalismo tardío*, Valencia, Edicions Alfons el Maganim/Insitucio Valenciana Destudis I investigació, pp 81-95.

BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas (1986), *La construcción social de la realidad*, Madrid, Amorrortu Editores.

BOURDIEU, Pierre (2000), *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama.

BUTLER, Judith (2001), *El género en disputa*. México: Paidós.

CASTELLS, Manuel (2002), *La era de la información. El poder de la identidad*, México, Siglo XXI.

CERVANTES, Alejandro (1994), "Identidad de género de la mujer", *Frontera Norte*, núm. 21, vol. 6 julio-diciembre, México, El Colegio de la Frontera Norte.

CHINCHILLA, Nuria y LEÓN, Consuelo (2005), *La ambición femenina. Cómo reconciliar trabajo y familia*, España, Punto de Lectura.

LAGARDE, Marcela (1997), *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas y locas*, México, UNAM.

DE LAURETIS, Teresa (1991), "Estudios feministas, estudios críticos, problemas, conceptos y contextos", en Carmen Ramos (comp.), *Género en perspectiva. De la dominación universal a la representación múltiple*, México, UAM-I.

FREUD, Sigmund (1968), *Obras completas*, vol. II, traducción directa del alemán por Luis López Ballesteros y de Torres, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva.

GOFFMAN, Irving (1998), *Estigma: la identidad deteriorada*, Argentina, Prentice-Hall.

HARTMANN, Heidi (1981), "The unhappy marriage of Marxism and feminism", en Haber, Barbara (ed.), *The Women's Annual*, Boston, G.K. Hall.

HERSKOVITS MELVILLE, Jean (1952), *El hombre y sus obras*, México, FCE.

LANGTON, Rae (2001), "El feminismo en la Epistemología: exclusión y objetualización", en Miranda Fricker y Jennifer Hornsby (eds.), *Feminismos y filosofía*, Barcelona, Idea Books.

MCKINNON, Catherine (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*,

Madrid, Ediciones Cátedra.

MEDA, Dominique (2002), *El tiempo de las mujeres: conciliación entre vida profesional y familiar de hombres y mujeres*, España, Editorial Narcea.

RODRÍGUEZ MAGDA, Rosa María (1999), *Foucault y la genealogía de los sexos*, Barcelona, Anthropos.

RITZER, George (1993), *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw-Hill.

VÉLEZ, Graciela (2002), *Género, subjetividad y poder: participación política de las mujeres. El caso del gobierno del Estado de México*, México, CGIyEA/UAEM.

----- (2003), *Mensaje matrimonial*, México, Gobierno del Estado de México.

VIANELLO, Mino y Elena CARAMAZZA, (2002), *Género, espacio y poder*, Barcelona, Ediciones Cátedra.

WEBER, Max (1981), *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica.

La mujer a través del personaje literario

Susana Barroso Montero*

* Abogada, egresada de la Escuela Libre de Derecho. Maestra en Humanidades por la Universidad Anáhuac. Actualmente es Magistrada en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Conduce el programa de televisión "Entre juristas" que se transmite semanalmente a través del Canal Judicial.

A pesar de las restricciones que tuvieron las mujeres para la presentación y publicación de sus trabajos, están presentes en la Literatura grandes escritoras, aún con mayor fuerza a partir del siglo XIX. Existe también una colección muy amplia de obra dirigida al público femenino. Sin embargo, en este ensayo, quiero referirme solamente a la mujer que se expresa a través de un personaje literario, independientemente del sexo del autor, o del lector, al que va dirigida esta publicación.

El tema del feminismo no es tan novedoso como se podría pensar. La problemática de las mujeres se ha reflejado desde hace siglos a través de personajes que dejan huella firme en el imaginario colectivo, por eso su análisis resulta interesante para el estudio de asuntos de género ya que el alma femenina es un misterio al que autores de todos los tiempos han pretendido asomarse.

Así, todas las grandes obras representativas de la Literatura universal, contienen personajes femeninos que, si bien no son protagónicos, sí sostienen toda la trama; por ejemplo, en *El ingenioso Hidalgo. Don Quijote de la Mancha*, Cervantes dota a Dulcinea del Toboso de todas las virtudes y de una belleza sin igual; en contraposición con Aldonza que representa la cruda realidad y la vulgaridad rampante. En *Los miserables*, Victor Hugo delata a través de Fantine, las más horribles calamidades que le pueden pasar a una mujer pobre, indefensa e ignorante, que después de toda clase de sufrimientos y humillaciones acaba enferma y muere, siendo abandonado su cuerpo en la fosa pública. Asimismo, es la madre protectora que se prostituye y, cuando eso no alcanza, vende también su pelo y sus dientes para procurar lo que ella creía mejor para su hija, Cossette, la que después de ser rescatada de una niñez triste y degradante por Jean Valjean, se educa como una jovencita de buena clase y logra un matrimonio exitoso. Es una sociedad donde la mujer no vale nada, ni puede salir adelante sin el apoyo del varón.

La divina comedia, representa en Beatriz el objeto del amor platónico de Dante, una de las más grandes musas de la Historia, vocera de la fe y la esperanza. En *Fausto*, de Goethe, el personaje femenino relevante es Margarita o Gretchen. Fausto vende su alma al diablo para obtener todo lo que quiere y si durante el tiempo que Mefistófeles le sirve hay algo que le complazca tanto, al grado de querer vivir eternamente, debe morir al instante. Margarita es seducida por Fausto y queda embarazada; su madre y hermano mueren, ella ahoga al hijo ilegítimo por lo que es condenada y finalmente muere en los brazos de Fausto, sin que éste pueda hacer nada para rescatarla. La mujer es presentada como objeto de deseo y víctima de un pacto al que es ajena, sin que su voluntad pueda desviar las consecuencias.

El fuerte carácter y decisión de muchas mujeres es expuesto en novelas inolvidables, como lo hace Margaret Mitchell con la vanidosa, egoísta y caprichosa Scarlett, de *Lo que el viento se llevó*; o la valiente, tenaz e intuitiva, Ma Joad, de *Las uvas de la ira*, por nombrar algunas.

El personaje femenino puede ser rastreado desde los primeros vestigios de la literatura. En *La epopeya de Gilgamesh*, considerada como la narración escrita más antigua de la Historia, aparece como la diosa Inanna o Ishatar, quien declara su amor al héroe, pero cuando es rechazada decide vengarse. También como la prostituta sagrada, Shamhat, que pasa seis días y siete noches haciendo el amor con Enkidú para convencerlo de que abandone su vida de soledad en el bosque.

En la Biblia aparecen múltiples referencias de personajes tan interesantes como Ruth, Jezabel, Abigail, Esther, Lea o Raquel y que dicen mucho sobre la participación de la mujer y su forma de vida; por ejemplo, la relación entre Sara y Agar; el ama y la sirvienta unidas en el esfuerzo común de dotar de descendencia a Abraham, pero que no pueden librarse del resentimiento y de los celos que alcanzan a los hijos de ambas, y cuya división deriva en la fundación de dos de las más grandes religiones: el Judaísmo y el Islam.

Los personajes femeninos de la antigüedad se encuentran cargados de simbolismo. Medea, Ifigenia, Helena, Creusa, Calipso, Fedra, Danae o Antígona conservan tanta fuerza que hasta hoy sirven como punto de referencia para ciertos comportamientos, como en el caso del llamado complejo de Electra, que define el apego de la niña a la figura paterna y que se basa en el relato de la mitología griega en que Electra venga la muerte de su padre Agamenón, rey de Micenas, matando a sus asesinos que son su propia madre, Clitemnestra y el amante de ésta, Egisto.

Imposible olvidar la sobria y trágica figura de Yocasta, en *Edipo rey*, que se mata cuando es consciente de que ha colaborado con el cumplimiento de la profecía que anticipaba que se casaría con su hijo, quien además era también el asesino de su esposo.

Al referirnos a Penélope, nos remontamos al relato de *La Odisea* y evocamos a la esposa fiel que espera el regreso del amado. Safo, poetisa y mujer real convertida en personaje de ficción es símbolo de la expresión lésbica. Pandora representa la curiosidad femenina, culpable de abrir el ánfora donde se contenían todos los males y desgracias de los que el hombre se había visto libre hasta entonces.

Durante el régimen feudal de la Edad Media surge la Literatura épica. El héroe regularmente es un personaje masculino; la mujer aparece en segundo plano, lo que resulta lógico pues era incapaz de ejercer por sí misma la defensa del territorio y, además, porque era un género destinado al público masculino, que era el que podía leer o asistir con mayor libertad a las representaciones teatrales.

No obstante lo anterior, en obras medievales fundacionales como *El cantar de Roldán* o *El cantar de los Nibelungos*, los personajes femeninos son primordiales para el desarrollo de los acontecimientos, motivo principal para el desempeño del héroe o suelen dar solución con su astucia a los problemas del protagonista. En *El cantar de los Nibelungos*, Brunilda, reina de Islandia, se distingue por su belleza, pero también por su vigor físico y su valentía; tanto, que solamente se casará con el hombre que sea capaz de vencerla en combate. Krimilda es calculadora e indiscreta; es a través de ella que Hagen conoce que Sigfrido es invulnerable porque había sido bañado con sangre de dragón, salvo en una pequeña parte de la espalda donde ésta no tocó su piel y aprovechando ese punto débil, le mata. Krimilda se refugia entonces en la corte del rey Etzel o Atila, hasta que consigue eliminar a su propio pueblo.

En *El poema del Mio Cid*, aun cuando la acción gira alrededor del héroe, tres personajes femeninos, Elvira, Sol y Ximena, son esenciales para enaltecer la actuación del protagonista y reflejan aspectos familiares del momento, como el matrimonio obligado y desastroso al que fueron sometidas las hijas del Cid con los infantes de Carrión, no por decisión del padre, sino en acatamiento a una disposición del rey.

Ivanhoe, de Walter Scott, presenta a Lady Rowena como objeto de deseo, como el premio a obtener después de que el héroe haya demostrado su valentía. Rebeca es condenada como hechicera, solamente por curar, utilizando conocimientos de herbolaria. La inocencia de Rebeca es demostrada en un torneo a muerte. El destino de la mujer queda a merced de la fuerza y destreza de los hombres, sin que importe si realmente era o no, culpable.

En el siglo XIII aparece un ejemplo de protagonismo femenino fuerte y capaz de tomar decisiones, en una obra de autor anónimo, *La fille du comte de Pontieu*. Una mujer, que después de haber sido violada delante de su marido por unos asaltantes, intenta asesinar a su esposo, y lejos de arrepentirse, lamenta no haber conseguido su objetivo. Es abandonada por su propio padre en un tonel en el mar a la deriva, hasta que unos sarracenos la encuentran y el Sultán la hace su esposa, previa conversión al islamismo. Años después, su padre y su marido son hechos prisioneros por el Sultán, ella los rescata y con-

fiesa su identidad y también explica que su intento de asesinato fue debido a la enorme vergüenza que sentía. Después de esto logra que el Sultán la deje regresar a su país, dejando en Oriente a la hija que tuvo con él, quien más tarde será la madre de Saladino.

Francesco Petrarca, en *Canzoniere*, convierte a Laura en el objeto idealizado de su amor, representante de todas las virtudes cristianas y también de la belleza, tanto que la sola contemplación de su amada le lleva a un estado de plenitud espiritual.

En el siglo XIV, Juan Ruiz, Arcipreste de Hita, escribe *El libro de buen amor*, en donde expone que el amor a Dios libra al hombre del mal amor, entendido éste como el de la tentación de la carne provocada por la mujer. Aquí, el personaje femenino de Doña Venus es la principal detractora de las de su propio sexo, ya que aconseja a los varones lo que tienen que hacer para lograr el amor de las mujeres, asegurando que son seres menores que pueden ser envueltos mediante engaños, lo que tienen bien merecido ya que éstas siempre se conducen con hipocresía para conseguir al varón.

Como sigue sucediendo aún en la actualidad, muchas veces no es el hombre quien detiene el desarrollo de la mujer, sino la mujer misma traiciona a las de su propio género. Se siente amenazada cuando alguna es capaz de librarse de sus ataduras y actuar o pensar diferente de lo que ha sido impuesto. Al respecto, Cristina de Pizán, considerada la primera escritora profesional francesa, y una de las más antiguas precursoras del movimiento feminista, educada en la corte del rey Carlos V de Francia, viuda a los veinticinco años, relata a través de sus personajes la opresión que sufren las mujeres y culpa de ello a las mujeres mismas. En un pasaje de su libro *La ciudad de las damas* (1405), relata que su padre apoyó su interés por el estudio, pero que fueron los prejuicios de su madre, que quería que se dedicara a las ocupaciones habituales de su sexo, los que le impidieron profundizar sus conocimientos. Entonces, aun cuando había tenido la fortuna de contar con un padre que le permitía ser libre, era la propia madre la que coartaba su desarrollo, convencida de que el único papel posible para las mujeres era el de esposas fieles y madres sacrificadas.

En este punto conviene reivindicar al muy calumniado y satanizado filósofo Arthur Schopenhauer quien sostuvo que, en la vida de las mujeres, las relaciones sexuales son el gran negocio. El honor consiste, para una mujer soltera, en la confianza que inspire su inocencia, y para una mujer casada, en la fidelidad que tenga a su marido. Una primera máxima del honor femenino ha sido rehusar sin misericordia al hombre todo comercio sexual ilegítimo, a fin de

obligarle al matrimonio como una especie de capitulación. La joven soltera que ha caído, se hace culpable de traición hacia todo su sexo, porque si ese acto se generalizase, quedaría comprometido el interés del grupo. Por eso es expulsada de la comunidad, se la cubre de vergüenza y toda mujer debe huir de ella como de una apestada. La misma suerte espera a la mujer adúltera, porque ha faltado a una de las cláusulas de la capitulación consentida por el marido. Schopenhauer ya nos advertía desde entonces que el principio del honor de las mujeres no es una cuestión natural, sino que está calculado y fundado en beneficio del grupo, y se opone a que se le atribuya un valor absoluto más allá de la vida y sus fines¹.

Así, este filósofo al que injustamente se le ha etiquetado como misógino y cuyo vastísimo y profundo pensamiento se ha pretendido encasillar en una sola frase, "las mujeres son seres de cabellos largos e ideas cortas", se muestra sin embargo como un defensor de la mujer, como ser humano al que no se le puede calificar basándose solamente en el ejercicio de su sexualidad.

La exageración propia del Barroco, lleva a la exaltación del amor y las virtudes femeninas la Literatura, pero también de sus defectos. Por ejemplo, para Quevedo todo en la mujer es impostura y mentira capciosa. Es necesario volver a los valores religiosos y morales y se hace responsable de ello a la mujer, de la que depende el honor familiar, pero no sólo ha de ser honesta, sino también debe parecerlo. Con la sola sospecha se convierte en culpable y queda sujeta a la justicia que ejerce el varón bajo cuya tutela esté, ya sea el padre, el marido o el hermano.

El Renacimiento, en su búsqueda del regreso a lo clásico, vuelve a la idea de la mujer como musa, objeto de inspiración. Al situarla como algo inalcanzable se le venera y ello da lugar al concepto del "amor platónico". Los juglares le cantan y le escriben versos, pero es una idea, es tan sólo un concepto de pureza, belleza, salud y juventud. No importa lo que siente y menos aún lo que piensa, y una vez que envejece, pierde la lozanía o la honra, deja de tener valor alguno. La mujer es solamente un objeto hermoso que el varón ansía poseer, igual que un mueble, un caballo o un florero. En esta época hedonista, la mujer es invitación al placer y, por supuesto, es el hombre quien merece todos los goces mundanos. Se desarrolla el concepto del amor cortés basado en la libertad sexual de las mujeres de la nobleza y la veneración por parte de su amante.

¹ Schopenhauer, Arthur, *El amor, las mujeres y la muerte: diálogo abierto*, Ediciones Coyoacán, México, 1997, pp. 64-66.

La obra de Shakespeare contiene fuertes e inolvidables personajes femeninos que merecerían cada uno de ellos un análisis profundo, como Cordelia, Julieta, Desdémona, Cleopatra, Lady Macbeth o las alegres comadres de Windsor. Son mujeres que desencadenan la acción o que provocan que los demás cumplan con su destino. Por ejemplo, en *Otelo*, los celos del protagonista por su mujer culminan en la muerte de Desdémona, mientras que, en *Macbeth*, las brujas y la ambición de su esposa impulsan la trama.

Capítulo aparte merece *La fierecilla domada*, obra en la que Catalina Minola con su carácter violento ahuyenta a todos los pretendientes. Su padre, el rico mercader Bautista Minola, se niega a entregar en matrimonio a su hija menor, Blanca, hasta que no haya casado a la mayor, pues era la costumbre de la época. Petruchio es quien se casa con Catalina y después de maltratarla y dejarla sin comer, ni dormir, presume su triunfo al haber domado el carácter de la mujer.

En *Hamlet*, Ofelia es hija del Chambelán del rey, una de las pocas privilegiadas que tenía acceso a la educación; una educación bastante acotada, tendiente a que se desempeñara como buena esposa y madre. Es enviada a un convento como muchas de las mujeres de esa época. Se vuelve loca cuando pierde todo lo que ama y le da seguridad: su amor por Hamlet es frustrado, muere su padre y pierde a su hermano. Deambula entonando baladas incoherentes que hablan de desgracias y revelan la parte más oscura de su mente mezclando pensamientos y recuerdos en que el autor destaca algunas frases relacionadas con aspectos sexuales, lo que sorprende en una joven de su edad y su clase, pero que se justifica por su locura. Ofelia tiene una muerte trágica, ahogada en el río.

La mujer sigue atada al núcleo familiar, debe obediencia absoluta al marido, tiene que cuidar a los hijos y dedicarse al hogar, mostrarse recatada y permanecer en el anonimato. Su voluntad y su opinión no son de tomarse en cuenta; se le niega el acceso a la formación intelectual y a la participación en la esfera pública. Los matrimonios obligados, por conveniencia o por sobrevivencia, son la constante. Una mujer pudorosa y decente no debe expresar sus opiniones ni sus sentimientos y, por lo regular, el amor para ella se convierte en una cárcel.

Ni el Racionalismo renacentista logró desprender a la mujer de su concepción de virgen, deseada por sus enormes virtudes inalcanzables o de hechicera, odiada por despertar pasiones. Esporádicamente, algunos humanistas son capaces de reconocer la capacidad intelectual de la mujer, pero afirman que su sabiduría deberá estar al servicio de la familia, principalmente

de los hijos. Ejemplo de ello es *La perfecta casada*, de Fray Luis de León, obra en que se destaca que la misión del marido es educar a la mujer para que defienda los valores tradicionales y actúe como es debido y que entienda que su sitio es el hogar donde va a poder desarrollarse en beneficio de los intereses de la familia y de la sociedad.

Representantes del llamado Siglo de Oro, como Lope de Vega, Góngora, Quevedo, Gracián, Tirso de Molina o Calderón, exponen la realidad de un sistema jurídico discriminatorio en que el padre puede casar a las hijas sin contar con su opinión. Una vez casada puede ser objeto de maltratos y el marido puede llegar al asesinato en caso de adulterio. Muestra de esta humillación a la que está expuesta la mujer es la obra de Lope de Vega, *La dama boba*, en que se la presenta como alguien que solamente sirve para parir y criar y que no necesita sino saber medianamente y guardar discreción. Por su parte, Francisco de Quevedo, obsesionado por la infidelidad femenina, tal vez porque él era muy poco agraciado, afirma que la mujer es necesaria para el hombre, pero, al mismo tiempo, le es sumamente peligrosa. Su poesía tiene repetidas referencias a defectos o debilidades femeninos. Dedicó un poema a una mujer pequeña, a una mujer flaca, a una mujer adúltera, a Celestina. Con pretendido sentido del humor deja sentir su fuerte misoginia: "Sabed vecinas, que mujeres y gallinas todas ponemos, unas cuernos y otras huevos."².

El clérigo Baltasar Gracián afirma que la mujer es carne y demonio, fuente y origen de todos los males, la enemiga de su perfección espiritual.

Son muy pocos los escritores que se atreven a ir en contra de esa corriente misógina, uno de ellos es Miguel de Cervantes Saavedra que, en *El celoso extremeño* y *El viejo celoso* se atreve a defender el derecho de la mujer a elegir esposo y critica los matrimonios impuestos a la fuerza. También, sorprendentemente, plantea la posibilidad de que el marido engañado no castigue a su mujer y que, mediante la razón, sea capaz de perdonarla.

En 1545 aparece por primera vez una mujer actriz, ya que anteriormente todos los papeles femeninos los tenían que hacer hombres disfrazados, pues era impensable que una mujer se exhibiera en los escenarios. Más tarde, Leandro Fernández de Moratín (1760-1828), plantea la injusticia que significa el matrimonio que no es libremente consentido y la infelicidad que esto acarrea. *El viejo y la niña* y *El sí de las niñas*, muestran cómo la educación que reciben las mujeres las convierte en esclavas cuya única misión es la de servir a Dios, a los padres, al marido y a los hijos y dice que, si tuvieran acceso a una formación

2 Francisco de Quevedo, Fragmento de *Todas ponemos*.

que la instruyera y fueran libres de escoger en el matrimonio, su comportamiento social cambiaría; dejarían de ser hipócritas, frívolas y banales porque serían más felices.

El Romanticismo sitúa a la mujer como algo etéreo, musa, bella, pero tan distante que, a veces se convierte en un sueño. Es el caso de Doña Inés (*Don Juan Tenorio* de José Zorrilla) que vive en un convento por decisión de su padre para mantenerla al margen de los males del mundo y que conserve su pureza. Sus valores son la inocencia y la castidad. La dificultad para corromperla es lo que mueve el deseo de Don Juan, cuya alma será salvada de la condena eterna gracias a las enormes virtudes de su amada. La mujer es valiosa en la medida en que reúne las expectativas que el varón ha depositado en ella.

A medida que las mujeres comienzan a involucrarse en la cultura y las artes, sobre todo las pertenecientes a la clase alta, dedican tiempo a la Literatura y también se interesan en asuntos políticos y en los problemas de la sociedad en la que viven.

El Realismo, al describir las condiciones del entorno, es la expresión literaria que mejor representa la situación de la mujer pues la presenta como la protagonista; los textos suelen girar alrededor de profundas reflexiones sobre sus sentimientos y emociones. Sin dejar de ser la meta el matrimonio y la formación de una familia, ahora los personajes femeninos son capaces de imponer su voluntad y rebelarse contra las condiciones que les son impuestas, convirtiéndose así en paradigma de muchas mujeres de su época.

En *Sensatez y sentimientos* (1811), Jane Austen expone la vida femenina en la sociedad de la Inglaterra victoriana con la que ella misma tiene que lidiar, pues tuvo que publicar su obra bajo seudónimo ya que no era bien visto que las mujeres escribieran y el hecho de ser mujer también reducía de manera considerable sus posibilidades de publicación. En esta novela, las protagonistas son tres hermanas que viven con su madre, empobrecidas a la muerte del padre, pues debido a que las leyes de la época no permitían heredar a las mujeres, el patrimonio familiar pasa a su medio hermano, John Dashwood, que incumple su promesa de protegerlas. Los personajes representan la lucha de las mujeres para sobrevivir por medio del matrimonio y el estrecho margen de elección que tienen entre el amor y la conveniencia.

Personajes femeninos inolvidables son los de *Mujercitas* (1867) de Louise May Alcott. Las recordamos con personalidades muy definidas, buscando abrirse camino durante la guerra civil de los Estados Unidos y luchando siempre contra los cánones impuestos por la clase alta y el machismo.

En España, *Fortunata y Jacinta* (1886) de Benito Pérez Galdós, centra la acción en dos mujeres de diferentes estratos sociales unidas por el amor al mismo hombre. En esta novela, la fertilidad de Fortunata le significa un importante punto a favor que disminuye las circunstancias desventajosas que conllevan la pobreza y la ignorancia. Otro ejemplo es *La Regenta*, de Leopoldo Alas Clarín de 1884, en que la bella Ana Ozones, a la muerte de su padre, es recogida por dos tías santurronas cuya misión es conseguirle un marido rico. Al cumplir 20 años de edad, la casan con un magistrado cincuentón, bueno y culto, pero aburrido. Se instalan en Vetusta, un pequeño pueblo donde a él lo nombran Regente. Ana se asfixia en ese espacio reducido y, ante la indiferencia de su marido, se refugia en la religión. Su confesor, Fermín, se enamora de ella, lo que horroriza a Ana, quien decepcionada también de la iglesia, se entrega a un donjuán que la pretendía hacía tiempo. El sacerdote despechado entera al marido de la traición. El Regente reta a duelo al amante, quien lo mata y huye del pueblo, dejando a Ana sola y desprestigiada ante toda la comunidad. Este es un ejemplo de la hipocresía de la Iglesia y de la sociedad que destroza a la mujer que comete un error.

Esta doble moral indica que cualquier mujer que vaya contra lo establecido debe ser castigada con el desprecio, el ostracismo y la muerte; representantes de este mensaje son *Madame Bovary* (1856) y *Ana Karenina* (1877). Cabe mencionar que en el caso de estas dos novelas los autores son hombres y resulta verdaderamente asombroso observar cómo, tanto Flaubert como Tolstói, fueron capaces de adentrarse en el sentimiento femenino. Las dos novelas fueron motivo de escándalo, fuertemente criticadas por la sociedad del momento pues las consideraban una apología del adulterio. No obstante que ambas protagonistas sufren terriblemente y tienen muertes trágicas, parece que eso no fue suficiente para lavar sus culpas. Tanto Ana Karenina como Emma Bovary son víctimas de una sociedad dirigida por hombres, para las que el matrimonio es una prisión de tedio y desolación donde se marchitan su belleza, su juventud y sus ambiciones. El adulterio es evasión, una puerta de escape más que el amor mismo; les produce placer en un principio, pero después resulta un sufrimiento aun peor que el matrimonio del que pretendían huir. Con el tiempo, las dos se encuentran frustradas ante la actitud de sus amantes que, una vez pasada la novedad de la pasión, se aburren y las abandonan a su suerte. Volver a la vida cotidiana es impensable y ambas mueren de manera trágica: Ana, bajo un tren; Emma, se suicida ingiriendo veneno. Ha sido tan fuerte la influencia del personaje de Emma Bovary que en psicología se entiende por "bovarismo", el estado de insatisfacción crónica de una persona, producido por el contraste entre sus ilusiones y aspiraciones, las que frecuentemente son desproporcionadas, respecto a sus posibilidades, lo que conduce a la depresión.

La Dama de las Camelias (1848) está inspirada en un romance real de Alejandro Dumas (hijo) con una cortesana. En la novela, para Margarita Gautier no hay redención posible pues, aun cuando ha abandonado la vida licenciosa para dedicarse al amor de Armando, se le exige que renuncie a su propósito para no afectar a la hermana de éste, pues los padres de la joven no permitirían el matrimonio si había una prostituta en la familia. Así que a Margarita no le queda más remedio que regresar a sus múltiples amantes como medio de acelerar su muerte, dejando progresar la enfermedad que la aquejaba desde hacía algún tiempo. En esta novela, la tuberculosis, enfermedad recurrente en la época, se presenta como castigo, además del desprecio y la soledad en que merecían morir "ese tipo de mujeres".

Naná (1880) forma parte de la saga familiar de los *Rougon-Macquart*, a la que Émile Zola dedica un ciclo de novelas. Es una joven que trata de ascender en la escala social a través de la prostitución. Este personaje expresa la decadencia de la sociedad del Segundo Imperio francés que degrada a la mujer como objeto sexual cuando no tiene otro medio de sobrevivir.

Pero en la literatura galante también existen adúlteras que parecen vivir muy felices y que incluso son admiradas. Son nobles y ricas, controladoras y, sobre todo, no se enamoran de verdad. Se presenta como todo un arte, el saber manejarse en la hipocresía social con una falsa discreción que no hiciera evidentes sus romances aunque todos supieran cual era su estilo de vida. Así se revela en la obra de Juan Ruiz de Alarcón, *El sombrero de tres picos*, en que la protagonista es una coqueta, pero sin dejar de ser honesta. En *Las amistades peligrosas* (1782), Pierre Ambroise Choderlos de Laclos describe las argucias de dos nobles libertinos, la Marquesa de Merteuil y el Vizconde de Valmont, quienes juegan con la honra de Madame de Tourvel, entre otras muchas damas. La Marquesa es un personaje calculador, de una frialdad y perversidad enormes; pero, a la vez, mantiene ocultas sus actividades debido a su condición social y también por ser mujer. Al final, su castigo es ser descubierta ante la sociedad, al tiempo que su cara es desfigurada por la viruela, perdiendo así dos de las cosas que la hacían valer: su prestigio social y su belleza.

La mujer puede ser una asesina fría y malvada, como Milady de Winter en *Los Tres Mosqueteros* (1844), a la que Alejandro Dumas (padre) describe como una mujer joven de gran hermosura, pero de intensa maldad, agente de confianza del Cardenal Richelieu y responsable de la muerte del Duque de Buckingham y de Constanza Bonacieux, novia de D'Artagnan.

Es durante el siglo XIX, cuando la mujer comienza a conquistar el dominio de su cuerpo y sus decisiones. En 1867, Stuart Mil pronuncia en el Par-

lamento inglés el primer alegato a favor del voto de la mujer y en 1878 se funda el Congreso Internacional de los Derechos de la Mujer. Sin embargo, los cambios en su condición social seguirían aún un camino largo y azaroso. Las posibilidades de que una mujer pudiera valerse por sí misma eran muy pocas. No tenían las mismas oportunidades que recibían los varones, ni para el estudio, ni para la vida laboral. No se consideraba importante que se sostuvieran económicamente, por lo tanto, no recibían una educación que las preparara para la vida y la libertad. Las mujeres de clase alta y media eran educadas para ser bonitos adornos y que pudieran entretener; bordaban, recibían clases de pintura, música y algún idioma. La educación de las de clase baja estaba encaminada a que aprendieran a realizar labores domésticas, preparación útil para casarse o para que pudieran contratarse como sirvientas. La legislación les negaba derechos y disponía que los bienes de la mujer casada debían ser administrados por el marido. En España, el asesinato en defensa del honor se castigaba, para el hombre, con el destierro por corto tiempo, pero, para la mujer, la sanción era la cadena perpetua. Para viajar o para estudiar, las mujeres necesitaban contar con la autorización del padre o del marido. En este contexto, surgen personajes que presentan a la mujer como mártir que luchan constantemente por zafarse del yugo que les ha impuesto la tradición, como el caso de *Tristana*, de Benito Pérez Galdós, que relata la historia de una mujer cuya voluntad la inclina a librarse de la opresión masculina; pero sus condiciones físicas y económicas nunca se lo permiten pues es incapaz de valerse por sí misma.

En el siglo XX, la mujer consiguió cierta libertad económica al incursionar en algunos campos laborales antes reservados a los hombres, debido a que los varones estaban ocupados en dos grandes guerras mundiales. Sin embargo, aun cuando las mujeres podían ingresar a la Universidad, era mal visto decidirse por algunas determinadas carreras.

En el ámbito rural el desenvolvimiento fue aún más lento. En los años 30, García Lorca relata en *Yerma* el drama de la campesina española, que por ser infértil, pierde todo valor. En *La casa de Bernarda Alba* (1938), presenta a una mujer intransigente que por la muerte del padre somete a sus cinco hijas a un rígido duelo que conlleva la negación del deseo sexual. Adela representa la libertad transgresora del orden impuesto, es valiente para interceder por una pobre mujer cuando es llevada a la montaña por unos hombres que se sienten con el derecho a abusar de ella pues había matado al hijo engendrado de manera ilegítima. Mantiene relaciones secretas con el prometido de su hermana y, al ser descubierta, se suicida. Bernarda, que representa a la autoridad, vence, imponiendo el silencio y dejando bien claro al pueblo que su hija murió siendo virgen.

En el clima represivo de la guerra civil española surge la poesía de Miguel Hernández que presenta a la mujer como dueña de su destino, con opinión propia y comprometida con su sociedad de manera activa, sin perder por ello su femineidad.

Simone de Beauvoir, sin duda alguna precursora del movimiento feminista, haciendo coherente su manera de vivir con su obra *El Segundo Sexo* (1949), sostiene que la mujer es un producto cultural y social, construido a través de la Historia, y que sus características y comportamiento no dependen de la naturaleza, sino de la manera como ha sido educada. La mujer deberá reconquistar su identidad con sus propios criterios.

Lolita (1955), es un personaje del escritor ruso Vladimir Nabokov que se ha vuelto ícono de la atracción sexual que ejerce una adolescente en un hombre maduro. Sin embargo, la Lolita de Nabokov no parece premeditar, ni seducir, por lo menos voluntariamente; es una niña que se comporta como tal: es rebelde, caprichosa, quiere ir a fiestas con chicos de su edad, masca chicle, le gustan las historietas, conductas que encantan a Humbert; pero que, a la vez, le desesperan porque él la idealiza y pretende que ella le ame como una mujer, sin lograrlo jamás.

Al comenzar los sesentas se da la definitiva liberación de la mujer con la comercialización de la píldora anticonceptiva que rompe el lazo que parecía insoluble entre relaciones sexuales y maternidad, lo que destruyó mitos y culpas.

Isabel Allende en la *La casa de los espíritus* (1982), relata a través del realismo mágico la historia de la familia Trueba y los cambios políticos en Chile. Los personajes femeninos son fuertes y definidos y están cargados de simbolismo: Rosa es la hija mayor de Severo y Nivea del Valle; desde su nacimiento, su cabello verde y su belleza la hicieron sobresalir, pero nadie en el pueblo se atrevía a hablar con ella o pedir su mano precisamente por eso, hasta que Esteban Trueba la pide en matrimonio después de amasar una fortuna trabajando en las minas para sentirse merecedor de ella. Mientras le esperaba, cosía un mantel enorme con extraños monstruos que imaginaba; sin embargo nunca llega a casarse porque muere al beber un veneno destinado a su padre. Esteban, años más tarde, se casa con la hermana menor, Clara, quien tiene visión del futuro y su capacidad de amor y perdón mantiene la unión familiar.

Blanca, la primera hija de Clara y Esteban, sostiene un gran amor con Pedro Tercero, que no pertenecía a su misma clase social, tienen una hija y durante la dictadura escapan a Canadá. Alba, es hija de Blanca y Pedro Ter-

ceros, aunque por muchos años creyó que era hija del Conde de Satigny; su abuela decretó que estaba bendecida por las estrellas. Alba tenía el cabello verde como Rosa, pero no era hermosa. Pintaba en la pared de su cuarto figuras como las que hacía su madre en cerámica y su tía abuela bordaba.

La insoportable levedad del ser (1984), novela de Milan Kundera, contiene una reflexión filosófica profunda entre el peso y la ligereza para conducirse en la vida. Tomás, un cirujano checoslovaco que vive en Praga a mediados de los años 60, es un hombre divorciado con muchas dudas existenciales que en su mayor parte nacen del ejercicio de la libertad de los personajes femeninos. Con Teresa se casa, rindiéndose ante el amor que ésta le inspira, pero no logra serle fiel. Sabina es una de sus amantes, una artista liberal con ideas propias. Teresa lo abandona y le dice a Tomás: "es un gran alivio sentir que eres libre, que no tienes una misión."³.

La escritora mexicana Ángeles Mastretta, en sus novelas costumbristas, presenta personajes femeninos que atrapan con su descripción del mundo psicológico y también del entorno político que las rodea. Dice que las interesantes, son las mujeres atípicas, y éste es caso de *Mal de Amores* (1995), novela donde relata que, a finales del siglo XIX, Emilia Sauri crece en el seno de una familia liberal. Cuando crece lucha por sus convicciones y se niega a renunciar a sus sentimientos, enfrentando las limitaciones impuestas a su condición femenina. Ama a dos hombres: Daniel Cuenca, un aventurero revolucionario y más tarde a Antonio Zabalza, un médico que busca la paz en medio de la guerra civil.

En *Arráncame la vida*, narra la historia de Catalina Guzmán de Ascencio, quien lucha contra la opresión de su esposo, el general Andrés Ascencio. En el México de los años 30, Catalina, muy joven, rebelde y espontánea, se casa con el general que además de ser mucho más grande que ella, es rígido e impositivo. Catalina no está de acuerdo con la manera corrupta de actuar de su esposo. Aburrída y frustrada, se enamora de un joven director de orquesta que lucha por derrocar a los gobiernos caciquiles de México, cosa que le acarrea la muerte. Catalina mata a su esposo y en el funeral se siente libre y feliz por las cosas que iba a poder hacer sin que nadie la mandara nunca más.

Marcela Serrano en el *Albergue de las mujeres tristes* (1997), reúne los relatos y vivencias de las veinte mujeres que habitan en un refugio en el que buscan curar su tristeza provocada por el desamor de los hombres. Es suma-

3 Kundera, Milan, *La insoportable levedad del ser*, trad. Fernando de Valenzuela, RBA Editores, Barcelona, 1993, p. 315.

mente interesante destacar que en esta novela, Serrano también refleja el temor que pueden sentir los hombres ante la libertad ganada por las mujeres y logra reconciliar los sentimientos del hombre y de la mujer en un plano de igualdad que resulta esperanzador.

Bridget Jones, de Helen Fielding, presenta los conflictos de la mujer treintañera contemporánea, soltera, autosuficiente, pero preocupada por el exceso de peso, por encontrar un novio decente y por dejar de beber y fumar. Es la historia de muchas jóvenes que han alcanzado la deseada libertad, pero que ahora tienen que enfrentar la soledad y el estrés que significa compaginar la vida laboral y personal, además de seguir los cánones que ahora la esclavizan: la moda, la buena figura y el éxito.

La trilogía *Millennium* del sueco Stieg Larsson (2005-2007), ha atrapado a los lectores con su personaje femenino, Lizbeth Salander, descrito como "la cara del nuevo feminismo". Es entre gótica, *dark* y *punk*, de corta estatura, muy delgada, con apariencia de enferma. Tiene *piercings* en la ceja, la lengua, la nariz, el ombligo, los pezones, la vulva y las orejas, así como varios tatuajes, resaltando el de la espalda que es un gran dragón y el del cuello que es una avispa que corresponde con el pseudónimo de *Wasp*, bajo el cual se desempeña como *hacker*. Se le describe como poseedora de una inteligencia extraordinaria y memoria fotográfica, experta en informática, empleada como investigadora privada en una empresa de seguridad. Fumadora empedernida y de tendencias bisexuales. Hábil boxeadora. A pesar de su gran inteligencia, tiene problemas para relacionarse como resultado de una niñez y adolescencia muy difíciles. Como resultado de esos traumas, nunca expresa sus sentimientos y siente un odio patológico hacia los hombres que maltratan a las mujeres, por lo que reacciona ante el abuso de manera muy violenta. Es una personalidad enferma que se ha vuelto heroína contemporánea.

Hasta aquí, hemos echado un vistazo a la Literatura que se refiere a personajes del mundo occidental, pero faltarían otros que revelan la situación de las mujeres en otras culturas. En oriente, en países árabes o africanos, la negación de los derechos de la mujer sigue siendo una constante. Para ejemplo, solamente mencionaré *Mil soles espléndidos* del afgano Khaled Hosseini. Publicada en castellano en 2007, esta novela centra la acción en la vida de tres mujeres que en Afganistán son víctimas de la más horrible violencia por parte de los hombres que las rodean, pero también de la sociedad donde viven y donde no hay esperanza de escapar.

Mariam: nace en Herat en 1959, hija ilegítima de Nana y de Yalil. Le avergüenza su condición de *harami* (bastarda). Adora a su padre, quien la

visita todos los jueves. Cuando cumple quince años, le pide que la lleve al cine. Nana ruega a su hija que no vaya; sin embargo, Yalil le promete que pasaría a buscarla, pero no aparece el día señalado, por lo que Mariam decide buscarlo a la casa donde Yalil vive con su familia. Después de hacer un largo camino a pie, el padre no le permite entrar y le exige que vuelva con su madre. Mariam se niega a creerlo y pasa la noche esperando que Yalil le dé permiso para entrar, cosa que nunca sucede. Mariam, dolida y traicionada, decide volver caminando. Cuando llega, encuentra muerta a su madre, quien, sumida en la desesperación, decidió ahorcarse. La niña, desolada, tiene que ir a vivir a casa del padre, donde recibe desprecio de sus madrastras, quienes, junto con Yalil, la obligan a casarse con un viudo mucho mayor que ella: Rashid. Antes de partir, Mariam triste y decepcionada le pide a su padre que jamás vuelva a visitarla, pues nunca más podrá reconocerle como padre. Mariam empieza a adaptarse a su nueva vida. Al principio su esposo se muestra amable, pero sin dejarle bien claro que tiene que empezar a hacer las tareas de la casa y a cocinar. Mariam pronto queda embarazada, pero aborta y su relación con Rashid se vuelve insoportable; él la culpa por haber perdido al hijo, la maltrata y la viola durante muchos años en los que ella sufre sucesivos abortos.

Laila: es una niña que vive en la misma calle de Rashid y Mariam. Es hermosa, su padre es un buen hombre, con mentalidad inusualmente abierta que quiere que su hija reciba educación. Laila está enamorada de Tariq, de quien los chicos del barrio hacen burla porque perdió una pierna en la guerra. La guerra civil llega a Kabul, que comienza a ser bombardeado. La familia de Tariq decide mudarse y Laila se siente abatida porque tendrán que separarse. Tariq le pide matrimonio para escapar los dos juntos, pero Laila rechaza la propuesta porque ella es la única esperanza que les queda a sus padres y no puede abandonarlos. Se despiden después de hacer el amor. Cuando la situación empeora, la familia de Laila también decide ir a un lugar más seguro. Laila se entusiasma con la idea de volver a ver a Tariq. Sin embargo, su sueño se ve frustrado cuando un misil alcanza su casa. Laila sobrevive, pero pierde a sus padres. Rashid y Mariam curan sus heridas, y Rashid le hace saber que Tariq ha muerto. Laila queda destrozada. Al poco tiempo descubre que está embarazada, lo que le devuelve la esperanza. Rashid le ofrece la posibilidad de casarse con él para tener un hogar; Laila acepta su proposición y hace pasar a su futuro bebé por hijo de Rashid. En un primer momento, Mariam es hostil con Laila pues ella no pudo tener hijos, y la presencia de la joven y guapa Laila hace que se sienta aún más despreciable. Rashid, tras enterarse del embarazo de Laila, comienza a tratarla como una reina y a Mariam como una esclava. Cuando Laila da a luz a una niña, Rashid abandona la cordialidad con la que había tratado a su segunda esposa y se muestra también

violento con ella y con la niña: Aziza. Esto provoca que Mariam y Laila se unan en su dolor, se vuelven confidentes e inseparables, como madre e hija. Laila le dice a Mariam que planea escaparse con unas monedas ahorradas que le robó a Rashid y pide a Mariam que la acompañe. Se dirigen a Pakistán, pero un hombre las delata ante la policía. Son devueltas a la casa de Rashid, quien furioso, amenaza de muerte a las dos mujeres y a la niña. Después de una golpiza atroz, las encierra en diferentes habitaciones sin alimentos, ni agua durante varios días. Años más tarde, Laila da a luz a un varón, Zalmai, quien recibe todo el amor del padre y una educación machista de rechazo a todas las mujeres de la casa. En esa misma época, los talibán habían tomado el poder en Afganistán, las prohibiciones crecen; es delito leer otra cosa que no sea el Corán, ver televisión o películas. Para las mujeres, la situación es aún peor: tienen que usar la *burka*, no pueden manejar, trabajar, ni hablar con ningún varón en público. Se niega la asistencia médica a las mujeres, por lo que el parto de Laila es por cesárea y sin anestesia. Unos años después, hay sequía en Afganistán y escasean alimentos. La familia queda sumida en la miseria. Para ahorrar, Rashid decide internar a Aziza en un orfanato. Laila es incapaz de evitarlo, por lo que tiene que resignarse a intentar visitar a su hija, pero hasta eso es muy difícil pues las reglas talibanas indican que tiene que salir de su casa con la compañía de un hombre de su familia y, por supuesto, Rashid nunca quiere acompañarla. Un día, mientras Rashid está trabajando, Laila recibe la visita de Tariq y descubre que su muerte no había sido más que una artimaña de Rashid. Tariq había presenciado la muerte de sus padres y pasó años en la cárcel. Laila le habla de su hija y de cómo Rashid la mantiene en un orfanato y le pide que regrese al día siguiente para ir a conocerla. Ese mismo día, Zalmai le cuenta a su padre que habían recibido la visita de un señor cojo. Rashid enfurece y golpea brutalmente a Laila mientras le dice que siempre supo que Aziza no era hija suya. Una vez en el suelo, intenta estrangularla, pero Mariam consigue impedir que acabe con sus vidas asestándole un golpe en la cabeza con una pala, dejándole muerto. Mariam le pide a Laila que huya con Tariq y sus hijos y que abandonen Kabul. Decide sacrificarse, pues, de acompañarlos, cuando los talibanes encontraran el cadáver de Rashid, serían perseguidas. Laila, muy a su pesar, escapa hacia Pakistán, donde finalmente se casa con Tariq. Mariam se entrega a los talibán, confiesa el crimen y es ejecutada en público.

Es una historia desgarradora, pero no es ficción; como muchas otras, delata lo que miles de mujeres viven actualmente en sociedades donde la mujer forma parte del patrimonio del varón y no tiene mayor valor que un camello o un plato de arroz.

Como hemos visto, el sentimiento femenino ha sido expresado a través de personajes que tienen mucho que ver con la realidad de cada época y lugar; que denuncian repetidamente el maltrato físico y psicológico que se ha ejercido sobre la mujer. El padecer de las mujeres no ha sido poco ni esporádico, es un sufrimiento que ha provocado la necia desigualdad y la injusticia de tratar como inferior a una persona por el único hecho de habitar un cuerpo femenino.

Poco a poco, las mujeres van logrando romper los barrotes de la ignorancia y la sumisión que las han mantenido confinadas por tanto tiempo, pero aún hay mucho por hacer. La verdadera igualdad se alcanzará cuando compartan los mismos espacios, horarios y actividades que los hombres han dominado durante siglos; cuando no busquen la compañía de un hombre para que se haga cargo de mantenerlas; cuando se logre que las mujeres puedan tener acceso a la educación y que no se menosprecie su capacidad intelectual; cuando puedan tener hijos, sin que ello las convierta en esclavas de por vida; cuando el contrato matrimonial no se convierta en un pacto de esclavitud y sumisión; cuando puedan compartir con sus amigas y amigos, sin que sean mal vistas; cuando su libertad sexual sea ejercida de manera libre y responsable sin que se les tache de libertinas; cuando trabajen y no se sientan culpables porque se les haga sentir que abandonan a la familia; cuando sus ratos malos no sean resultado de sus "días difíciles"; cuando no permitan que su cuerpo sea utilizado y cuando su dignidad no sea pisoteada y su espíritu no sea atado en la cotidianidad.

Estos son logros que no provendrán de los demás, sino que las mujeres mismas deben alcanzar cuando se asuman como seres libres e inteligentes, y reclamen los derechos que les corresponden, pero no en lucha ni enfrentamiento encarnizado con el varón, sino participando de manera activa en la creación de ideologías y parámetros sociales en situación de igualdad como ser humano, conservando siempre su esencia y sintiéndose orgullosas de lo maravilloso que es ser mujer. ■



Foro Jurídico México - Finlandia: Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho

Sistema de justicia penal en México y derechos humanos

Sergio Javier Medina Peñaloza*

*Maestro en Derecho (México), Maestro en Ciencias Penales (Barcelona, España), Maestro en Derecho Privado (Salamanca, España), Doctor en Derecho (UNAM) y Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal (INACIPE). Magistrado por oposición del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México y Director General de la Escuela Judicial del Estado de México. Autor de tres libros sobre temas de Derecho Penal y múltiples participaciones en foros nacionales e internacionales.

1. Planteamiento y delimitación temática

A través de estas páginas me ocuparé del Sistema de Justicia Penal en México, retos y perspectivas con motivo de la reciente reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, escenario que abre nuevas posibilidades de lecturas de las prácticas jurídicas hacia la reorientación del modelo legislativo y del papel que juegan los Poderes Judiciales. Sin embargo, no aspiro a presentar un desarrollo completo de las discusiones que sobre estos temas se desarrollan, sino a plantear reflexiones amplias tomando como posible referente, la experiencia y logros alcanzados en otras latitudes, concretamente en un Estado tan desarrollado en Derechos Humanos como Finlandia, a propósito de este encuentro académico, país dignamente representado por destacados juristas, a sabiendas de que las realidades de ambos países -México y Finlandia- son disímbolas por proceder de tradiciones culturales, sociales, económicas y jurídicas muy diversas y, por ello, poco comparables.

En este empeño, conviene que previamente delimite el objeto de esta reflexión, en la que me he propuesto abordar tres ejes temáticos esenciales:

- a) Un panorama general de los avances más significativos de la agenda legislativa en México en los últimos años;
- b) El Sistema de Justicia Penal mexicano y su orientación con motivo de las reformas del año 2011 sobre Derechos Humanos¹ y amparo; y
- c) A manera de perspectivas y retos, la posibilidad de que experiencias de otros países como nuestro invitado, Finlandia, puedan servir para reflexionar sobre el alcance de la Política Criminal en México en lo que concierne a los temas aquí tratados.

2. Avances del derecho nacional previos a la reforma del 2011

En todos los países de América Latina, los procesos de recuperación democrática experimentados a partir de la década de los ochenta vinieron acompañados de reformas a sus sistemas de justicia con una profundidad bastante insólita para el sector legal caracterizado por su inmutabilidad². Mé-

1 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011

2 VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, "La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Panorama Internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional, culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre justicia penal*, UNAM, México, 2007, p. 25

xico no es la excepción, de modo que en los últimos años ha transitado por una época de vertiginosas transformaciones de sus estructuras jurídicas.

Más allá de las implicaciones estrictas en lo político, durante los últimos años en el derecho nacional mexicano se ha perfilado un nuevo escenario en el modelo legislativo receptivo de los debates claves de la humanidad con incidencia directa en la promulgación de nuevas leyes y la creación de instituciones, tanto en la esfera judicial como no judicial, como los que a continuación se enuncian en forma ejemplificativa:

a) Política de equidad de género y no violencia: bajo el proceso de modernización emancipatoria de las mujeres y como un *mainstreaming* de género en las políticas de desarrollo, se realizaron reformas sobre equidad de género, reorganizando más de trece ordenamientos legales en México conforme al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que considera a la equidad de género como elemento esencial dentro del paradigma del Desarrollo Humano³, partiendo de que la discriminación por género no se justifica como un posible emergente cultural de tradiciones latinoamericanas, sino que entraña una intolerable fuente de desigualdad, de pobreza endémica y de bajo crecimiento económico, incorporando, por ejemplo, disposiciones sobre violencia intrafamiliar para acatar la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; además de reformar bloques de instituciones como el divorcio, guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad.

b) Protección de grupos en situación de discriminación y exclusión: a partir de la importancia del respeto a las diferencias culturales, la no discriminación y la protección de las minorías como Derecho Humano y vector de la democracia, México ha hecho un reconocimiento jurídico explícito a su formación pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas y se han reformado ordenamientos que propician la igualdad, protección y promoción del desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, al contar con la mayor población indígena de los países de América Latina (poco más de diez millones de personas) que hablan cuando menos sesenta y dos lenguas diferentes con un elevado número de variantes.

3 Como ejemplo, Finlandia es el país con mayores oportunidades para la mujer en el mundo de 134 países, según el Foro Económico Mundial (WEF por sus siglas en inglés); mientras que México ocupa el lugar 98 de ese ranking.

c) Migración: la migración se identifica como una expresión propia de la globalización; sin embargo, en México, el flujo migratorio es uno de los problemas fundamentales, que si bien se identifica fundamentalmente como un fenómeno económico, sus repercusiones se resienten en muy diversos órdenes. La migración de mexicanos a los Estados Unidos de América es una muestra amplificada de este fenómeno al contar con once millones de migrantes, de los cuales 57% son indocumentados, por lo que pese a las restricciones cada vez más drásticas del gobierno de nuestro vecino del norte, el Estado mexicano ha procurado avanzar en el camino de protección a sus Derechos Humanos a través de alentar mayor capacidad para generar bienestar y mejorar su calidad de vida, acorde con las metas del milenio de las Naciones Unidas de erradicar la pobreza extrema, lograr la enseñanza primaria universal y promover la igualdad.

d) Justicia Juvenil: en el ámbito jurisdiccional se implementó un sistema de justicia para adolescentes⁴ que, fundamentado en el particular status de éstos como sujetos responsables con capacidad y derecho a optar por imperio de su dignidad personal, se les reconoce un régimen jurídico especial basado en sus necesidades específicas bajo la doctrina de prioridad, protección integral, desarrollo de su personalidad e interés superior.

e) Mediación: la justicia está experimentando cambios tanto en la forma de resolución de los conflictos como en los lugares de solución (sede judicial y no judicial), por lo que se ha buscado favorecer los esquemas restaurativos, construyéndose formas de justicia alterna bajo el paradigma de la satisfacción de las necesidades de las partes en disputa, el modelo de convivencia pacífico y la cultura de la paz.

El objeto de éstas y otras leyes apunta a la incorporación de sistemas dotados de mayores niveles de equidad y efectividad, con perspectiva de género, no discriminación y respeto a las minorías, debido proceso y acceso a la justicia, y con todo ello, refrendar la seguridad jurídica como condición esencial para sentar las bases de un Estado moderno, confiable y que cumpla con estándares internacionales democráticos, ruta de aprendizaje en la

4 Para que cumpla con las disposiciones marcadas por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), dando cause a la recomendación emitida por el Comité de los Derechos del Niño en 1999 de establecerse un sistema de justicia penal juvenil en armonía con la CDN (5 de diciembre de 2005), modificándose el artículo 18 Constitucional.

que avanzamos con firmeza para hacer realidad el pleno disfrute de los Derechos Humanos.

3. Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos

Sin duda, uno de los cambios fundamentales en la vida jurídica de México es la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 por cuya virtud se hizo reconocimiento expreso de los Derechos Humanos y, con ello, del *corpus iuris* de derecho internacional incluyendo la jurisprudencia universal, a través del artículo primero de la Carta Magna que textualmente señala:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección... Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"⁵.

Estos Derechos Humanos operan conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Vislumbraré la trascendencia de la reforma en dos planos institucionales secuencialmente vinculados: primero, para el orden jurídico mexicano y, segundo, cómo repercute para el Poder Judicial.

I. El orden constitucional nacional se nutre actualmente con la inclusión de los principios naturales de justicia y los valores vinculantes a los que están referidos los Derechos Humanos, los que se posicionan como normas de máximo rango, haciendo que el derecho se convierte en una estructura enriquecida y compleja. El resultado de este proceso de positivización de los derechos humanos representa una aproximación entre legitimación interna o "deber ser jurídico" y legitimación externa o "deber ser extrajurídico". Conforme a esta nueva percepción constitucional, la actividad del Estado en todos los ámbitos de la vida pública, exige poner por delante de toda consideración o "razón de Estado" a los Derechos Humanos, lo que ratifica el compromiso que la Nación tiene no sólo con los más débiles, sino con la persona humana.

5 Artículo 1 Constitucional, párrafo segundo: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

II. ¿Cómo impacta esta reforma en el Poder Judicial? Redefine el paradigma del juez mexicano. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, convierte al juez en el encargado de garantizar los Derechos Fundamentales incluso frente al legislador, por medio de la censura de la invalidez de las leyes que sean contrarias a los Derechos Humanos⁶. De este modo, su papel no es más el del intérprete sujeto a la letra de la ley cualquiera que sea su significado, sino el de la sujeción a la ley sólo en la medida en que sea válida; esto es, coherente con la Constitución y, por tanto, ahora con los Derechos Fundamentales (control de convencionalidad).

Bajo esta perspectiva, se apuntala el diseño de los Poderes Judiciales, donde cada paso realizado en la obra de limitación y de sometimiento de toda actividad del Poder Público a los Derechos Humanos supone la extensión compleja y penetrante de obligaciones y prohibiciones estatales y, a su vez, un aumento de los espacios de jurisdicción, porque la actuación jurisdiccional aparece precisamente ante la violación del derecho, lo que explica el extraordinario desarrollo de la función de control del Poder Judicial que se ha producido en las últimas décadas en todas las democracias avanzadas.

Por esa razón, y como conclusión, tendríamos que cobran gran importancia esas reformas, porque fortalecen la autonomía del Poder Judicial, reforzándose su credibilidad y legitimidad como auténtico defensor de la legalidad y de los Derechos Humanos de los ciudadanos.

El derecho interno pierde su función de ser parámetro exclusivo de valoración del derecho positivo, ampliándose las fuentes del derecho al contexto internacional, en la medida que los Derechos Humanos han sido puestos como fundamento del moderno Estado Constitucional de Derecho, de modo que sus principios han dejado de ser referentes sólo externos o políticos, para crear vínculos jurídicos internos.

Ahora bien, ¿qué trascendencia particular tiene la reforma constitucional sobre Derechos Humanos en el sistema jurídico penal del Estado mexicano?

El fundamento del moderno derecho penal está en su función de garantía de los derechos fundamentales. Dicho de otra forma, la gran conquista que sobreviene a la positivización constitucional de los Derechos Humanos en México implica el comienzo de una nueva fundamentación filosófica de las

⁶ Pues toda la historia del derecho puede ser leída como la historia de esta lenta, difícil y controvertida obra de minimización del poder.

razones del Derecho Penal, donde sin duda, a través de la referencia a valores metajurídicos externos a la Constitución; es decir, a los principios de Derechos Humanos, se favorece el modelo del Derecho Penal Mínimo garantista. Si los Derechos Humanos representan la base filosófica del Derecho Penal moderno, el garantismo o mínima intervención penal es la propuesta que reclaman como doctrina político criminal, tanto de la legislación como de la jurisdicción.

¿Qué es el garantismo penal? En términos generales, es un modelo normativo de derecho caracterizado como una técnica capaz de minimizar la reacción social frente al delito y maximizar la libertad del ciudadano, tutelando plena y efectivamente los derechos fundamentales. Su objetivo es garantizar la inmunidad de la persona inocente frente a castigos arbitrarios y resolver o transformar un conflicto en otro con menor contenido de violencia, contribuyendo a la armonía social. Como sostiene Ferrajoli, los valores de la jurisdicción penal se pueden identificar con:

- La inmunidad de los ciudadanos frente al arbitrio y la intromisión inquisitiva (técnica de minimización del arbitrio estatal en la respuesta al delito);
- Con la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos; y
- Con la dignidad de la persona del imputado y la víctima.

Si estamos ante los principios de los Derechos Humanos como modelo normativo y epistemológico que informa la esfera del Derecho Penal, éste debe obedecer, en concordancia con aquéllos, a un derecho penal protector de los derechos humanos conforme a la doctrina del derecho penal mínimo que propugna por la reducción de la esfera de la intervención penal.

Si bien, hasta antes de esta reforma, el derecho penal mexicano había incorporado en la Constitución gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por los organismos internacionales de los Derechos Humanos, como el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad, certeza, debido proceso, entre otras, acorde con un modelo de Derecho Penal mínimo, me parece que las constituciones locales y diversas regulaciones secundarias no se corresponden totalmente con estos anhelos, generando algunas inconsistencias sistemáticas que convendría reorientar.

Pero más allá de la congruencia y coherencia que debe tener todo sistema jurídico, el problema es aún más álgido, puesto que tiene que ver con la justificación del derecho penal que plantea a su vez, de raíz, la cuestión misma de la legitimidad del Estado. Analizaré algunos puntos en los que baso mi afirmación.

La doctrina del derecho penal mínimo se corresponde con tres planos de restricciones de la técnica punitiva:

Justificación de los tipos penales (delito): la primera restricción se refiere a la prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como delitos que, por lo tanto, entraña una limitación de la libertad de acción de todas las personas. Sobre este aspecto propone delimitar prohibiciones penales sólo a las exigencias de tutela de delitos extremos como técnica institucional de minimización de la reacción violenta.

Justificación del derecho a castigar (pena): la segunda restricción propone como horizonte ideal dos aspectos. Por un lado, que la pena abstracta contemplada en cada delito no atente contra la racionalidad y proporcionalidad. Por otra parte, postula la minimización de la reclusión carcelaria y se inclina por su sustitución a favor de sanciones penales menos afflictivas en aquellas conductas que no sean altamente lesivas.

Justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de aplicación de las penas (proceso penal): propone el modelo acusatorio como garantía del imputado y la víctima frente a las arbitrariedades y excesos estatales.

3.1 Técnica punitiva en México respecto de los tipos penales

Bajo el argumento del incremento de la criminalidad cada vez más frecuente y agresiva en México⁷, existe una tendencia a la creación de mayores figuras delictivas, de modo que el Derecho Penal invade toda la vida social, dando calificación penal a conductas que pueden caer en la esfera de otras responsabilidades: civiles, administrativas, familiares, electorales, laborales, hacendarias. Por lo tanto, al Derecho Penal se le pretende atribuir, por ejemplo:

7 El reporte del "Observatorio Nacional Ciudadano sobre legalidad, justicia y seguridad" (diciembre de 2011) señala que hay un incremento en los índices de criminalidad, sugiriendo que la inseguridad debe ser enfrentada como una problemática social que sólo puede ser atendida mediante políticas públicas si efectivamente se tiene como objetivo resultados permanentes que atiendan a la seguridad ciudadana y los Derechos Humanos.

- La solución de todos los problemas sociales;
- La definición del “bien político”; y
- Hacerse cargo de la salvación “moral” de las personas.

Será el Poder Judicial quien deba no sólo defender en la práctica judicial, sino también exigir de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales conforme a los principios de bien jurídico, lesividad y necesidad como principios irrenunciables de los Derechos Humanos y condición de su legitimación, y así reclamar la certeza del derecho, a través de dos estrategias:

- La eliminación en el sistema penal de todos aquellos tipos penales que resulten elásticos o indeterminados; y
- Una drástica despenalización que restituya a la actuación penal su carácter de *extrema ratio*.

3.2 Técnica punitiva en México respecto a la pena

Las normas de Derechos Humanos y los criterios de interpretación de las instancias internacionales sugieren la excepción de la pena de prisión en función del grado de aflicción que causa a sus destinatarios, la cual no debe exceder los límites de lo razonable en términos de merecimiento y necesidad acorde con el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido se expresa el artículo 22 de la Constitución General mexicana al señalar:

“Quedan prohibidas las penas de muerte y la multa excesiva. Toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”⁸

Sin embargo, cada vez más constituciones locales y, por añadidura, sus legislaciones secundarias, contemplan la prisión vitalicia, cuya previsión legislativa se va incrementando⁹. Como ejemplo, se prevé para los casos de:

- Homicidios violentos;
- Homicidios contra policías;

8 Armónicamente con el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

9 En el caso de Finlandia también está prevista la prisión vitalicia, habiéndose aplicado únicamente en el caso de Francois Bezaramba, ex pastor de la Iglesia Baptista de Ruanda, en junio de 2010, durante el primer juicio por genocidio en los países nórdicos, con motivo del asesinato de más de 800,000 personas en menos de 3 meses.

- Homicidios contra comunicadores;
- En casos de feminicidio;
- En secuestro, donde también se prevé la pena de muerte;
- En violaciones;
- En robo de autopartes; y
- En extorsión, entre otras conductas.

La exposición de motivos para adoptar la prisión perpetua¹⁰ en los casos mencionados, se sustenta en que “los casos más graves justifican este tipo de penas, conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que la prevé para los casos de crímenes graves de trascendencia internacional, además de que una de las demandas más sentidas de los ciudadanos es la de castigar con severidad aquellas conductas que más lastiman el tejido social y los derechos de los habitantes a fin de reducir la impunidad y poder cumplir con el fin esencial de la prevención general y el fin retributivo, y los casos más graves justifican este tipo de penas”.

Como se advierte, su implementación recurre a dos argumentos:

- a) A la función meramente retributiva de la pena de prisión vitalicia, basada en la idea del merecimiento de esa pena, y
- b) A la prevención general basada en la idea del “fin de la máxima seguridad alcanzable” como medio efectivo de evitar la repetición de futuros delitos, invocando para ello “razones de Estado”, como criterio de valoración de la pena.

En mi opinión, si bien la prisión perpetua no constituye una de las penas prohibidas por la Constitución mexicana, es altamente cuestionada en el ámbito de los Derechos Humanos como lo señala la jurisprudencia de Estrasburgo que exige “la protección del marco legislativo en los casos en que las libertades pudieran verse afectadas en nombre de una mayor efectividad represiva”, al grado que las naciones que conforman el Consejo de Europa constituyen de hecho una zona libre de pena de muerte desde 1997, de modo que a partir de 1994, los Estados que desean ser miembros del Consejo de Europa deben estar dispuestos a instaurar inmediatamente una moratoria sobre las ejecuciones capitales y, en un futuro, abolir la pena de muerte¹¹

10 Diciembre 16 de 2011

11 KENSEY, Annie, “Elegir una sentencia, elegir su ejecución: La decisión de Europa”, en SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (eds.), *Hacia la unificación del Derecho Penal*, INACIPE, México, 2011.

como objetivo fundamental del Protocolo número 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado por treinta y seis Estados en mayo de 2002.

Pero, más aún, a la luz de las tendencias y principios que en materia de Derechos Humanos nuestro país ha adoptado, es necesario profundizar en el análisis de penas como la prisión perpetua por las siguientes razones:

- No cumple con los principios de proporcionalidad y necesidad en el merecimiento de la pena;
- Privilegia más el efecto simbólico de la misma que su eficacia real;
- Se fundamenta en "razones de estado", más que en las razones de tutela de derechos fundamentales;
- Obedece más a modelos intimidantes propios de un derecho penal máximo que a los principios rectores de un derecho de ultima ratio;
- Antepone el derecho a la seguridad sobre la seguridad del derecho; y
- Rompe con la racionalidad abstracta de la pena prevista en la ley penal.

Contrariamente a lo anterior, el principio de que la ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias se encuentra recogido en los Derechos Humanos y, por ende, subyace a los criterios de minimización del derecho penal.

Por otro lado, tenemos el fenómeno de la duración de la pena de prisión. El carácter convencional del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una (sanción), se realice por el legislador en proporción con la naturaleza y la gravedad del otro (ilícito penal). El principio de proporcionalidad es, en suma, un corolario de los principios de legalidad y de retribución, que tiene en estas aportaciones de los Derechos Humanos, su fundamento lógico y axiológico.

Sin embargo, aunque no se encuentra regulada en la Constitución General, sino en los Códigos Penales cada Estado, la pena de prisión puede alcanzar hasta setenta años¹²; además de la tendencia a la acumulación

12 De las personas sentenciadas a prisión vitalicia y que después son liberadas en Estados Unidos, Alemania y el Reino Unido, han cumplido una media de 6.4 años, 18 años 7 meses y entre 12 y 15 años de prisión, respectivamente. En comparación con el caso mexicano, la media de 6.4 años de tiempo efectivamente cumplido bajo prisión vitalicia en los Estados Unidos, se encuentra muy por debajo del término de 60 a 70 años de prisión sin derecho a libertad preparatoria en México.

de penas, lo que excede los límites de lo razonable, asociado a un elevado intervencionismo penal, a diferencia de países como Finlandia, cuya máxima duración es de doce, reflejo de una severidad de las sanciones que es sinónimo de inconsistencia en la Política Criminal Mexicana, pues por un lado opta por una marcada agravación sistemática de la pena y, por el otro, posibilita su atenuación en la ejecución penal.

Finalmente, en este apartado destaco que en México el sistema de sanciones se estructura esencialmente en torno a dos de ellas: el encarcelamiento y la multa: "A quien comete X delito, se le impondrá prisión y multa". El resto de las sanciones como inhabilitaciones, prohibiciones, trabajos de utilidad social o prestaciones reparadoras tienen un carácter secundario y se recurre a ellas como penas accesorias a las de prisión ó en sustitución de ésta.

Curiosamente, el esquema binario clásico (privación de libertad/multa) que sitúa al resto de las sanciones en una posición subsidiaria, resulta un modelo en gran parte superado en Europa.

3.3 Técnica punitiva en México respecto al proceso penal

Paralelamente a la gran influencia ya referida de los Derechos Humanos Internacionales y su impacto nacional, el Derecho procesal penal ha asumido también un papel insólito, convirtiéndose en protagonista de profundas modificaciones como no se había visto en México en un siglo, debido a la implementación del modelo procesal acusatorio que, conforme a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, y operando a través de la oralidad, pretende que todo proceso penal alcance los fines que constitucionalmente se le asignan:

- Esclarecer los hechos;
- Proteger al inocente;
- Procurar que el culpable no quede impune; y
- Reparar los daños causados por el delito.

En esta experiencia, sin duda el Estado de México, una de las treinta y dos entidades que componen el país, organizado como una "república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación"¹³, se posiciona como el primer Estado de la República Mexicana en incorporarlo

13 Artículo 40 Constitucional

totalmente en todo su territorio y para todos los delitos, incluso muy por delante de la Federación o el Distrito Federal, progreso que destaco no como presunción o estafeta política, sino como sinónimo de una gran responsabilidad social que exige mejores estándares de justicia y mejores prácticas por parte de quienes formamos el Poder Judicial mexiquense, los otros operadores jurídicos y la ciudadanía en general.

En ese orden, la incorporación en México del proceso penal acusatorio fortalece el camino iniciado en este país desde hace algunas décadas hacia la generación orientadora de un sistema internacional de los Derechos Humanos como principio valorativo constitucional, puesto que el proceso penal acusatorio es ya una reforma que obedece a estándares internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que se erige en un medio para proteger los derechos fundamentales frente al riesgo de su violación y evitar el abuso del poder y las arbitrariedades. Sus principios pretenden conferir a las personas un estatus de protección acorde a su dignidad ante la actuación punitiva del Estado. Se puede decir, por ello, que su función es "limitar y contener al poder punitivo".

Sin duda estamos avanzando en el camino propuesto por el derecho internacional de los Derechos Humanos, pero señalaré algunos elementos sobre los que quizás convenga reflexionar.

En México no tenemos un procedimiento acusatorio único sino que cada Estado, en aras de la soberanía estatal, ha pretendido implementarlo en su contexto, generando modelos híbridos que intentan rescatar lo mejor de cada sistema ya implementado. ¿Cuál ha sido el resultado? La aparición de más de treinta distintos procesos acusatorios en el país, con reglas distintas, plazos y procedencias diversas, de modo que existe una gran dispersión de las categorías procesales conceptuales, donde incluso en algunos temas los códigos adjetivos no hablan el mismo lenguaje, fragmentando las políticas penales para enfrentar a la delincuencia que aprovecha estos vacíos o disparidades legales y las diferencias en la calidad de los sistemas de gestión penal de los Estados.

Bajo esta visión estatal hemos renunciado a establecer códigos procesales que contemplen tipologías generales; es decir, perdimos la oportunidad de la unificación legislativa criminal, que supondría la nacionalización del Derecho Penal y con ello:

- La existencia de un lenguaje común para identificar tanto a los actores del procedimiento como a las etapas procesales, por ejemplo:

casación o apelación-recurso; juez de control, de instrucción, de garantías ó de libertad; fiscal ó Ministerio Público;

- Reglas idénticas en la aplicación del proceso y de los procedimientos (abreviado, salidas alternas, beneficios);
- Controles jurisdiccionales comunes en cada Estado; y
- Capacitación homogénea de los operadores.

Sin embargo, siendo optimistas, ¿qué horizonte nos queda como país frente a la desventaja legislativa de las divergencias en el mestizaje de cada sistema estatal? Queda el camino de la armonización jurídico-procesal penal, entendida como la aproximación de los sistemas de cada Estado a principios supra-nacionales de Derechos Humanos, que supone un margen de valoración propio de cada entidad federativa. Y esta armonización quedará en manos, ya no de los legisladores, sino de los juzgadores, quienes, ejerciendo el control de la convencionalidad, generen estándares de respeto a los Derechos Humanos hacia una evolución convergente que elimine o, cuando menos, atenúe las diferencias.

Si tenemos el ejemplo de la Unión Europea que aglutina en normas y directivas comunes países con grandes diferencias históricas, ¿cómo podemos seguir pensando tan regionalmente en este país? Perdimos la oportunidad de la unificación legislativa, optemos pues por el camino de la armonización en manos de los jueces mexicanos.

4. Desafíos de México.

Partiendo de la premisa de que, conforme a estudios depurados sobre el fenómeno delincencial y la severidad de los sistemas jurídico-penales, la mayor intensidad punitiva no responde de modo general a un mayor nivel de criminalidad, y curiosamente la menor confianza en las instituciones va asociada a mayores índices de encarcelamiento, no pretendo plantear como conclusión la posible importación de elementos del sistema penal finlandés al esquema mexicano porque fracasaría ante realidades diversas no comparables.

Sin embargo, la experiencia de Finlandia con mayor camino andado en lo que se refiere a Derechos Humanos, bien puede servirnos para generar reflexiones y valorar oportunidades a fin de fortalecer nuestras instituciones de Derecho Penal en los aspectos que han quedado analizados anteriormente. Así, conviene poner la mirada en algunas de las estrategias jurídicas que ha adoptado Finlandia con éxito como:

- Coherencia y racionalidad entre las distintas piezas que integran el sistema penal que hace operativos los principios de Derechos Humanos;
- La contención del uso de la pena de prisión;
- Reexaminar el límite máximo de la pena de prisión;
- Enfatizar la importancia protagónica de las sanciones de cumplimiento en la comunidad consistentes en prestaciones personales con cierto grado de voluntariedad;
- Contextualizar un régimen más flexible de individualización de la pena a cargo de los juzgadores; y
- Alcanzar una mayor confianza en las instituciones, lo que pudiera significar para los Poderes Judiciales nacionales un cambio en el modelo de gestión judicial.

Pero, sobre todo, no se podrían alcanzar estas transformaciones legales si no llamamos la atención primero a otros desafíos que quizás resulten mayores; me refiero a los desafíos que como sociedad tenemos que afrontar:

Apostar a la educación¹⁴, la preparación y la formación de la conciencia ciudadana como vías del progreso y base indispensable para el desarrollo del país, aspiración que finalmente tiene que ver, en gran medida, con elementos de carácter cultural, calidad de vida y espíritu cívico.

Sin duda México es un país de grandes riquezas. En el mundo existen alrededor de ciento veinte países y sólo en doce de ellos, como México, se encuentra el 70% de la biodiversidad total del planeta, además tiene el mayor número de especies endémicas del mundo, razones por la que se denomina megadiverso. Más allá de esta peculiaridad que lo hace único, los primeros pobladores de esta tierra desarrollaron civilizaciones avanzadas en astronomía, agricultura y arquitectura, entre otras. Existen aún ciudades coronadas por enormes pirámides producto de sus diversas culturas, desde el palacio del Gobernador hasta las grandes ciudades Teotihuacanas, pasando por los templos mayas de impecable factura.

Al rico y abundante patrimonio precolombiano se unen los retablos de la época colonial que se conjugan actualmente en un México moderno. El reflejo de esta riqueza se adivina en el arte, la literatura y la música mexicana. Los mexicanos creemos en nuestro país y en el sueño de recrearlo cada día,

¹⁴ Al estar empíricamente demostrado que países con mayor inversión pública en este rubro, como Finlandia, coinciden con el de los que exhiben mejores indicios de suavidad punitiva y no corrupción.

no sólo a través de su arte, sus tradiciones, su cultura, su gente, sino también a través de su Derecho, para que se capte y revele con audacia.

Prueba de ello, los logros y retos que he expuesto, cuyas reflexiones aspiran a tener la capacidad de generar, en medio de nuestras posibles dificultades, marcos de reflexión intelectual como las que en este foro hemos compartido al lado de nuestros colegas de otra nación ejemplar, con quienes, con independencia de la latitud física que nos separa, nos sentimos hoy unidos por un sincretismo natural que nos emparenta en razón de las aspiraciones compartidas y los anhelos de contribuir al llamado a un mundo mejor. ■

Fiscales públicos y servicio de procuración de justicia en Finlandia*

Jukka Rappe**

*Título original: "Public Prosecutors and the Prosecution Service in Finland". Traducción de Ramón Ortega García

**Fiscal estatal. Oficina de la Fiscalía General de Finlandia.

1. El rango constitucional de la procuración de justicia

Las disposiciones fundamentales sobre los fiscales están estatuidas en la Constitución finlandesa. Ella establece que el Fiscal General, como el de más alto rango, encabeza el Servicio de Procuración de Justicia en Finlandia.

El Presidente de la República nombra al Fiscal General. De modo que la posición constitucional del Fiscal General afecta a la independencia de todo el Servicio de Procuración de Justicia.

El Servicio de Procuración de Justicia es independiente, tanto estructural como funcionalmente. Es independiente en relación con otros órganos del Estado y ninguna influencia externa sobre su trabajo está permitida. Si bien la independencia del Servicio de Procuración de Justicia o de los fiscales individuales no está explícitamente consagrada en la norma constitucional, se considera como una parte orgánica de un juicio justo, que es un derecho fundamental garantizado a toda persona por la Constitución.

En última instancia, el requisito de independencia de los fiscales se retrotrae a la independencia del Fiscal General dispuesta en la Ley sobre el Servicio de Procuración de Justicia.

La posición del Fiscal General y del Servicio de Procuración de Justicia es independiente en relación con el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia, que está a cargo de los recursos financieros del Servicio de Procuración de Justicia. La independencia está garantizada tanto en la presentación individual de las acusaciones como en la actuación de los fiscales. El Ministerio de Justicia, sin embargo, determina los objetivos generales del Servicio de Procuración de Justicia y los recursos que serán destinados a su consecución.

El Fiscal General cuenta con un poder independiente para determinar las acusaciones y no puede, salvo en unas pocas excepciones ajenas al ámbito de las decisiones políticas, recibir órdenes para presentar cargos. Tales excepciones son, por ejemplo, presentar cargos en contra de un juez o de un miembro del Consejo de Estado por [la comisión de] alguna falta en el ejercicio de sus funciones. Las decisiones de presentar cargos en contra de un juez son tomadas por el Canciller de Justicia o el Ombudsman Parlamentario, en tanto que las decisiones que involucran a un miembro del Consejo de Estado son tomadas por el Parlamento.

La principal autoridad investigadora en asuntos penales en Finlandia es la policía, siendo la mayoría de los delitos investigados por la Policía Distrital Lo-

cal. Otras autoridades policiales relevantes son la Policía Nacional de Tránsito (*National Traffic Police*) y la Oficina Nacional de Investigación (*National Bureau of Investigation*). Para poder cumplir sus funciones, la policía cuenta con poderes suficientes de investigación, así como con la facultad de decidir sobre el uso de muchas medidas coercitivas, incluida la búsqueda de las pistas y la confiscación de evidencia. Además de la policía, los oficiales del Servicio de Aduanas, la Guardia Fronteriza y las Fuerzas Armadas pueden actuar como autoridades investigadoras en lo concerniente a las faltas que tienen lugar en su ámbito de gobierno.

El Servicio de Procuración de Justicia no es en realidad una autoridad investigadora. Un presupuesto básico del procedimiento penal finlandés es que la presentación de cargos debe ser completada de manera separada e independiente de la etapa de investigación. De acuerdo con ello, las autoridades policiales pertenecen a una rama de la administración diferente que el Servicio de Procuración de Justicia; la Policía está subordinada al Ministerio del Interior.

2. La independencia de los fiscales públicos

La posición de independencia del Servicio de Procuración de Justicia y el requisito de independencia de los fiscales previenen cualquier influencia externa sobre el trabajo de los fiscales. La independencia también prevalece dentro del servicio de procuración de justicia. El Fiscal General puede ordenar que se presenten cargos, pero no puede prohibir a un fiscal subordinado que los presente.

Si el Fiscal General no quiere que se presenten cargos, él o ella debe tomar el asunto en sus manos. Conforme a la Ley del Servicio de Procuración de Justicia, todo fiscal es independiente al imputar cargos en el caso que tiene bajo su consideración.

La independencia del fiscal es la piedra angular de la procuración de justicia. Ninguna autoridad puede emitir órdenes vinculantes a un fiscal relacionadas con la manera en que él o ella debería decidir un caso. Ni siquiera el Fiscal General puede emitir tales órdenes.

Aun cuando los fiscales no sean autoridades investigadoras, su rol en la investigación se ha vuelto más activo recientemente. Por ejemplo, la policía está obligada a notificar al fiscal de una falta que le ha sido reportada para su investigación, cuando alguien puede ser sospechoso de tal falta. Sin embargo, el fiscal no necesita ser notificado si el asunto es simple. Más aún,

a petición del fiscal, la policía llevará a cabo la investigación criminal o las investigaciones posteriores, y acatará las instrucciones del propio fiscal. Sin embargo, éste no tiene autorización para prohibir a la policía que lleve a cabo las investigaciones.

De acuerdo con ello, los fiscales en Finlandia mantienen reuniones consultivas con la policía como parte normal de su trabajo, en especial cuando una investigación más amplia está en proceso.

Como excepción a la regla general debe mencionarse que el fiscal público está siempre a cargo de la investigación anterior al juicio, cuando se sospecha que la falta ha sido cometida por un oficial de la policía.

3. Deberes y rango de un fiscal público

Es deber de un fiscal procurar que se determine la responsabilidad penal en beneficio del público. La policía o alguna otra autoridad investigadora realiza la investigación antes del juicio. El fiscal coopera con ellos según se describió anteriormente.

El fiscal debe decidir si el material reunido en la investigación es suficiente para presentar cargos. Cuando los cargos han sido presentados, el fiscal, representando el derecho a la acción pública, debe continuar el proceso ante el tribunal. En cada caso concreto, el fiscal debe asegurarse que ni la seguridad jurídica del denunciante ni la del sospechoso sea vulnerada. El fiscal también está obligado por el principio de objetividad: cuando un asunto está siendo investigado, las circunstancias que militan a favor de la inocencia del acusado deberán ser tomadas en consideración.

En términos generales, las obligaciones del fiscal al concluir la investigación pueden ser descritas como sigue:

Consideración del caso: luego de que la investigación está concluida, el expediente es transferido de la Policía al fiscal público, quien decide si hay o no causa probable para sospechar que un delito ha sido cometido y si hay o no evidencia suficiente en contra del sospechoso.

Presentación de cargos: si el fiscal encuentra que hay causa probable, tiene que decidir si el perpetrador debe ser acusado de la falta o si la acusación debe ser desechada. Esta determinación se basa en el principio de legalidad, que requiere que la ofensa sea perseguida cada vez que haya evidencia suficiente. Sin embargo, el fiscal puede optar por desechar el caso so-

bre la base de consideraciones políticas (una falta de pequeña importancia, un menor infractor, cuando el juicio y el castigo parezcan irrazonables, etc.).

La parte agraviada y la acusación privada: si el fiscal decide no presentar la acusación sobre la base de consideraciones técnicas o políticas, tiene que informar de su decisión a la parte agraviada. El ofendido tiene entonces la oportunidad de presentar cargos por sí mismo.

El fiscal como juez: en casos simples, los fiscales pueden resolver el asunto ellos mismos, siguiendo un juicio sumario. La prisión no es una sanción disponible en este tipo de procedimientos.

En el juicio ante un tribunal, el fiscal presenta a la corte tanto la acusación como la evidencia. El proceso, por naturaleza, es acusatorio; un tribunal puede no imponer penas a iniciativa suya. Mientras que el objetivo fundamental de un proceso penal es hallar la verdad material del caso, el fiscal también debe presentar los hechos y las circunstancias que sean favorables al imputado.

En Finlandia, es obligación del mismo fiscal procesar el caso en todas sus instancias. De acuerdo con la Ley de Procedimientos Penales finlandesa, una demanda civil derivada de la falta por la que se ha presentado una acusación penal puede ser desahogada en conexión con el cargo. A petición de la parte afectada, el fiscal está obligado a presentar ante el tribunal la demanda civil por daños, excepto ahí donde promoverla no fuese posible sin inconveniencia esencial (*essential inconvenience*) y cuando la demanda sea obviamente infundada. El fiscal sólo está obligado a presentar la demanda civil de la víctima directa del delito.

Debido a la posición independiente de los fiscales, no hay dependencia orgánica o de otro tipo entre los fiscales y los jueces. En un juicio ante el tribunal, el fiscal es considerado como una de las partes.

No hay impedimentos formales para que un fiscal sea nombrado juez o para que de ser un fiscal pase a ser un abogado defensor. Sin embargo, estas transiciones no son muy comunes.

Las funciones de los fiscales públicos no implican el ejercicio de poderes ejecutivos ni otras tareas significativas fuera del ámbito de la materialización de la responsabilidad penal.

4. Divisiones organizacionales y funcionales del Servicio de Procuración de Justicia

La organización del Servicio de Procuración de Justicia finlandés está jerárquicamente estructurada en dos niveles: en el primero hay alrededor de 330 Fiscales Distritales en la actualidad que operan en 13 Oficinas Locales de Procuración de Justicia. En el segundo nivel está el Fiscal General, quien es el fiscal en jefe y el titular de la Oficina de la Fiscalía General.

El Servicio de Procuración de Justicia finlandés también incluye varios fiscales especializados. Hay fiscales especiales para delitos económicos y de narcotráfico, así como para delitos del orden militar. Adicionalmente están los llamados grupos-clave de fiscales. Estos son grupos de fiscales distritales que se concentran en tipos específicos de delitos como los ambientales; la malversación y la corrupción; los relacionados con la información y la tecnología; los delitos especiales de carácter internacional, etc.

El Fiscal General tiene autoridad sobre todos los fiscales. Él o ella puede atraer para su consideración cualquier asunto que pertenezca a un fiscal subordinado o puede asignar a un fiscal subordinado [la tarea] de procesar un caso en el que haya decidido presentar cargos. Además, el Fiscal General puede delegar un caso a un fiscal subordinado para que determine los cargos. El Fiscal General también puede emitir instrucciones generales y pautas a seguir sobre las operaciones de fiscalización.

Los fiscales titulares de las Oficinas Locales de Procuración de Justicia tienen autoridad sobre los respectivos fiscales de distrito sólo en asuntos administrativos. La Oficina de la Fiscalía General tiene, además del Fiscal General, un Oficial Procurador General y 13 Fiscales Estatales. Los Fiscales Estatales se ocupan de los casos penales que tienen relevancia para la sociedad y tratan con toda una gama de asuntos que corresponden a la Oficina como agencia central del Servicio de Procuración de Justicia.

5. La administración del Servicio de Procuración de Justicia

En cuanto agencia administrativa central para el servicio de procuración de justicia, la Oficina del Fiscal General cuida la operación administrativa de todo el servicio, de manera que la función del fiscal en materia de responsabilidad penal pueda ser realizada imparcial, rápida y económicamente, tal como requiere el Estado de derecho y el interés público.

La Oficina del Fiscal General negocia con el Ministerio de Justicia sobre el presupuesto del servicio de procuración de justicia, siendo responsable el Ministerio por los recursos del Servicio. La función de gestión interna del servicio de procuración de justicia es una responsabilidad de la Oficina del Fiscal General.

El Fiscal General dirige la Oficina de la Fiscalía General y es responsable de su función. Para la rapidez operativa, la Oficina ha sido organizada en unidades: la Unidad Administrativa, la Unidad de Fiscalización, la Unidad de Dirección y Desarrollo y la Unidad Internacional. La Oficina tiene actualmente 40 oficiales, incluyendo, además de los fiscales estatales mencionados arriba, fiscales distritales, oficiales de policía, asesores jurídicos y *staff* administrativo.

La Unidad Administrativa de la Oficina del Fiscal General se ocupa de los asuntos administrativos relativos a las finanzas de la Oficina y de todo el Servicio de Procuración de Justicia, de la coordinación de los resultados de la administración; de las cuestiones del personal, las reasignaciones y nombramientos. La Unidad Administrativa también se encarga de los servicios de información de la Oficina, de su registro, de los archivos y de los asuntos IT (*IT affairs*).

El Fiscal General nombra a todos los Fiscales de Distrito. Anualmente hay alrededor de sesenta o setenta nombramientos en el Servicio de Procuración de Justicia. No hay un consejo u órgano especial que nombre a los fiscales. Sin embargo, la preparación de todo nombramiento se lleva a cabo en estrecha cooperación con los fiscales titulares de las Oficinas Locales de Procuración de Justicia.

El Servicio de Procuración de Justicia opera bajo un sistema de administración de resultados. El objetivo de la administración de resultados es desarrollar las prácticas de gestión de la administración pública hacia un sistema orientado más a la negociación. Bajo este sistema, la Oficina del Fiscal General negocia anualmente con las Oficinas Locales de Procuración de Justicia sobre los objetivos que deberán establecerse para el Servicio de Procuración de Justicia y el monitoreo de su cumplimiento.

Por lo que hace al equipamiento técnico del Servicio de Procuración de Justicia, las funciones del Servicio están ampliamente computarizadas. La policía intercambia información básica de un caso con la oficina de procuración de justicia que corresponda en un sistema mutuo de datos. El fiscal, si un cargo es presentado, solicita un citatorio ante el tribunal a través del mismo sistema. Sin embargo, el expediente [físico] del caso aún existe y debe

enviarlo la policía al fiscal, dado que el sistema mutual de datos no es capaz de transferir los registros actuales, que son creados en un sistema de datos diferente al de la policía.

El sistema mutual de datos también proporciona al Servicio un rango de estadísticas y permite a la Oficina del Fiscal General supervisar el trabajo de cualquier fiscal en tiempo real.

6. Cooperación internacional

La dirección de las actividades internacionales del Servicio de Procuración de Justicia está en manos de la Oficina del Fiscal General. La Oficina tiene una Unidad Internacional responsable del desarrollo estratégico de las actividades internacionales, de mejorar el *know-how* de los fiscales sobre el tema; de dar seguimiento a las tendencias del crimen internacional y del derecho jurisprudencial; de identificar cambios que afecten el servicio de procuración de justicia y de reaccionar ante tales cambios.

En la actualidad, un número creciente de casos, especialmente de casos serios bajo consideración de los fiscales, incluyen como parte integrante las actas criminales del extranjero. El derecho penal finlandés puede ser aplicado extraterritorialmente. La regla básica es que un delito cometido en el extranjero puede no ser investigado en un tribunal de justicia, a menos que el Fiscal General haya emitido una acción judicial. El propósito de esto es asegurar consistencia y funcionalidad en lo que se refiere a la aplicación extraterritorial del derecho penal finlandés.

Por lo que hace a la investigación de un caso internacional, el rol de un fiscal finlandés incluye coordinar la investigación con las autoridades investigadoras y con los fiscales del país extranjero en cuestión, y la selección del foro más apropiado para procesar el caso. Los fiscales se valen de la asistencia legal mutua sobre cuestiones que tienen que ver con el doble castigo, la obtención de evidencia y el uso de medidas coercitivas. También puede ser necesario que formulen solicitudes de extradición o transferir los casos a otros países. Los fiscales y los miembros del tribunal también pueden requerir trasladarse a los tribunales de otro Estado para obtener evidencia.

Finlandia ha mandado representantes nacionales a "Eurojust"¹, que coordina la investigación y el enjuiciamiento de los casos criminales trans-

1 Se refiere a la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea, por sus siglas en inglés. N. T.

fronterizos en la Unión Europea, especialmente en el contexto del crimen organizado.

7. Fiscales públicos y la defensa

La posición de la defensa en Finlandia cumple con las demandas del principio de igualdad. La defensa tiene acceso irrestricto a todos los documentos de la investigación a más tardar cuando el caso es turnado al fiscal para que determine los cargos. En lo que respecta a un caso importante, la policía normalmente garantiza a la defensa y a otras partes el acceso total a los documentos de la investigación incluso antes: el expediente del caso es entregado a las partes y sus declaraciones finales se reciben antes de que la policía transfiera el caso al fiscal.

Las principales reglas de confidencialidad de los documentos de la investigación durante el proceso penal son las siguientes: cuando está pendiente la investigación que precede a la etapa de juicio, los documentos son confidenciales. Sin embargo, el responsable de la investigación tiene cierta discreción en esta materia. Cuando la investigación haya concluido, los documentos adquieren publicidad limitada: son accesibles para las partes. La publicidad plena de los documentos aumenta cuando el caso es ventilado en el tribunal por primera vez o el fiscal decide desechar la acusación.

Con todo, la información y los documentos relativos a diversas materias específicas como la militar y los secretos del comercio, la salud de una persona, etc., son confidenciales por mandato de ley, independientemente de la conexión que tengan con el proceso penal.

Adicionalmente, el tribunal de justicia tiene poderes para decidir a favor de la confidencialidad de los documentos del juicio, por ejemplo, en un caso donde las audiencias deban llevarse a puerta cerrada.■

La buena administración y el Estado de Derecho*

Outi Suviranta**

*Título original: "Good Administration and Rule of Law". Traducción de Heriberto Benito López Aguilar y Ramón Ortega García.

** Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Helsinki

1. El concepto de derecho a una buena administración

El concepto de derecho a una buena administración es un concepto bastante nuevo en el orden jurídico finlandés, procedente de la reforma a los derechos fundamentales de 1995. Hoy en día, se puede encontrar incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde el año 2000.

En la Constitución de Finlandia (desde 2000) hay una disposición sobre el derecho fundamental a una buena administración (ver artículo 21). De acuerdo con ella, todos tienen derecho a que su caso sea tratado de manera adecuada y sin dilaciones indebidas por un tribunal legalmente competente o alguna otra autoridad, así como a que una decisión relativa a sus derechos u obligaciones sea revisada por un tribunal o algún otro órgano independiente de la administración de justicia. Además, *las disposiciones concernientes a la publicidad de las actuaciones procesales; el derecho a ser oído, el derecho a una decisión razonada y a la apelación, así como las demás garantías de un juicio justo y una buena administración, deberán ser establecidas por una Ley del Parlamento.*

En la Unión Europea, el derecho a una buena administración está contenido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo [en comentario] dice lo siguiente:

"1. Toda persona tiene el derecho a que sus asuntos sean tratados imparcialmente, equitativamente y dentro de un plazo razonable por las instituciones, órganos, oficinas y agencias de la Unión.

2. Este derecho comprende:

a) El derecho de toda persona a ser oída, antes de que sea tomada una medida individual que le afecte desfavorablemente;

b) El derecho de toda persona a tener acceso a su expediente, respetando al mismo tiempo los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) La obligación de la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene el derecho a que la Unión repare los daños causados por sus instituciones o sus servidores en el ejer-

cicio de sus deberes, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en alguno de los idiomas de los Tratados y deberá recibir una contestación en el mismo idioma.”

Por lo demás, el artículo 47 de la Carta se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo.

Cuando la Carta fue elaborada y votada en 1999 y 2000, Finlandia estuvo trabajando con determinación para incluir un artículo sobre el derecho a una buena administración. Sin embargo, la inclusión del derecho a una buena administración no fue una iniciativa sin controversias. Hubo a quienes no les pareció una buena idea promover una buena administración como un derecho fundamental, incluso si estaban de acuerdo en la necesidad de más “buena administración” en la Unión Europea. El derecho fundamental a una buena administración no contaba para los derechos humanos o fundamentales tradicionales y establecidos. Además, estaba el problema de las garantías jurídicas de este derecho fundamental.

En lo que sigue trataré de señalar algunas características típicas de la legislación administrativa finlandesa y del modo finés de entender el Estado de derecho, que me parece que constituyen el contexto para nuestro concepto de derecho a una buena administración y para su rol en nuestra realidad jurídica. Trataré de ver el derecho administrativo finlandés y su desarrollo desde afuera, básicamente con los ojos de un abogado extranjero. Espero que este enfoque sea de utilidad para nuestros colegas mexicanos.

El punto que principalmente trato de resaltar es que en Finlandia el derecho fundamental a una buena administración no estaba solamente destinado a ser un derecho fundamental protector de los ciudadanos en su relación con la administración pública. Más que eso, iba a ser una parte de las estructuras procesales que garantizan los derechos básicos sustantivos y junto a ello la aplicación de la legislación por parte de las autoridades públicas.

2. Sociedad, administración pública y administración basada en la ley en Finlandia

El derecho administrativo funciona y se desarrolla siempre en interacción con las circunstancias sociales del país de que se trate. Finlandia es un Estado nórdico de bienestar. El sector público es el responsable de proveer un amplio

rango de servicios asistenciales, por ejemplo, en los campos de educación y de bienestar social y de salud. Muchos de estos servicios son gratuitos o las tarifas son relativamente bajas. En consecuencia, los impuestos pagados son bastante altos. En comparación con muchos países extranjeros, la sociedad finlandesa ha sido muy homogénea. Por ejemplo, según las estadísticas de distribución del ingreso, Finlandia pertenece a países con una equitativa distribución de ingresos. Además, tenemos muy poca corrupción pública, y la confianza de los ciudadanos en la administración pública está en niveles muy altos.

Todo esto constituye el trasfondo social del derecho administrativo finlandés. En cuanto al derecho administrativo, así como en cuanto a la sociedad en su conjunto, solemos pensar que la administración pública, con sus diferentes autoridades, es algo “bueno”, y que las autoridades públicas en general están de lado de los ciudadanos y las personas. A nuestro entender, las autoridades públicas no son vistas como la parte adversaria de los ciudadanos.

Aquí diría que los presupuestos o el punto de partida para el derecho administrativo en Finlandia difieren algo de, por ejemplo, aquellos en Alemania. En Alemania, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, la principal idea del derecho administrativo se puede constatar en la protección de los ciudadanos frente a la administración pública. El derecho administrativo y los tribunales de justicia responsables de la revisión judicial de los actos administrativos, están, primeramente, para asegurar que las autoridades públicas no interfieran sin fundamento en la legislación, en la esfera legalmente protegida de la libertad de los ciudadanos.

Consecuentemente, mientras que el punto de partida para el derecho administrativo en Alemania ha sido la protección de las personas en su relación con las autoridades públicas, en Finlandia el principio de administración basada en la ley ha sido preponderante. La Sección 2, párrafo 3, de la Constitución de Finlandia, reza: “El ejercicio de los poderes públicos deberá estar basado en una Ley. En toda la actividad pública, la legislación deberá ser estrictamente observada”.

A mi modo de ver, establecer el principio de administración basada en la ley como punto de partida para el derecho administrativo en Finlandia se vincula a nuestro entendimiento más tradicional del principio del Estado de derecho. Nuestro sistema constitucional está basado en una dependencia muy fuerte y en la influencia del Parlamento. Su papel está centrado en dirigir la administración pública a través de la legislación parlamentaria, y en el control de la constitucionalidad de la nueva legislación por igual.

Al dirigir la administración pública, las normas jurídicas que definen y restringen la competencia de las autoridades públicas, son básicamente establecidas por el Parlamento. Incluso las posibilidades de delegar poderes legislativos son más bien limitadas. Por lo tanto, el principio de la democracia y la legitimidad democrática de la administración son profundamente remarcados en la relación entre el Parlamento y la administración pública. En nuestra tradición, es el Parlamento el que, a través de su legislación, toma las decisiones esenciales relativas a los diferentes conflictos de intereses en la sociedad, así como las decisiones que definen las vías de su desarrollo.

Como se dijo, el papel del Parlamento es fuerte también en el control de constitucionalidad de la nueva legislación. No contamos con un Tribunal Constitucional que tendría la tarea de decidir la constitucionalidad de las Leyes del Parlamento. Es más, hasta la promulgación de la Constitución de 2000, los tribunales de justicia tampoco tenían un mandato claro para revisar la constitucionalidad de la legislación parlamentaria en los casos individuales. La idea básica era que el propio Parlamento, a través de su Comité de Derecho Constitucional, tenía la responsabilidad principal de asegurar por adelantado la conformidad de las Leyes del Parlamento con la Constitución. Esta estructura obviamente destacaba mucho el principio de la democracia: era el Parlamento y su Comité de Derecho Constitucional, y no los tribunales de justicia, los intérpretes autorizados de la Constitución.

La nueva Constitución de 2000 reformó nuestro sistema en este aspecto. De conformidad con la sección 106 de la Constitución, los tribunales de justicia deberán dar prioridad a la Constitución si la aplicación de una ley estuviera en evidente conflicto con ella. De esta manera, los tribunales de justicia tienen ahora el derecho y el deber de controlar la constitucionalidad de la legislación en los casos individuales. Pero, al mismo tiempo, no hubo cambios en la competencia del Comité de Derecho Constitucional; incluso hoy, el principal control de la constitucionalidad debe llevarse a cabo previamente por el Parlamento. Todavía el Comité de Derecho Constitucional del Parlamento es considerado como el intérprete autorizado de la Constitución.

En otras palabras, el derecho administrativo en Finlandia está integrado en una estructura de derecho constitucional que resalta el papel del Parlamento sobre el de los tribunales de justicia. El derecho administrativo no ha estado tradicionalmente basado en la idea de un conflicto entre las autoridades públicas y los particulares, sino en la idea de una administración pública que cumple y hace cumplir la legislación dictada por el Parlamento.

Con estos antecedentes, uno podría preguntarse cómo es posible que el derecho fundamental a una buena administración evolucione primero en un orden jurídico donde la administración pública no es vista como la parte adversaria de los ciudadanos, sino como una pieza importante para hacer efectiva la legislación parlamentaria. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

3. El enfoque prominentemente ciudadano hacia la administración

Aunque la idea rectora del derecho administrativo en Finlandia no ha sido la de resolver los posibles conflictos entre las autoridades y los ciudadanos –sino el principio de la administración basada en la ley- los ciudadanos han tenido una posición central en la ideología de desarrollar el derecho administrativo. Por lo menos durante los últimos cuarenta años, la base para el desarrollo del derecho administrativo ha sido el enfoque prominentemente ciudadano hacia la administración.

Por ejemplo, este enfoque era obvio cuando las reglas sobre el procedimiento de autoridades administrativas fueron codificadas por primera vez en 1982 a través de la promulgación de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo. En muchos países, el objetivo de los procesos de codificación de este tipo ha sido la intención de convertir el derecho fragmentario que abarca un conjunto mixto de piezas de legislación y de derecho jurisprudencial (*case-law*) a un todo consistente y coherente. El proceso de codificación a menudo está guiado por la idea de construir un sistema jurídico lógico. El punto de partida para la codificación, por decirlo de algún modo, es el sistema jurídico.

En cuanto a Finlandia, el punto de partida para la codificación no ha sido tanto el deseo por un sistema jurídico lógico, sino el enfoque preponderantemente ciudadano hacia la administración. También en Finlandia, el derecho relativo al proceso administrativo estaba fragmentado antes de la codificación de 1982. Sin embargo, los fines públicamente revelados del proceso de codificación estaban muy ligados a la posición de los ciudadanos en su interacción con la administración pública. La administración pública se hacía cada vez más y más compleja, y el desarrollo del Estado de bienestar influyó de muchas maneras en la relación entre las autoridades públicas y los ciudadanos. Se temía que la falta de reglas uniformes sobre el procedimiento administrativo comprometiera la capacidad de los ciudadanos de vigilar sus propios asuntos en la administración, por sí mismos, i.e. sin asistencia legal o de otra índole. Esto podría nuevamente alienar a los ciudadanos de la administración y era visto como un riesgo para mantener la confianza pública en la administración.

Estas peculiaridades de la labor de codificación se hicieron obvias cuando un grupo de trabajo fue formado para redactar la nueva ley. En su asignación se hizo hincapié de que debía ponerse una especial atención a las cuestiones relacionadas con la orientación de los ciudadanos en las diferentes etapas del procedimiento administrativo para que esa orientación estuviera bien organizada y de manera apropiada. La nueva ley debía regular el procedimiento relevante para la protección jurídica de los ciudadanos tan bien como fuera posible. Al mismo tiempo y con el fin de asegurar una administración expedita y barata, el procedimiento debía ser lo más simple que se pudiera.

En consecuencia, el trabajo realizado ha estado marcado por el pragmatismo centrado en el ciudadano. Esto se refleja tanto en el trabajo legislativo como en el desarrollo cotidiano de las funciones administrativas por igual.

4. El derecho fundamental a una buena administración como suplemento del derecho a un juicio justo

El concepto de un derecho fundamental a una buena administración hace que uno piense fácilmente en un triángulo [formado] entre un ciudadano, una autoridad pública y un tribunal de justicia: el ciudadano está exigiendo "una buena administración" de la autoridad pública ante el tribunal de justicia, si fuese necesario. Esta forma de construir el derecho no encaja del todo en el panorama del derecho administrativo finlandés, que trata de evitar que se mire a los ciudadanos y a las autoridades como adversarios. Consecuentemente, con anterioridad formulé la pregunta de cómo es que el derecho fundamental a una buena administración evoluciona primero en un ordenamiento jurídico con las características finlandesas. Creo que tenemos que volver a la etapa de preparación de la nueva Constitución de Finlandia, o en realidad a la etapa de preparación de la reforma de los derechos fundamentales que entró en vigor en 1995.

Antes de la reforma de los derechos fundamentales de 1995, nuestro anterior catálogo de derechos era comparado con las listas de derechos fundamentales [contenidas] en las Constituciones de otros países europeos y con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Una de las principales diferencias era la falta de derechos procesales fundamentales en nuestra antigua Constitución. Sin embargo, y como ha sido señalado en muchas ocasiones por el presidente Hallberg, por ejemplo, esto no significaba que nuestra antigua Constitución no incluyera para nada muchas de las ideas y valores que estaban adheridos a, y que se concretaban por, los derechos procesales fundamentales. En nuestra

antigua Constitución estas ideas, como la independencia de los tribunales de justicia, se debían a razones históricas positivizadas, no como derechos fundamentales, sino, por ejemplo, como rasgos estructurales de la Judicatura. Sin embargo, esta comparación dejó en claro que la nueva lista de derechos fundamentales tiene que incluir un derecho fundamental al acceso a los tribunales y a un juicio justo.

En la reforma de derechos fundamentales, se consideró importante garantizar los derechos procesales, no sólo ante los tribunales de justicia como es habitual en las Constituciones de otros países y en la Convención Europea, sino garantizarlos incluso en la administración pública. Aquí fue a lo mejor la fuerte ideología de la administración prominentemente ciudadana la que allanó el camino para [forjar] el concepto del derecho fundamental a una buena administración. Al mismo tiempo, creo que también ha sido una opción estratégica, en consonancia con nuestra forma tradicional de pensar, juntar a las autoridades públicas y a los tribunales de justicia en una y la misma disposición sobre los derechos procesales. De esta manera, los tribunales de justicia y las autoridades públicas están unos al lado de las otras; ambos están ahí para asegurar que los casos de los ciudadanos sean tratados adecuadamente y sin demora injustificada. Por decirlo de algún modo, no sólo los tribunales son “buenos”.

En otras palabras, diría que, como en Finlandia, cuando el derecho fundamental a la buena administración se asocia con el derecho a la tutela judicial por los tribunales, no se señala fuertemente que el derecho a una buena administración sería uno de los muchos derechos fundamentales que los tribunales de justicia tienen que proteger. Esta forma de construir los derechos procesales no sobredimensiona la necesidad de un derecho procesal (esto es, la necesidad de obtener protección jurídica) en relación con las autoridades públicas. Ello nuevamente se ajusta muy bien a la idea de no ver un conflicto entre los ciudadanos y los poderes públicos, sino al principio de administración basada en la ley, como punto de partida para el derecho administrativo. Esto significa que no es un triángulo la imagen correcta para ilustrar el concepto del derecho fundamental a una buena administración. En cambio, quizás deberíamos pensar en una sola línea con nuestro ciudadano en un extremo de ella, y las autoridades públicas y los tribunales de justicia, juntos, en el otro extremo.

Por último, en este contexto me parece interesante echar un vistazo al artículo 6 de la Convención Europea relativo al derecho a un juicio justo. De acuerdo con el primer enunciado del primer párrafo: “en la determinación de sus derechos civiles y obligaciones o de cualquier denuncia penal en su con-

tra, toda persona tiene derecho a ser oído en audiencia pública dentro de un plazo razonable ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley.” Incluso este derecho procesal no estaba originalmente pensado para ser aplicado en la relación entre las autoridades públicas y los ciudadanos. Como sabemos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hoy en día se aplica incluso a un espectro muy amplio de derechos y obligaciones bajo el derecho público. Garantiza la protección jurídica y el derecho a un tribunal para los ciudadanos, incluso en relación con las autoridades públicas.

5. El principio del servicio y la buena administración

En Finlandia, la buena administración no es sólo sobre cuestiones como el derecho a ser oído y el derecho a obtener decisiones razonadas. También es, por ejemplo, sobre el servicio [de justicia] adecuado y el asesoramiento necesario. En la reforma de los derechos fundamentales de 1995, se dijo que el principio de servicio expresado en la Ley de Procedimiento Administrativo podría relacionarse con el derecho a que el caso de uno sea tratado apropiadamente bajo el derecho fundamental a una buena administración. El principio de servicio ahora se inscribe en la sección 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 2003. De acuerdo con esta disposición, la prestación del servicio y la resolución de casos por una autoridad deben disponerse de tal modo que el cliente de la administración reciba el servicio adecuado y [la garantía de] que la autoridad desempeñará sus funciones productivamente. Cuando la Ley de Procedimiento Administrativo de 2003 fue promulgada, hubo críticas sobre la inclusión de dichas reglas normativamente vagas en la Ley. Se preguntó cuál sería el impacto de dichas reglas.

En 2006, se realizó un estudio empírico basado en la muestra de casos y decisiones de los tribunales generales administrativos y del Ombudsman Parlamentario sobre la aplicación de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo. El sondeo fue realizado por académicos profesionales de la Universidad finlandesa de Joensuu bajo solicitud del Ministerio de Justicia. Como la encuesta se realizó poco después de la promulgación de la nueva Ley de Procedimientos Administrativos, aún no era posible estimar el impacto real de la nueva legislación. Sin embargo, el estudio destacó algunas tendencias de desarrollo y algunos problemas centrales relacionados con el procedimiento administrativo en general.

En lo que concierne al principio de servicio, se comprobó en el estudio que en la práctica del Ombudsman Parlamentario hay decisiones en las que el significado del principio de servicio se deriva, por un lado, de la Ley de Pro-

cedimiento Administrativo en su conjunto y, por el otro, de los trabajos preparatorios de la disposición. La disposición flexible hace que sea posible obtener el significado del principio de manera tal que se tomen en cuenta las diferencias entre autoridades específicas y el desarrollo de la tecnología. Sin embargo, es importante advertir que el Ombudsman Parlamentario no puede ni modificar ni revocar las decisiones tomadas por las autoridades, ni ordenar el pago de la indemnización. Normalmente, el Ombudsman sólo informa a la autoridad su dictamen acerca de la acción legal que procedería.

Supongo que a los ojos de un abogado extranjero puede parecer extraño hablar del derecho fundamental a una buena administración en una constelación donde este derecho apenas puede servir de base para procedimientos legales, incluso aunque tuviera mayor impacto en el desarrollo de la conducta administrativa, más indirectamente a través de pronunciamientos del Ombudsman Parlamentario. En ese contexto, un abogado extranjero presumiblemente preferiría hablar de la buena administración como un principio jurídico y no tanto como un derecho fundamental a una buena administración.

6. Conclusiones

Es posible construir el derecho procesal fundamental a una buena administración como un derecho fundamental del individuo contra la administración pública. Esta manera de pensar puede ser correcta en aquellos ordenamientos jurídicos en los que los derechos de acción de las personas son más y más importantes en la relación entre la administración pública y los particulares.

Supongo que la incorporación del derecho fundamental a una buena administración en la Constitución de Finlandia en 1995, no pretendía ampliar este desarrollo. Al contrario, el derecho fundamental a una buena administración fue importante para dejar en claro que en el ámbito del derecho público son las autoridades públicas, en primer lugar, y no los tribunales de justicia, las responsables de hacer efectiva la legislación sustantiva. Consecuentemente, era importante contar con ese derecho procesal fundamental no sólo sobre la forma en que los tribunales de justicia están brindando protección jurídica, sino también sobre la forma en que las autoridades públicas están haciendo efectiva la legislación. ■

La exigencia de una vida en condiciones ambientales adecuadas como derecho humano de carácter difuso*

Jose Nieves Luna Castro**

*Este tema forma parte de la tesis doctoral sustentada en examen de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España, el 5 de junio de 2010.

**Catedrático de Derecho Constitucional y Penal Especial. Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

I. Aspectos Generales

Hoy en día existe un renovado interés y preocupación por el deterioro ambiental, sobre todo ante la mayor evidencia de las graves consecuencias que para la sociedad humana representará en poco tiempo, la continuidad en las tendencias de destrucción y sobreexplotación del medio ambiente planetario.

Es claro que esa revaloración medioambiental puede dar pauta a múltiples estudios y análisis desde diversas perspectivas, pero nuestra exposición el día de hoy se centra en el ámbito jurídico y más concretamente en la reflexión acerca de considerar la exigencia a contar con un medio ambiente adecuado o sano, como derecho humano de carácter difuso o colectivo, ello en el contexto de una pretensión mayor que abarca incluso lo que estimamos una necesaria y más responsable intervención de la comunidad global en el plano del Derecho Penal Internacional. Sin embargo, por ahora nos limitaremos a destacar los puntos en que se basa la citada reflexión en cuanto al análisis de las exigencias ambientales como derechos humanos.

Para ello es necesario partir del reconocimiento actualizado del contenido de la ciencia ecológica, sustrayéndolo de una concepción reducida y estrictamente tecnicada para llevar su objeto de estudio a la plataforma de análisis que involucre la concurrencia de lo moral, lo político, lo sociológico y obviamente lo jurídico.

En ese proceso, el tema ambiental y los graves riesgos de su deterioro progresivo e irreversible se abordan como base de una justificación moral a partir de su reconocimiento como derecho humano colectivo o difuso y por ende, como justificable bien jurídico penalmente tutelado cuya degradación o puesta en peligro afecta a la humanidad entera, aceptando el ejercicio de homologar incluso dicha afectación con la generada por los estrictamente considerados "*delitos contra la humanidad*" en el ámbito del derecho penal internacional existente.

Ese reconocimiento conducirá después a evidenciar lo que estimamos un estatus pasivo y criticable del Derecho Penal Internacional, en dicha materia, pues si el daño ecológico grave y catalogado como delito, no sólo afecta o victimiza a los habitantes de un lugar, demarcación o país, dado que el daño ambiental es global, por qué entonces seguir en la ineficaz estrategia de dejar en manos de jurisdicciones locales la posible investigación, procesamiento, sanción y resarcimiento de daños causados (que indiscutiblemente repercuten a nivel global), cuando éstas por naturaleza están limitadas com-

potencialmente, de modo que por más eficiente que sea la normativa ecológica incluso sancionadora de una nación, ésta no puede aplicarse fuera de su jurisdicción, por más que el daño igualmente le afecte (como en realidad afecta a todo el mundo), ni puede tampoco por sí, evitar la inaplicación de la ley (por corrupción o ineficacia) en relación con los sucesos ocurridos en otro lugar por más graves que sean los efectos causados, lo cual en resumen muestra la probada ineficacia de los sistemas penales locales o nacionales para hacer frente a un problema de consecuencias innegablemente globales.

La ineficacia o complacencia de autoridades de cualquier país que permita la impunidad del delito ecológico, sobre todo de especial gravedad, afecta a los habitantes del resto de los países del mundo. La falta de normatividad efectiva y uniforme en materia de prevención y en su caso sanción del delito ecológico de efectos transnacionales, propicia el desplazamiento a conveniencia y hacia aquellos lugares de aplicación normativa ineficaz, de las actividades empresariales ilícitas y atentatorias del ambiente global en perjuicio de todos, pues el derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho de la humanidad, de ahí que se justifique, en nuestra opinión, el encaminar esfuerzos por alcanzar en esa materia el establecimiento de una jurisdicción internacional.

II. Consideraciones sobre la llamada crisis ecológica

A. La destrucción humana del medio ambiente y la insatisfacción de las soluciones dadas al problema hasta ahora

La idea de que la crisis ecológica es una crisis de la civilización se nutre del hecho de que por debajo de las diferencias de sus sistemas sociales subyace un conjunto de similitudes megaestructurales en el reticulado de las sociedades industriales contemporáneas, una suerte de "modelo supremo" el cual todas las naciones en "vías de desarrollo" son forzadas a imitar a través de un sinfín de mecanismos de lo que podríamos llamar una inercia global. Y es en esta matriz civilizatoria cada vez más expandida en donde deben buscarse las causas que han desatado el conjunto de factores que hoy amenazan la supervivencia de la especie, la misma que logró gestar la integración y globalización de lo humano. Por ello, muy lejos de lo que suele pensarse, la crisis ecológica del planeta no logrará resolverse mediante un simple pase de nuevas tecnologías, audaces acuerdos internacionales (generalmente traducidos en promesas incumplidas), o aun un reajuste en los patrones de producción y consumo. La nueva crisis global penetra y sacude todos y cada uno

de los fundamentos sobre los que se asienta la actual civilización y exige una reconfiguración radical del modelo civilizatorio.¹

En este sentido, de acuerdo con autores como Toledo, los problemas ambientales son tan antiguos como los seres humanos, pero se aceleran y se intensifican en la segunda mitad del siglo XX cuando comienza a hablarse de una "crisis ecológica". Una crisis que consiste en un conjunto de fenómenos producidos en nuestro entorno natural como agotamiento de los recursos naturales, la lluvia ácida, el deterioro de la capa de ozono, la deforestación, la desertización, la sobreexplotación de los suelos, la pérdida acelerada de biodiversidad, la contaminación continental, marina (y ahora también espacial), etcétera. Es uno de los problemas que más ocupa y más preocupa hoy en día. La crisis ecológica no es un fenómeno aislado (no es solamente de recursos y de capacidad biológica del ecosistema global), sino que, insertada dentro de la crisis de la civilización occidental, nos refleja también el malestar del medio ambiente humano en su dimensión socio-cultural (y agregaríamos también política y jurídica a nivel mundial).

Evidentemente que muchos de los comportamientos individuales de los integrantes de estas sociedades contemporáneas, inciden en el deterioro ambiental de una u otra forma, quizás aún de manera inconsciente o por la ignorancia de la magnitud y trascendencia de ese actuar y de todas las implicaciones que subyacen como requerimientos para mantener los sistemas productivos y los modelos de vida y sociedad "de bien estar". Todo ello a pesar que es innegable el avance en la concientización de un mayor número de personas que desde sus posibilidades, como individuos, actúan o dejan de hacerlo de determinada manera.

Pero no es esa clase de comportamiento contaminante lo que nos llama especialmente la atención para los efectos de esta ponencia, sino aquellos que de manera más directa y trascendental generan mayores daños al entorno aun en contra de la normatividad hasta ahora existente y aprovechando la ineficacia o complicidad de autoridades locales o regionales, así como la insuficiencia de los propios marcos normativos que incluso los solapan o encubren, lo que hace no sólo más grave la condición del deterioro sino también más preocupante la situación de riesgo y de complicación de las expectativas ante la decepción de la inutilidad de las respuestas dadas hasta el momento.

1 A decir de TOLEDO, Víctor M., *Modernidad y ecología la nueva crisis planetaria*, p. 28, la solución de la crisis del planeta debe atender por lo menos siete rasgos: su carácter homogeneizante; su tendencia a la centralización del poder; y de las decisiones; su obsesión especializadora y megalomaniaca; el carácter depredador e ineficiente de sus sistemas productivos y la característica esencialmente desigual en su acceso a los recursos que el planeta ofrece.

B. Destrucción del medio ambiente y reconocimiento de la situación crítica actual

La afectación del equilibrio de los ecosistemas, sin duda es algo evidente y hasta cierto punto natural e inherente a esa misma dinámica evolutiva, sobre todo por lo que a la naturaleza se refiere, aunado claro a los efectos de la presencia humana. Por tanto, las alteraciones o modificaciones pueden tener su origen tanto en la propia naturaleza como en la actividad humana.

Además, tanto en el orden cuantitativo como cualitativo, es claro que podrán suscitarse modificaciones medioambientales de diversos grados o niveles de magnitud, dimensión o trascendencia; desde variaciones o cambios imperceptibles e inocuos hasta grandes trastornos a los propios sistemas ecológicos de categoría devastadora, ello en función del tamaño o magnitud del deterioro o bien de la forma abrupta e intempestiva de la alteración. En ese caso suele hablarse de catástrofes y éstas ya sea de manera abrupta o paulatina o progresiva pueden ser provocadas tanto por la propia naturaleza como por la influencia humana.

Se pueden distinguir por tanto las llamadas catástrofes naturales generadas por la propia naturaleza, de las catástrofes que podrían considerarse como "artificiales" o "provocadas" por la influencia y acción de la humanidad. Son éstas las que nos interesan para los efectos de nuestro planteamiento.

C. Perspectivas de reacción. Opciones sobre el futuro del comportamiento humano

Resulta ya conocida la gravedad de algunos de los problemas que se derivan del deterioro ecológico y que hacen más palpable el índice catastrófico de la denominada crisis ecológica contemporánea. La breve historia documentada de esta "crisis ecológica" (concretamente a partir de las últimas tres o cuatro décadas), muestra la tendencia de incremento tanto en la frecuencia como en los efectos devastadores de las situaciones o acontecimientos catastróficos que suelen presentarse y que aquejan a la especie humana y a todo el planeta en su conjunto.

La cita de esas proyecciones sobre daños irreversibles al planeta sólo constituye una muestra mínima, por cierto no con intenciones alarmantes de nuestra parte, pero sí tratando de ser realistas respecto de la magnitud de los problemas y efectos hasta ahora conocidos.

Es por lo anterior que estimamos evidentes e incluso obvias las perspec-

tivas o posibilidades de reacción frente a esa realidad de deterioro ambiental como consecuencia de la interacción humana, pues, creemos, todo se reduce a una cuestión elemental: o se actúa decididamente buscando mejores vías y metodologías para afrontar sistemáticamente y con eficacia y voluntad real de solución o mitigación de dichos efectos y sus orígenes, o se mantienen las cosas como están, es decir, siguiendo como testigos pasivos de la proliferación de acuerdos internacionales y de normatividades de carácter administrativo regionalista, disperso y discordante; muchas veces disfuncional, dada la inaplicabilidad por parte de las autoridades correspondientes (incluso por conductas de corrupción y participación delictiva), pero sin advertir verdaderos logros o metas importantes en materia de protección y mejoramiento del medio ambiente del mundo.

Si aplicamos estos argumentos al análisis crítico de la situación pasiva del ordenamiento penal internacional, diríamos que las opciones que advertimos son: 1) la posibilidad de instaurar un sistema internacional de Derecho penal ecológico de carácter jurisdiccional y de competencia global, o 2) mantener las cosas en el mismo estado en que se encuentran, al seguir conociendo de él.

Expuestas así las cosas, habrá entonces que justificar el por qué estimar las exigencias ambientales como base de actuación del derecho penal internacional y para ello es que se acude a la consideración de los derechos humanos.

III. El acceso a un medio ambiente sano como derecho fundamental de los humanos.

A. La necesidad de respuesta a problemas globales (ambientales)

Se atribuye a Karel Vasak ser el primer teórico que utilizó la expresión tercera generación de derechos humanos. Y así, junto a los derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, introduce unos derechos llamados de solidaridad porque proceden de *"una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social"*². Mientras las dos primeras generaciones han sido reconocidas, después de la Segunda Guerra Mundial, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los de

2 VASAK, K., "Hacia una legislación internacional específica de los derechos humanos", en VASAK, K., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984.

la tercera todavía no han sido objeto de una declaración internacional, en sentido estricto.

Los derechos humanos de tercera generación también son denominados como derechos colectivos, difusos o de los pueblos porque su titularidad es colectiva, es decir, se entiende que quienes los poseen son los sujetos colectivos como un pueblo, una nación, una etnia, una comunidad. Mientras que el titular de los derechos de primera generación es el ser humano individual y los protagonistas de los derechos de segunda generación son los seres humanos en grupos, los de la tercera generación, que surgen como respuesta a problemas globales, exigen que la titularidad de los derechos la posea toda la humanidad. Por eso, para hacer efectivos los derechos de tercera generación es necesaria la actuación de la comunidad internacional.

Son denominados también como derechos de la solidaridad, porque se acepta que los problemas a los que aluden afectan a toda la humanidad, y ni los individuos ni los grupos por separado pueden enfrentarse a problemas como el hambre, la discriminación, la explotación y la opresión de los pueblos, las guerras, los crímenes de guerra y delitos como el genocidio, así como, en nuestra opinión, la crisis ecológica global, etc. Estos peligros y amenazas actuales requieren de la solidaridad internacional (solidaridad de los Estados y de todos los individuos) para que se puedan cumplir las exigencias implícitas en esta generación de derechos.

Tampoco hay un consenso en cuáles sean los derechos de esta última generación. Se han propuesto entre otros: el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la paz, al desarrollo, a la democracia, a la autodeterminación o la libre determinación de los pueblos, a la integración, a recibir y producir información equitativamente, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, así como otros de similar magnitud.

Tres de ellos, primordialmente, aparecen en prácticamente todas las clasificaciones que se elaboran de los derechos humanos de ese tipo: derecho al desarrollo, a la paz y a un medio ambiente sano. Se trata de derechos todavía con contenido poco definido. Únicamente el derecho ambiental es el objeto de nuestro tema, pero no debe dejar de reconocerse la importancia de las exigencias de los derechos al desarrollo y a la paz; principalmente porque se trata de tres derechos que se encuentran estrechamente vinculados puesto que no es posible garantizar un medio ambiente sano, sin un desarrollo sostenible para toda la humanidad presente y futura, como tampoco es posible en una sociedad en guerra, sobre todo si ésta implica el uso de armas nucleares o biológicas.

El derecho a la paz, por ejemplo, debe entenderse como ausencia de violencia estructural; por eso busca evitar no sólo las guerras, sino todo tipo de violencias e inseguridades, que deriven o no en conflictos bélicos generalizados. De acuerdo con ello se señala la necesidad de una autoridad democrática universal que pueda garantizar la paz e incluye el derecho de instituciones de carácter supranacional a poder intervenir en los conflictos armados locales, incluso imponiendo la paz desde una fuerza legítima. Y también se señala la necesidad de un tribunal internacional que pueda actuar en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad³. Este tipo de derechos puede considerarse parte del impulso para que la Carta de las Naciones Unidas creada al finalizar la Segunda Guerra Mundial, mencionara en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la necesidad de crear un orden social e internacional que haga efectivos los derechos humanos, lo que nos puede llevar a considerar el fundamento para la expectativa de que ese orden abarque la protección del medio ambiente. Sin embargo, a pesar de ello, esa clase de derechos (que tienen indudable presencia en la conciencia social), aún no ha sido objeto de una formulación jurídico-legal mayormente desarrollada, sobre todo en el ámbito vinculado con el tema de nuestro interés, la perturbación grave del entorno ambiental.

El derecho ambiental en su contenido es aún más formal que los que se refieren a la paz y al desarrollo. El derecho aparece formulado con frecuencia con la afirmación de que: *todo ser humano tiene derecho a nacer y vivir en un medio ambiente sano, o a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, o a un medio ambiente no contaminado de polución y de ruido*. No es posible encontrarlo expresamente en la Declaración de 1948, si acaso de un modo latente, en el artículo 25, párrafo primero, donde se reconoce que: *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure tanto a sí mismo como a su familia la salud y el bienestar..."*⁴ Sin embargo, el estado actual del medio ambiente planetario global requiere una mayor concreción, esto es lo que se pretende con la Declaración de Estocolmo de 1972. A modo de ejemplo, en el principio 1, de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano se declara que *"El ser humano tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras"*.

3 En este sentido figura obviamente la importancia del funcionamiento del Tribunal Penal Internacional derivado de los acuerdos de Roma.

4 SOSA, N., "Derechos humanos y ecología", en G. GONZÁLEZ y R. ARNAIZ (coords.), *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 62.

Aparece entonces por primera vez el concepto de "generación futura", el cual tiene gran importancia para poder fundamentar este derecho humano.

Veinte años después, en el primer principio de la Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente celebrada en Río de Janeiro en 1992, se declara que "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Desde entonces, la sostenibilidad constituye otra de las claves para lograr un medio ambiente sano. Remite así al derecho al desarrollo, otro de los derechos de tercera generación, al que ya se ha hecho referencia.

Se hace necesario poner de manifiesto las razones para justificar la necesidad de una tercera generación de derechos humanos. Se trata de mostrar que las dos anteriores se muestran insuficientes para dar una respuesta global a los problemas igualmente globales como el cambio climático, la desertización, pérdida progresiva de la biodiversidad, el agotamiento de los recursos no renovables, calentamiento global, así como la carrera de armamentos (entre los cuales resultan especialmente aterradores en relación con nuestro tema, los de tipo biológico y nuclear), etc. Problemas que suponen una verdadera amenaza no sólo para la supervivencia biológica de la especie humana, sino para la naturaleza en su conjunto.

Algunas de las razones tendientes a demostrar esa justificación, son las siguientes:

1. Se trata de derechos que requieren soluciones internacionales. En primer lugar, porque las anteriores generaciones se centran en derechos que pueden garantizarse dentro de las fronteras nacionales de los Estados. Sin embargo, los problemas ambientales son internacionales tanto en las consecuencias (la contaminación o la desertización que no entienden de fronteras estatales) como en las causas (economía globalizada, sociedades industrializadas, estilos de vida consumistas, riesgos nucleares y biológicos, uso indebido de transgénicos, etc.) Ante estos problemas, el Estado tradicional y local ya no puede ser titular único de la responsabilidad de regir y controlar (o sancionar) las cuestiones ambientales, primero porque su capacidad de actuar sobre problemas globales es limitada o nula, pero además porque la posible solución de los fenómenos ambientales de corte transnacional depende igualmente de políticas internacionales, tanto

públicas como privadas,⁵ obviamente como materia del derecho internacional.

El desafío ambiental, como los demás problemas globales, plantea la necesidad de conceptualizar más ampliamente el orden político (con un reconocimiento democrático más allá de la noción de Estado tradicional), así como la idea de una ciudadanía cosmopolita (que participe en todo aquello que le implique). No debe perderse de vista que remitir a un orden internacional para hacer frente a problemas globales lleva a un debate que aún no está cerrado: ¿los derechos de tercera generación constituyen derechos liberales o no?⁶

Los derechos de tercera generación van en contra de esta visión liberal en dos sentidos. Primero, porque reconocen derechos a colectividades o a entes potenciales (como la humanidad y las generaciones futuras) que trascienden a los individuos. Se trata del problema de la titularidad de los derechos de la tercera generación, además del problema de quiénes son los sujetos responsables de tutelar y defender tales derechos. Y también porque una de las características de los derechos humanos tradicionales es que nacieron con la finalidad de limitar únicamente el poder político local, cosa que no ocurre de la misma manera con los de la tercera generación que van más allá del marco político del Estado nacional y exigen que en el ámbito internacional haya una instancia superior que haga respetar estos derechos, socavándose así, potencialmente, una de las características esenciales del Estado Moderno, la pretendida soberanía que, dicho sea de paso, no puede usarse de pretexto para desconocer los propios derechos humanos y particularmente los inherentes a la humanidad en su conjunto.

2. Se hace necesaria una ampliación de las generaciones de derechos para configurar el sentido actual de la dignidad humana. Actualmente se han ampliado lo que consideramos las condiciones necesarias para vivir una vida con dignidad. Vivir en paz o en un medio ambiente sano es imprescindible

5 Como también de una sociedad civil mundial (estructurada, por ejemplo, en Organizaciones Cívicas Solidarias) y una opinión pública mundial. Cfr. GARCÍA-MARZÁ, D., "Ética económica y democracia: la ciudadanía frente a la globalización", en A. CORTINA / J. CONILL (eds.), *Educación a la ciudadanía*, Institución Alfonso El Magnánimo, Valencia, 2001, pp. 215-231.

6 Hoy es incuestionable el origen liberal de los derechos humanos, pues con ellos se reconocía la existencia de un ámbito reservado exclusivamente al individuo y sin injerencia posible por parte del poder político o de las otras personas. El debate se inicia cuando las libertades de la primera generación se vieron enfrentadas a los derechos económicos, sociales y culturales. Para Victoria Camps, los derechos fundamentales son derechos individuales, pero ello no implica negar que los derechos sociales son las condiciones para que se puedan dar los primeros. CAMPS, V., *Paradojas del individualismo*, Crítica, Barcelona, 1993, pp. 13 y 55. También Rawls cree que en una sociedad justa, los derechos civiles y políticos deben tener prioridad sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. RAWLS, J., *Liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1995.

ble para ejercer los derechos políticos y sociales. Los derechos humanos son exigencias de la dignidad humana, porque son aquellos que el ser humano tiene por su condición de ser persona. Los derechos humanos consisten en reclamaciones que aluden a determinadas capacidades que se consideran indispensables para una vida humana digna. El que una reclamación se convierta en derecho humano significa que el desarrollo de esas capacidades es una exigencia moral que una sociedad humana tiene la obligación de satisfacer. Y hoy es razonable considerar que no se puede vivir una vida con dignidad en un entorno natural insalubre, sin recursos energéticos suficientes, con un agujero en la capa de ozono que crece progresivamente, al igual que el cambio climático y sobre todo con las consecuencias y perjuicios que de ello pueden derivar.

El argumento para esta ampliación es similar al que justificó en su día la ampliación a una segunda generación de derechos humanos.⁷ Los derechos sociales se añadieron a los derechos liberales, cuando se descubrió que la libertad sola es hipotética cuando falta la igualdad, puesto que no se puede ser suficientemente autónomo sin tener un mínimo de necesidades básicas cubiertas.

Se trata pues del reconocimiento básico de lo que serían las condiciones mínimas como ausencia de guerra y de otro tipo de violencias, un desarrollo o un medio ambiente sano, para garantizar que puedan realizarse los derechos sociales y los civiles. No significa que los derechos de alguna generación sean más importantes que los de otra; más bien revela la doble dirección atribuida a los derechos humanos: la de ofrecer sentido para unos y la de realización para los otros; así, las primeras generaciones son necesarias como condiciones de sentido de esta ampliación de los derechos humanos, que a su vez se convierten en condiciones de posibilidad de las anteriores.

3. Se requiere además reconocer un valor que implique obligaciones. Los valores fundamentales de las dos primeras generaciones, libertad e igualdad, son insuficientes para dar cuenta de problemas que afectan a seres no humanos, incluso a seres no vivos. ¿Cómo garantizar la conservación de la biodiversidad, sin hablar de valores no humanos? ¿Cómo frenar la desertización y deforestación con unos derechos que lo son de los seres humanos, pero que no toma en consideración a seres que no tienen dignidad? Los problemas ambientales hacen referencia a las obligaciones que los seres humanos tienen hacia otros humanos, pero también hacia los restantes seres naturales.

7 Cfr. MARSHALL, T. H./BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, p. 42.

Para algunos autores, la clave está en la solidaridad, valor-guía de la tercera generación de derechos humanos porque, dicen, orienta a los derechos humanos en general. Se estima así, que se trata de una condición de posibilidad de las anteriores generaciones.

Los derechos de libertad e igualdad, pues, son insuficientes por sí solos para acercarnos a lo que hoy entendemos por sociedades justas y por una vida digna.

La primera generación de derechos tiene como base el liberalismo, por cierto de carácter posesivo e insolidario, mientras que los valores sociales sí toman en cuenta la solidaridad, pero sólo de forma parcial, dada la regionalización y sectorización de su potencial ámbito de ejercicio, en situaciones de espacio y tiempo específicas (Estados tradicionales). Sin embargo, aún no se trata de una solidaridad tan amplia como la que ahora se requiere para los nuevos problemas⁸ de carácter global, como los de tipo ambiental.

B. El medio ambiente sano como valor

¿Pueden las exigencias ambientales concretarse en forma de derecho humano a un medio ambiente sano y constituirse en una posibilidad para dar una respuesta adecuada a la crisis ambiental?

Se estima que la ampliación de los derechos humanos es posible porque su formalidad e historicidad garantizan que sean reclamaciones abiertas a las diferentes circunstancias históricas y naturales que pueden modificar lo que en el futuro se entienda como un nuevo modo de concretar la dignidad humana, pero el objetivo consiste ahora en explicar el contenido del derecho ambiental, con base en las exigencias ecologistas que insisten en la necesidad de crear condiciones adecuadas de vida en un medio ambiente con una calidad que permita una vida con dignidad y con bienestar.⁹ Es necesario dar este paso porque decir que tenemos un derecho humano a un medio ambiente sano, es decir poco. Si no se dota de contenido el derecho, no podrá servir como respuesta al problema ambiental.

No obstante, aunque la solidaridad sigue siendo un valor guía de las

8 Por eso, Cortina proponía un individualismo solidario que descansara en el valor de la autonomía propia del liberalismo y en el valor de la solidaridad más propia del socialismo, pero que a la vez sirviera de crítica a los planteamientos colectivistas de este último. CORTINA, A., *Más allá del colectivismo y del individualismo*, Sistema, núm. 96, 1990, pp. 3-17

9 Cfr. *World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

exigencias ambientales concretadas en forma de derecho humano, cabría preguntarse si resulta suficiente para dotar de contenido a ese derecho. Hay quienes piensan que no.

Por eso, es necesario explicitar otros contenidos para poder dar una respuesta adecuada que significaría que los seres no humanos que forman parte de él también tienen valor, como también los seres inertes que conforman el ecosistema en su conjunto.

Por otra parte, el valor de la solidaridad tampoco permite incorporar completamente el ingrediente de futuro (esencial en el problema ambiental, en forma de las generaciones humanas futuras). Si bien es cierto que, cuando se complementa con el valor de justicia, sí permite dar cuenta de los seres humanos que están por venir, sin embargo, seguimos moviéndonos en un ámbito de valores que orientan, que guían nuestras actuaciones, pero que no obliga a modificar o limitar nuestras actuaciones. Y se necesitan otro tipo de valores o contenidos que permitan exigir límites a nuestras actuaciones para que en el futuro los humanos que estén por venir puedan también tener una vida digna, dignidad que es el centro de los derechos humanos y lo sigue siendo en el caso del derecho humano ambiental.

La crisis ecológica pone a la humanidad ante un reto que es garantizar la supervivencia y el progreso o desarrollo, dos intereses universalizables, en un mundo cada vez más limitado (de agotamiento de recursos naturales, de situaciones de amenaza como el cambio climático, la desertización, etc.); se necesitan orientaciones para discernir entre actuaciones ambientalmente correctas de otras que no lo son, entre comportamientos adecuados con nuestro entorno y los que incluso puedan considerarse delictivos. En definitiva, se necesita un criterio porque los valores (solidaridad, la justicia, el medio ambiente sano) pueden ser, en ocasiones, incompatibles, por eso hacen falta normas que regulen nuestras actuaciones con repercusión en el medio ambiente. Esta idea nos lleva a buscar el contenido del derecho a un medio ambiente en otros lugares, además del mundo de los valores (como la teoría de las necesidades y la teoría de los intereses).

C. El medio ambiente adecuado como valor humano compartido

Si los derechos humanos son aquellos que se consideran esenciales para permitir el desarrollo de una vida verdaderamente humana, podemos considerar un entorno natural adecuado como un valor clave para construir una concepción individual y conjunta de vida buena y justa.

No es necesario construir el valor "medio ambiente sano", basta con descubrirlo, pues es un valor que está presente en la sociedad, tal y como muestra la prioridad que se otorga a los temas ambientales en muchos ámbitos de la actividad humana.

En las sociedades occidentales, no siempre se ha valorado en su justa dimensión al entorno natural, ni hubo suficiente preocupación por el agotamiento de los recursos naturales como hoy en día. Hubo que esperar hasta mediados del siglo XX para reflexionar sobre la existencia de un valor como el ecológico. Como hemos visto, de ese extremo negativo que es la crisis ambiental surgió, si se puede decir así, el lado positivo del valor medioambiental, esto es, su reconocimiento.

Como refieren los especialistas, el consenso y la toma de conciencia generalizada nació con la sensibilización progresiva de la crisis ecológica a partir de los años 60 y 70. A partir de ese momento, el medio ambiente pasó a ser considerado un aspecto importante de lo que se consideraba un modo de vida deseable, al asegurar el bienestar psicofísico individual y colectivo, y en este sentido asegurar la dignidad del individuo (fundamento último de las tres generaciones de derechos humanos).

Decir que el medio ambiente es un valor compartido no significa que actualmente no existan comportamientos claros de destrucción o de corrupción y delictivos que dañan gravemente al entorno natural y que no respetan ni toman en consideración, no digamos a las generaciones futuras, sino ni siquiera a las presentes. Se habla por tanto de un valor que debiera ser concebido por todos, pero reconociendo que lamentablemente en la práctica no sucede de ese modo.

El concepto de medio ambiente, tal y como ocurría con el de ecología, no puede entenderse desde una perspectiva reduccionista como un concepto meramente natural o físico. Se trata de una realidad que incluye esta dimensión, pero también la realidad social, política, cultural, etc.

¿Qué se quiere decir cuando se afirma que el medio ambiente es un valor? Un valor es una orientación de la acción humana, porque da sentido a una vida humana. Y hoy, inmersos en plena crisis ecológica global, entendemos que un entorno natural sano es necesario para una vida digna, por eso puede constituirse como un derecho humano de tercera generación¹⁰.

10 Cfr. TOULMIN, A., *El puesto de la razón en la ética*, Alianza, Madrid, 1979, citado por CORTINA, A. (dir.), *10 Palabras claves en ética*, Verbo Divino, Navarra, 1994, pp. 414-415.

Cuando se dice que un medio ambiente sano es un valor, se implica todo un sistema de valores que incluye además los siguientes: un valor instrumental (en sentido tecnológico), biológico (como espacio en el que sobreviven los componentes del sistema ambiental), o productivo (como factor de producción indispensable en el ciclo económico), cognoscitivo (como objeto de conocimiento), estético, vital, espiritual, entre otros.

Se debe, por consiguiente, evitar una concepción reducida o limitada del medio ambiente que únicamente lo percibe como un valor biológico, aunado a que sólo una concepción amplia puede constituir la base de una potencial normatividad universalizable.

El concepto de valor está relacionado con el concepto de bien, pero mientras que "valor" es una propiedad de una cosa o una conducta, el concepto "bien" se asigna a aquella cosa que posee valor en sí¹¹. La naturaleza como valor significa su consideración como un bien para el ser humano, para la vida humana; pero también significa que su única realidad consiste en valer¹². Es decir, que atribuir valor a la naturaleza no significa que ésta tenga ningún tipo de ser especial. No estamos ante un valor en sí, pues es siempre el ser humano el que otorga a las cosas o conductas, en función de su interés, su significación de bien. En este sentido, nada tiene valor en sí, si no existe un sujeto valorador. Por tanto, los valores son siempre valores para un sujeto¹³.

D. La condición de ambiente adecuado como una necesidad básica

También se puede explicar el contenido del derecho a un medio ambiente sano desde la terminología de las necesidades. Afirmar que tenemos este derecho significa que un medio ambiente equilibrado constituye una necesidad humana, una necesidad fundamental o una necesidad básica o esencial para permitir el desarrollo de una vida verdaderamente humana. Las necesidades, junto a los valores, constituyen contenidos concretos que permiten explicar el derecho formal a un medio ambiente sano. Pero más que una necesidad, un medio ambiente sano remite a un conjunto de necesidades del ser humano, como una atmósfera en condiciones salubres, un suelo fértil, unas aguas no contaminadas, etc.

11 Cfr. FRONDI, R., *¿Qué son los valores?*, FCE, México, 1968, p. 13.

12 *Ibid.*, pp. 115-116.

13 Como afirma Marina, en un universo deshabitado, sin bebedor alguno, el agua no tendría ningún valor. Porque los valores son siempre valores para un organismo. "El sujeto y sus sistemas de preferencia son el *a priori* del valor". MARINA, J. A., *El misterio de la voluntad perdida*, Anagrama, Barcelona, 1997, p. 55.

Una de las explicaciones del por qué un medio ambiente sano constituye un valor para los seres humanos es porque es una necesidad para la humanidad. Sin embargo, no es decir lo mismo, por eso una teoría de las necesidades básicas puede constituir la interpretación necesaria del concepto formal de derecho ambiental, al constituir contenidos más concretos que el de los valores; así las necesidades humanas constituyen la base material del valor ambiental.

Sin embargo, no todas las necesidades de los humanos pueden considerarse igualmente significativas o valiosas, por ello necesitamos un concepto amplio de necesidades que permita incluir un medio ambiente sano como una necesidad básica para el ser humano. El punto de partida es el reconocimiento de que el ser humano es un ser de necesidades. Ahora bien, para determinar qué son las necesidades básicas, debemos iniciar reconociendo que, según Sempere, una necesidad es: *"un imperativo interior de los individuos humanos originados por su dependencia (natural o culturalmente construida) respecto a alguna realidad exterior al individuo, que el sujeto vive como una falta acompañada de una tendencia a satisfacerlas"*¹⁴.

Las necesidades son la expresión de la dependencia de los humanos respecto al medio exterior. Esta dependencia provoca un dinamismo que se origina en el interior del sujeto, un movimiento espontáneo que puede ser consciente o inconsciente, pero que si no es satisfecha provoca malestar. Por eso las necesidades, se dice, son motivadores o motores de la conducta humana, porque la dependencia impulsa la búsqueda de la satisfacción de la necesidad. Necesidades existen de todo tipo, desde las más elementales y metabólicas hasta las más complejas.

El concepto de necesidades básicas o primarias no es un concepto empírico con un referente observable y mensurable, sino más bien un concepto teórico, de ahí que sea difícil lograr un acuerdo sobre ellas. Sin embargo, se puede preferir una clasificación amplia de necesidades básicas, pues reducir éstas a las puramente físicas o fisiológicas significa aceptar pocas diferencias entre los animales y los humanos.

Aceptar necesidades como básicas no es negar la posibilidad de que sean variables (que no subjetivas) ni que sean universalizables. Porque, por un lado, los mínimos vitales varían según los individuos, las condiciones ambientales, las culturas, etc. y evolucionan a lo largo del tiempo. Y, por otro lado, se puede afirmar que las necesidades básicas son características empíricas

14 SEMPERE, J., *L'explosió de les necessitats*, Edicions 62, Barcelona, 1992, p. 28.

universales de los seres humanos¹⁵. La idea de universalidad debe entenderse en el sentido de que todos los seres humanos tienen esa necesidad, pero no necesariamente el contenido de la necesidad de que se trate, que ha de determinarse en cada situación concreta.

De esta consideración amplia de necesidad básica es posible incorporar hoy un medio ambiente sano en la lista de las necesidades más elementales. Mientras que la universalidad implícita en el concepto nos permitirá una salida normativa como punto de partida para fundamentar este derecho, puesto que las necesidades pueden servir como razones justificativas para defenderlo.

La cuestión es determinar cómo pasar del ámbito de lo fáctico (necesidades), al ámbito de lo normativo (derechos humanos). Agnes Heller, hoy en día, es considerada como imprescindible en el tema de las necesidades. La autora las define como "*disposiciones de sentimiento*" que deben ser reconocidas como reales. Y aporta un criterio para distinguir las que deben ser satisfechas de las que no¹⁶.

El criterio es de tipo kantiano: deben ser satisfechas todas las necesidades excepto las que conllevan la utilización de seres humanos como medios. Su trabajo resulta interesante para el tema ambiental, porque enfatiza el hecho de que las necesidades deben verse satisfechas dentro de una serie de límites (todas aquellas que implican la insatisfacción de las necesidades de otros seres humanos). A esas necesidades las llama "*necesidades radicales*"¹⁷.

En su concepción de las necesidades éstas pueden actuar como "*ideas regulativas*", es decir, ideas que marcan un horizonte crítico hacia donde la humanidad debería caminar, en el sentido de que las necesidades constituyen categorías de valor que regulan y orientan la conducta humana.

Para esta autora, la racionalidad o no de las necesidades depende del tipo de insatisfacción. Así, sería irracional la no satisfacción de una necesidad

15 Así, Sacristán afirma que no existen necesidades radicales, más que en un sentido trivial. "En general, la especie ha desarrollado en su evolución, para bien y para mal, una plasticidad difícilmente agotable de sus potencialidades y necesidades. Hemos de reconocer que nuestras capacidades y necesidades naturales son capaces de expansionarse hasta la autodestrucción". SACRISTÁN, M., *Pacifismo, ecología y política alternativa*, Icaria, Barcelona, 1987, p. 10. Y, por otro lado, vid. también ZIMMERLING, R., *Necesidades básicas y relativismo moral*, Doxa, núm. 7, 1990, p. 51.

16 HELLER, A., *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelona, 1995.

17 En lo tocante a la radicalidad o no de las necesidades, vid. también HELLER, A., *Por una filosofía radical*, El viejo topo, Barcelona, 1980. En esta obra expone el marco teórico o filosofía radical desde donde ha de entenderse su teoría de las necesidades y los valores.

en aquellas cuestiones en las que hay un consenso (como en nuestro caso el valor del medio ambiente). Y es racional aquella necesidad que puede aparecer como exigencia tanto en el terreno social como en el político (caso de los derechos humanos). De acuerdo con esto, exigir significa dar razones de por qué una necesidad concreta ha de ser cubierta¹⁸.

Ahora bien, una vez determinado que todas las necesidades racionales deben de ser satisfechas (ingrediente axiológico), el problema es dar con un criterio que permita decidir sobre la racionalidad o irracionalidad de tales necesidades básicas. La satisfacción de las necesidades, en todo tiempo y lugar, se ha visto dificultada por límites naturales y sociales, pero en las sociedades actuales se ha llegado al extremo de que esas limitaciones ponen en duda la propia supervivencia de la especie humana. Se hace necesario, por tanto, un criterio con un contenido diverso, el de entender al medio ambiente como un interés universalizable.

E. El medio ambiente como interés universalizable

Un medio ambiente sano además de ser un valor y una necesidad básica, es un interés humano. Un interés o un conjunto de intereses expresado en forma de exigencias por parte de la sociedad, en forma de movimientos sociales, pero también como exigencias en partidos verdes y no verdes (de un amplio espectro político). Lo anterior implica incorporar una tercera perspectiva que no es posible desligar de las dos anteriores, porque el concepto de interés también participa del concepto de valor ya que los intereses son deseos o impulsos que mueven a los seres humanos a alcanzar tales o cuales fines, que al mismo tiempo están relacionados con algo que tiene valor (o son considerados como un bien). Pero igualmente participa del concepto de necesidad, porque el que un medio ambiente sano constituya una necesidad básica para la especie humana, es una razón para defenderlo como un interés o exigencia humana.

Los intereses o exigencias ambientales constituyen un nuevo contenido del derecho ambiental y, dependiendo de cómo sean estos intereses, pueden constituir un paso más hacia un derecho que pueda garantizar un respeto de los seres humanos hacia su entorno natural. Un paso más en la concreción del contenido del derecho ambiental, porque los intereses y exigencias aportan razones, un contenido que no está implícito ni en los valores, ni en las necesidades básicas.

18 HELLER, A., "Sentirse satisfecho en una sociedad insatisfecha: dos notas", en HELLER, A. y FEHÉR, F., *Políticas de la postmodernidad. Ensayos de crítica cultural*, Península, Barcelona, 1989, pp. 162-197.

Se puede partir de la definición de Habermas de intereses como orientaciones básicas de las actuaciones humanas, necesarios para la reproducción y la autoconstitución de toda la especie humana. De este modo, afirmar que un medio ambiente sano constituye un interés, significa decir que sirve como una orientación básica para la actuación humana porque un medio ambiente es necesario no sólo para la reproducción de la humanidad, sino también para la autoconstitución de la humanidad. Un entorno natural adecuado es indispensable no sólo como interés vital de supervivencia, sino también como un interés progresista y de desarrollo, porque no sólo orienta la relación de los seres humanos con la naturaleza, sino también con los demás seres humanos.

El medio ambiente como interés, además de moral, puede ser de tipo económico, político, jurídico, social, tecnológico o propiamente ecológico. Por interés moral vamos a entender, todo interés racional (aquel que puede argumentarse racionalmente por los seres humanos) y todo interés generalizable (todo interés o valor que debe ser respetado siempre, porque afecta a toda la humanidad). Se puede concluir afirmando que interés generalizable es aquel interés común que es susceptible de universalización. Esto no significa que en este momento constituya un interés universal, sino que tenga condición de universalidad.

La conclusión de este apartado es en el sentido de que un medio ambiente sano puede convertirse en una exigencia legítima porque se trata de una exigencia de dignidad humana, una pretensión incondicional y porque su contenido es universalizable. Por ende, se asigna al derecho humano a un medio ambiente sano, el carácter de derecho de tercera generación, a fin de contribuir en la búsqueda de soluciones a la actual crisis ambiental, y su contenido se traduce en considerar al medio ambiente sano, a la vez, como un valor, como una necesidad básica y como un interés.

Puede entonces explicarse el reconocimiento de un derecho humano a un entorno natural digno, como inicio de una respuesta ética a esta problemática global, a manera de plataforma para pretender después justificar la aplicación normativa y práctica de la exigencia de ese derecho, incluyendo el derecho punitivo, configurando un marco racional más amplio de responsabilidad, que abarque derechos, obligaciones y, en su caso, sanciones.

IV. Reconsideración de la colectividad como titular de derechos difusos y por tanto como víctima del delito ecológico

Si se admite que la exigencia a un medio ambiente adecuado es un derecho difuso, entonces es pertinente precisar a quién corresponde el carác-

ter de titular de ese derecho y si es posible igualmente estimar a dicho titular como víctima de su afectación potencial en términos de política criminológica.

Se trata de evidenciar la importancia de la víctima de los delitos ecológicos, entendida ésta como la sociedad en su conjunto e incluso la humanidad misma, incluyendo una concepción de trascendencia respecto de las generaciones futuras.

Para desarrollar este tópico, un primer planteamiento que debe atenderse es el relativo a considerar o no a la "*Comunidad Internacional*" como titular de bienes jurídicos, pues de ello dependerá obviamente la afirmación y, en su caso, definición de la identidad de la víctima o clases de víctimas que pueden generarse con motivo de la comisión de esa clase de delitos generalmente identificados como "*crímenes contra la humanidad*".

Lo anterior conduce, por una parte, a una debatida cuestión filosófica relativa a la naturaleza de universalidad y posible homogeneidad (al menos en lo posible) de los derechos humanos, o bien su dispersión y diametral individualismo mediante corrientes relativistas o consensualistas. Por otro lado, se presenta un aspecto vinculado con las tendencias ideológicas, mediáticas y políticas, que inciden en los criterios de los organismos oficiales de derecho internacional, que van desde las concepciones clásicas a las transformaciones del último siglo, inclinadas hacia el reconocimiento progresivo de una mayor amplitud en cuanto a la consideración de los posibles sujetos del derecho internacional, admitiéndose así la presencia de organizaciones y entidades tanto estatales como no gubernamentales y de diversa naturaleza (individual, colectiva y difusa o abstracta).

Evidentemente que ambas cuestiones entrañan puntos de conexidad e interdependencia, sin embargo, igualmente admiten un enfoque metodológicamente distinto, de acuerdo con el punto de vista en que se sustente (político, económico, filosófico, jurídico...). Nosotros abordaremos esta cuestión exclusivamente en el contexto de los derechos fundamentales del hombre, pues es ésta la perspectiva que corresponde en cuanto a la posible identificación como víctimas de quien o quienes resienten la limitación, menoscabo o destrucción de esa clase de derechos vinculables con bienes jurídicos penalmente tutelables o dignos de prevención y protección generalizada, precisamente por no tener carácter distributivo pero sí participar de la naturaleza esencial de los llamados derechos del hombre, la de ser inherentes a la condición de persona o ser humano y al valor o principio irreductible que le corresponde de manera fundamental o implícita.

Por cuanto hace a lo primero, a la concepción filosófica de la universalidad de tales derechos, nos adherimos al criterio de quienes lo estiman como algo no sólo posible sino indiscutible, pensadores como Mauricio Beuchot que dan cuenta del fundamento de ello.¹⁹

Así, iniciando por reconocer el marcado debate entre las posiciones extremas de universalidad (esencialista, igualadora mediante imposición y consecuente opresión) y perspectivismo o relativismo (que niega la existencia de fundamentos objetivos de los derechos y que sólo ve al individuo y con ello lo particular y subjetivo de la aceptación y posible consenso respecto de los derechos susceptibles de ser reconocidos, lo que conduce a la dispersión ilimitada, que no concibe la posibilidad de reunir a los seres humanos con un fundamento común, más allá de circunstancias culturales específicas y concretas); debe atenderse a la posibilidad de encontrar o no, la corrección o confirmación de alguna de esas posturas radicalmente opuestas, o tal vez, admitir una posición intermedia, es decir, la posibilidad de *"un modo de universalización que respete las diferencias de los hombres y de las culturas, y al mismo tiempo alcance la igualdad que sea posible lograr"*, a lo que nosotros llamaríamos "posición racionalmente depurada".²⁰

El mismo Beuchot, explica la forma en que los pensadores postmodernos, como reacción contra un pretendido universalismo *"imposible"* e *"ilusorio"* que, dicen, *"arranca las diferencias y lleva a la igualdad impuesta y opresiva, como ellos aseveran"*,²¹ se desplazan al extremo opuesto del péndulo sosteniendo en cambio posiciones de particularismo²² perspectivista y relativista a fin de cuentas.

Para el profesor italiano Norberto Bobbio, maestro de Turín, *"buscar fundamento a los derechos humanos es aducir motivos para justificar la elección que hemos realizado y que querríamos realizaran también los demás (...) La única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado como*

19 Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Derechos Humanos: historia y filosofía*, Fontamara, 2ª reimpresión, México, 2004, pp. 61 y ss.

20 *Ibid.*, p. 62.

21 *Idem*

22 Cfr. RORTY, Richard, "Are Assertions Claims to Universal Validity?", en C. B. GUTIÉRREZ (ed.), *El trabajo filosófico de hoy en el Continente*, Bogotá: Sociedad Iberoamericana de Filosofía-Sociedad Colombiana de Filosofía, 1995, pp. 71-82, citado por Beuchot, Mauricio, *ob. cit.*, p. 61. En la misma línea se citan trabajos y entrevistas relativas al pensamiento de Lyotard y otros a quienes su relativismo tendría que llevarlos a "negar la validez de los derechos humanos" aunque "no se atrevan" a ello, pues, por ejemplo, el propio Lyotard, con el fin de "salvar al humanismo en contra de la tecnocracia", llegó a proclamar la necesidad de salvaguardar "algo común a todos los seres humanos". Cfr. B. GRUAGMOLO, "Jean Francois Lyotard. Capitalismo a la Marx", en *El Mercurio. Suplemento Artes y Letras*, Santiago de Chile, octubre 24 de 1993, pp. 8-9, cit. por BEUCHOT, Mauricio, *ibid.*, p. 67, nota 9.

humanamente fundado y, por tanto, reconocido, es la prueba del consenso general acerca de su validez".²³

Otro de los criterios de corte consensualista es el de Perelman, que en opinión de Saldaña Serrano, "intenta colocarse en una postura intermedia entre el derecho natural y el derecho positivo para la justificación del derecho".²⁴

La subjetivización en la determinación de los derechos humanos, a lo que conduce la postura de Bobbio, no resulta admisible, pues el pretendido "fundamento" dependería, de ser el caso, de la ideología personal o grupal de que se tratara, en el supuesto de alcanzar un acuerdo común o consenso, otorgándoseles entonces a los considerados como derechos un simple carácter de ideología aceptable o compatible, en circunstancias concretas de tiempo y espacio, lo que implica su relativización evidente.

Como refiere Saldaña Serrano, otro de los puntos objetables de la tesis planteada por Bobbio, es la afirmación de una "*presunta aceptación generalizada de los derechos humanos*", ya que el hecho de que históricamente tuviera lugar la declaración "*universal*" sobre tales derechos, sólo demuestra la preocupación por protegerlos, pero no la existencia de convicciones generalmente compartidas, es decir, el consentimiento teórico sobre el contenido y naturaleza de los mismos, al grado de hacer innecesario el seguir buscando y argumentando acerca de su fundamento desde la filosofía.²⁵

Para Perelman, el concepto de racionalidad se sustituye por el de razonabilidad, y desde esa perspectiva los derechos humanos serán aquellos admitidos "*razonablemente*" por el grupo desde un punto de vista de lo "*normal*", lo "*razonable*", a lo que puede objetarse con razón, que esa pretendida "*razonabilidad*" es contraria a la objetividad, transitando igualmente hacia los terrenos de la relatividad, pues se presupone una condición de "*auditorio universal*", integrado necesariamente por hombres "*normales y competentes para juzgar*", sin embargo, como sostiene críticamente Saldaña Serrano, ¿cuáles son los criterios con los que se ha de juzgar quiénes son hombres normales

23 BOBBIO, Norberto, "Sul Fondamento dei diritti dell'uomo", en *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 121. También del mismo autor vid. "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 10, citado por SALDAÑA SERRANO, Javier, "¿Sirve el consenso para fundamentar los Derechos Humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaim Perelman)", en Javier SALDAÑA (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos: una propuesta filosófica*, UNAM, México, 2001, p. 199.

24 *Ibid.*, p. 206.

25 *Ibid.*, p. 204.

y quiénes no?, ¿quiénes realizarían esta selección?, además de cuestionarse si podrá existir un punto de referencia a partir del cual los “*hombres normales*” puedan llegar a juzgar qué o cuáles son los derechos humanos y cuáles no, así como el por qué de esa determinación.²⁶

Beuchot, por su parte, habla del “*universal analógico y dialógico*”, que consiste, dice, en congregar cognoscitivamente varios elementos respetando sus diferencias principales. Así, desde su perspectiva, la referida concepción iniciada por Aristóteles, puede replantearse hoy a fin de alcanzar “*un tipo de universal diferenciado, que exige matización, que presenta y exhibe la distinción, y que también permite un mínimo de uniformidad suficiente, de manera que no invalide las inferencias*”.²⁷

El mismo autor manifiesta la coincidencia entre su postura con lo que sostienen los “*teóricos del diálogo y de los mínimos morales*”, en relación con la fundamentación de los derechos humanos, citando como ejemplo, en España, a Adela Cortina, quien refiere que:

*“... los derechos humanos son los mínimos exigibles, a diferencia de los máximos con los que se tiene que convivir en una sociedad pluralista. Pluralismo no significa obviamente «politeísmo axiológico», es decir, no significa que no haya entre los ciudadanos nada en común, sino todo lo contrario: precisamente el pluralismo es posible en una sociedad cuando sus miembros, a pesar de tener ideales morales distintos, tienen también en común unos mínimos morales que les parecen innegociables y a los que han ido llegando motu proprio y no por imposición”.*²⁸

Beuchot sostiene la posibilidad de que sin renunciar al carácter subjetivo de los derechos se pueda señalar su dependencia de lo objetivo, que se da en las relaciones con los demás, en el ámbito comunitario, afirmando que la “*fraternidad*” como elemento de equilibrio entre igualdad y libertad, puede llevar a reducir la tensión entre ambos extremos y a obtener lo que llama “*equidad analógica, proporcional*”.²⁹

26 Un análisis crítico sumamente interesante es el que se contiene en los trabajos de SERNA BERMÚDEZ, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 13 y ss.; también de CORREAS MASSINI, C. I., *Filosofía del Derecho: el derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 104 y ss. Ambos citados por SALDAÑA SERRANO, Javier, *ob. cit.*, pp. 197-214, notas 1, 3, 5, 7, 15, 17, 18, 21, 33, 34 y 54.

27 BEUCHOT, Mauricio, *ob. cit.*, p. 63.

28 Cfr. CORTINA, Adela, *Ética civil y religión*, Madrid, PPC, 1995, pp. 70-71, citado por BEUCHOT, Mauricio, *ob. cit.*, pp. 63-64, notas 2 y 3.

29 *Idem*

En concordancia con lo afirmado por Jesús Ballesteros,³⁰ se puede partir de la idea de suplir o sustituir el “modelo de propiedad, que tienen los derechos humanos, por el modelo de la calidad de vida, la cual puede ser compartida por todos. Hablar de “lo inalineable” en vez de “lo inviolable”. Al respecto, el mismo Ballesteros sostiene que ahora “de lo que se trata no es tanto de defender los derechos frente al Estado como en el caso de la ‘libertad de los modernos’ o derechos de la primera generación, sino de defenderlos frente al mercado, e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos”.³¹

Lo anterior nos parece de gran importancia pues efectivamente el derecho de igualdad (como acceso y permanencia de vida en condiciones de elemental derecho a existir) y de libertad, deben salvaguardarse del abuso en el ejercicio de ese propio derecho (“libertad”), de parte de quienes como sujetos individuales o colectivos, bajo criterios de “propiedad”, “autoridad”, “autonomía” o “soberanía” realizan actos que atentan contra la posibilidad de permanencia o potencial disfrute de esos mismos derechos (esenciales) por parte de los demás, refiriéndonos con esta expresión a todo aquel que constituya un ente receptor de la categoría de ser humano y de la dignidad que le debe ser inherente como principio.

De ello se sigue, en nuestra opinión, la concurrencia de un efectivo elemento común a todo integrante de la especie humana, la condición de ser vivo perteneciente a ella y el potencial ejercicio y desarrollo de ese derecho a vivir, derecho que por tanto, trasciende al individuo en lo particular o unisubjetivo y abarca en cambio, genéricamente, a la especie misma de humanidad cuya existencia es una realidad indiscutible de la que deriva el consecuente derecho a subsistir, reproducirse, evolucionar y desarrollarse en el tiempo y en el espacio; en el plano universal.

Por consiguiente, más que los “derechos de generaciones futuras” (que suele ser un argumento criticado por quienes niegan los derechos de la humanidad, por ejemplo, en materia de medio ambiente), el indiscutible derecho a subsistir y trascender hacia el futuro; es un derecho inalienable de la humanidad presente, de la especie humana que existe, aspira y merece permanecer sobre la faz de la tierra e incluso sobrepasando sus límites.

En tal virtud, nuestra conclusión en este apartado, es afirmando la existencia de esa clase de derechos generales o universales inherentes a la espe-

30 Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 54 y ss.

31 *Ibid.*, p. 147.

cie humana en su conjunto y no sólo a algunos de sus miembros, por ende, los entes o titulares de ellos son a la vez todos y cada uno de los seres que conforman la humanidad como ente supraindividual, aunque tome de él (el individuo) su esencia y justificación existencial.

En este sentido baste reiterar lo indiscutible que hoy en día resulta la afirmación de estimar a la "humanidad" como sujeto de derecho internacional, ello derivado de los criterios de la propia Organización de las Naciones Unidas, mediante la aceptación de expresiones como la de "patrimonio común de la humanidad". Así, como refiere Teresa Moya Domínguez, en el seno de dicha institución (ONU) la idea logró imponerse progresivamente, primero en la Comisión de Espacio Ultraterrestre y luego en la Comisión de Fondos Marinos (Tercera Conferencia del Mar), proyectándose luego al derecho ambiental internacional y al derecho internacional de las comunicaciones, llegándose así a considerar a la humanidad, como titular de patrimonios como la Amazonia y la Antártida.³²

Hablamos por consiguiente de la teoría de los bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, difusos, generales o también llamados comunitarios o macrosociales, a los que de manera sintetizada pero ejemplar se refiere el maestro Márquez Piñero³³, destacando de inicio los nuevos paradigmas que en las sociedades actuales, al menos en el aspecto cultural, se han ido separando de los tradicionales en cuanto a "la imagen ideal de la personalidad" del individuo singularmente considerado "desplazándose hacia una culturización masificadora de la sociedad postmoderna y postindustrial".³⁴

El maestro Piñero en cita de Schünemann, Bustos Ramírez y Silva Sánchez, nos recuerda algunos de los aspectos caracterizadores de la situación que presentan estas sociedades, a saber: "a) todo está prefabricado y producido; b) todo es indeterminado; c) todo se transforma en entretenimiento; y e) todo el mundo, público y vecinal, aterriza en una secuencia de universos de masas", dando lugar a la transformación del "Estado intervencionista democrático de Derecho".³⁵

32 Cfr. MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa, *Manual de Derecho Internacional Público*, EDIAR, Buenos Aires, 2004, pp. 92 y ss.

33 MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, Porrúa, México, 2001, p. 227

34 *Ibid.*, p. 228.

35 Vid. SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana*, trad. M. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, pp. 23 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política Criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed., B de f, Buenos Aires, 2006, pp. 21 y ss. También cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Los Bienes Jurídicos Colectivos", en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 188 y 189, citado por MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, ob.

Surgen, pues, además de los tradicionales bienes jurídicos de corte individual, otros de carácter supraindividual, lo que propicia nuevas problemáticas para el Estado a partir de la necesidad de acotar o determinar el contenido de esta nueva clase de bienes, cuyo reconocimiento produce, sin duda, por lo menos la afectación y consecuente replanteamiento de la "teoría personal del bien jurídico", lo cual, como refiere también Márquez Piñero,³⁶ produce igualmente la exigencia de la intervención del Derecho Penal moderno acorde con la protección de esos bienes valorados en las sociedades actuales y conforme a los criterios de protección igualmente contemporáneos, de frente a las esperanzas de la humanidad respecto del nuevo milenio.

Es evidente la dificultad de hoy en día para afirmar la delimitación clara de un concepto de bien jurídico, como criterio limitador del "*ius puniendi*", sobre todo si se toma en cuenta que las actuales legislaciones penales caracterizan o contemplan como ilícitas diversas conductas catalogadas como "*antisociales o disfuncionales*", lo cual obviamente no podría entenderse con un concepto rígido y únicamente individual de bien jurídico.³⁷

Esa evolución se explica de manera muy ilustrativa con las palabras de Silva Sánchez, cuando afirma: "*el bien jurídico es más que un concepto estático e inmutable, resulta ser una noción funcionalmente conformada, razón por la cual su determinación y protección debe tener muy en cuenta la complejidad actual de las relaciones sociales*".³⁸

Se ha relacionado con este estado de cosas la aparición de los llamados *delitos de peligro abstracto*,³⁹ pues a través de ellos sí pueden verse afectados o puestos en peligro los referidos intereses de carácter colectivo, comunitario, social o supraindividual.

Los nuevos desafíos de las sociedades actuales, respecto de la protección de esa clase de bienes jurídicos, tanto en el orden económico como

cit., pp. 227 y ss.

36 *Idem*

37 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 160 y ss.

38 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 267 y ss.

39 Este concepto es manejado por la dogmática jurídico-penal alemana, por ejemplo, para atender conductas delictivas inherentes al ámbito económico y especulativo, al respecto vid. TIEDEMANN, Klaus, "La Parte General del Derecho Penal Administrativo de la Comunidad y de los Estados Miembros", en *Lecciones de Derecho Penal Económico*, trad. Vicente Martínez, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, citado por MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *ob. cit.*, p. 231, nota 97.

en el ámbito de intervención ampliado a todos aquellos supuestos donde la tecnología y la modernidad genera la potencial afectación a la calidad de vida, al medio ambiente o entorno ecológico, o en general a la humanidad como género, se traducen en problemas difíciles de resolver precisamente por la complejidad que les es propia, de manera que autores como Hassemmer⁴⁰ utilizan la expresión "Derecho Penal Moderno" refiriéndose al derecho penal objetivo ("*ius poenale*"), o normatividad punitiva tendente a enfrentar esos nuevos retos, lo cual, como sintetiza el maestro Márquez Piñero *supone una visión distinta del problema penal en la actualidad*.⁴¹

En la misma tesitura puede comprenderse lo acertado de las afirmaciones relativas a la caracterización o pretendida delimitación de la criminalidad emergente en estos tiempos de globalización, así, tanto estructural como materialmente, ese tipo de criminalidad permite advertir aspectos concretos de organización y funcionalidad compleja (empresas del crimen eficazmente organizadas y administradas), y de gran poderío y repercusión, económica, política y social de sus efectos. Aunado a ello, como refiere Alicia Gil, tal tipo de criminalidad tiene gran capacidad de desestabilización de mercados y corrupción de funcionarios y gobernantes, lo que incide de forma drástica, dice, en la afectación, deterioro o puesta en peligro de toda clase de bienes jurídicos, esto es, tanto individuales como supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios.⁴²

Derivado de todo ello, coincidimos con el maestro Márquez Piñero cuando sostiene que "*La aparición del Derecho Penal Internacional Sustantivo debe empezar con la idea de que su función es, como la del Derecho Penal interno, la protección de bienes jurídicos (...)* De ahí que, por consiguiente, el Derecho Penal Internacional proteja los bienes vitales que constituyan el orden internacional, es decir, los que son más relevantes frente a las conductas típicas de mayor gravedad."⁴³

40 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. Patricia Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, pp. 238 y ss.

41 MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, ob. cit. p. 232.

42 Cfr. GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 25 y ss., citado por MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, ob. cit., p. 235.

43 *Idem*

Ya sea que se adopte una postura congruente con teorías dualistas del bien jurídico,⁴⁴ o bien con alguna de las posiciones de la teoría monista,⁴⁵ el caso es que no cabe duda sobre el reconocimiento general de que, la existencia de esa clase de bienes colectivos o supraindividuales y la problemática de su protección, principalmente a través de los delitos de *peligro abstracto*, es una de las características más representativas del “Derecho Penal Moderno”, con todas las implicaciones que trascienden al campo del Derecho Procesal, como puede ser el aspecto de exigencia probatoria del daño o puesta en peligro y la titularidad de los bienes jurídicos, relacionada ahora con víctimas de carácter difuso.

La víctima constituye, por consiguiente, un ente indefectiblemente vinculado con la titularidad, goce o disfrute de bienes jurídicos protegidos pero afectados, a final de cuentas, por la acción delictiva o antisocial, es decir, por el delito. Por tanto, en un auténtico Estado democrático de Derecho y en la medida en que la protección de bienes jurídicos⁴⁶ se reconozca como uno de los fines primordiales del derecho penal (“*ius poenale*”), será indiscutible la necesaria protección de los derechos de la víctima u ofendido como medio indispensable para alcanzar los propios fines (o el debido cum-

44 Para esta teoría se distinguen con nitidez dos clases de bienes jurídicos: a) individuales (la vida, la libertad, la integridad, el patrimonio), y b) supraindividuales o colectivos (la salud pública, derechos económicos y sociales, el medio ambiente, etc.), siendo uno de los principales partidarios de su desarrollo Klaus Tiedemann. Vid. del citado autor *Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 10 y ss.

45 Una de esas posiciones es la teoría monista personalista, defendida principalmente, entre otros, por Hassemer y Muñoz Conde, de acuerdo con la cual se pretende que los intereses generales (sociales y del Estado) se funcionalicen en torno o con base al individuo a fin de tener validez, lo que implica la idea de que los bienes supraindividuales o colectivos sólo se consideren como tales (bienes jurídicos dignos de protección) siempre y cuando no estén en contradicción con los intereses del individuo, criterio este último que por cierto no compartimos, pues no puede resultar aceptable que el poder político y económico de alguien (la empresa privada o el individuo físico) pueda decidir arbitrariamente sobre los bienes de interés general y prevalecer así el pretendido derecho de uno frente al derecho de todos. Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 28-30.

46 Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 4ª edic., con la colaboración de Miguel POLAINO ORTIS, Bosch, Barcelona, España, 2001, p.175, nota 1. En esta obra, el distinguido maestro español señala los términos en que algunos autores, como FERRAJOLI y SERRANO-PIEDecasas, distinguen entre “fin” y “función” de la pena: lo primero, dicen, responde a la cuestión “para qué sirve la pena”, en tanto que la segunda expresión atañe al análisis empírico-social descriptivo acerca de los “efectos de la pena en la sociedad”, es decir, que mientras uno opera en el plano del “ser”, el otro actúa en el “deber ser”; también en sentido semejante, cita a Ernest-Joachim LAMPE, quien distingue entre pena y penalidad con la misma división entre ser y deber ser, empero, para el maestro español, dicha distinción meramente teórica no encuentra siempre correlación en la práctica, pues queda desvirtuada desde el momento en que el fin preventivo de la pena se lleva a cabo. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho Penal Mínimo, poder y control”, en *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, Barcelona, 1986, p. 25 y ss.; José Ramón SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho. Presentación y anotaciones de Derecho Penal Peruano*, Gráfica Horizonte, Lima Perú, 1999, p. 56 y ss.

plimiento de las funciones) del derecho penal entendido como reparador y suficientemente efectivo para lograr también las metas, no sólo de reafirmación de la identidad de las normas penales, sino de su justificación misma y su aceptación para la pacífica y racional convivencia social⁴⁷.

Se trata pues de reconocer las exigencias penales racionalmente justificadas de sanción y reparación de los daños causados a los bienes colectivos y en perjuicio de la humanidad.

Resulta claro que toda forma de comisión delictiva o comportamiento penalmente relevante, presupone la real o potencial afectación de bienes jurídicos dignos de tutela punitiva, consecuentemente, podría igualmente decirse que a cada una de las formas de victimización se correspondería una perturbación respecto de los derechos de aquel o aquellos titulares de los bienes afectados por cada delito, destacando en la actualidad los que son característicos de las tendencias punitivas de las sociedades complejas del mundo globalizado actual, es decir aquellos que afectan derechos llamados de tercera generación.

Tratamos de evidenciar en este apartado que entre los delitos contra la humanidad, cualesquiera que fuesen, existe un común denominador: la afectación de la humanidad como víctima y, por tanto, la imposibilidad de tratamiento y solución de las respectivas problemáticas (con alcances y magnitudes similares), por parte de los sistemas de derecho penal tradicional de competencia local, estatal o regional. Es decir, la consecuencia lógica de reconocer la necesidad de contar con sistemas o consensos que permitan la realización de acciones de carácter internacional para su tratamiento.

Como refiere la maestra Mendoza Bremauntz, *"cada día se cobra más conciencia de que la tierra es una sola y que los perjuicios de estas activida-*

47 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001, p. 128; además señala que la función preventiva (especial y general) de evitación de futuros delitos, y -por tanto- de prevención de determinados bienes jurídicos frente a determinadas lesiones o puestas en peligro (por parte del propio delincuente o de la sociedad en su conjunto) es compatible con la idea de la protección de la identidad normativa de la Sociedad, porque ésta es una consecuencia de aquélla. El mismo autor precisa la misión de "protección de bienes jurídicos" como parte de la "función tutelar-preventiva", que afirma es una de las funciones del Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, *ob. cit.*, p. 188. Cfr. también Juan J. BUSTOS RAMÍREZ, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 58. También Santiago MIR PUIG, hace énfasis en la concepción de un Estado democrático de derecho y las características que le son inherentes, conforme a las cuales tal Estado habrá de asumir varias funciones en tanto social, deberá legitimarse como sistema de protección de los ciudadanos y como Estado democrático deberá someter la prevención penal a una serie de límites, destacando también el carácter "fragmentario" de la protección penal de los bienes jurídico-penales. *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., reimpresión, B de F, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 104-128.

des dañinas repercuten en todos los que la habitamos y tendrá consecuencias peores en las generaciones que vienen”⁴⁸.

En ese mismo sentido, por lo que ve al carácter transnacional y global del problema del daño ambiental, se ha manifestado la Organización de Naciones Unidas (ONU),⁴⁹ al declarar:

“La utilización masiva de herbicidas químicos, detergentes y fertilizantes inorgánicos, la descarga de grandes cantidades de gases a la atmósfera, la eliminación descuidada e indiscriminada de desechos industriales tóxicos y radioactivos, para no mencionar más que los ejemplos más destacados, no se pueden seguir considerando como acciones limitadas a los poderes discrecionales y la jurisdicción de un único país. El daño que ocasionan al medio ambiente y por consiguiente a la vida y a los bienes, no se detiene en las fronteras nacionales”.

En nuestra opinión, cualquier afectación al medio ambiente, de mayor o menor manera y en mayor o menor tiempo, afectará a la estabilidad ambiental del planeta en general, sin embargo, efectivamente, como mencionamos antes, no todo tipo de contaminación es de igual proporción ni tampoco imputable a la actividad humana y, sobre todo, de manera intencional o evitable; de ahí que como parte de nuestro planteamiento se acude a la necesidad de una nueva categorización del que llamamos “delito ecológico internacionalmente sancionable o de impacto transnacional grave.”

Consideramos que, tal y como ocurre con el “genocidio”, “crímenes de lesa humanidad” y “crímenes de guerra”, la causación de daños graves a la estabilidad ambiental del mundo; la corrupción o negación gubernamental para corregir o sancionar actividades dañinas para el planeta, por parte de individuos o empresas nacionales o transnacionales, debe ser también ámbito de aplicación del Derecho penal, no sólo a nivel local sino también internacional, pues al igual que en aquellos tradicionales “delitos contra la humanidad”.

Esa semejanza en la magnitud de la afectación para la humanidad es una de las razones por la que creemos válida y legítima la intervención del derecho penal, incluso a nivel internacional, pues dada la trascendencia de los bienes en juego, y consecuentemente su carácter de tutelables y penalmente relevantes (por ser indispensables para la vida misma y consecuente

48 Cfr. MENDOZA BREMAUNIZ, Emma, *Delincuencia Global*, Lerner, Córdoba, 2005, p. 247.

49 ONU, A/CONF. 144/7, p. 13.

presupuesto de todo tipo de desarrollo humano), se cumple cabalmente con el principio de “*ultima ratio*” o “*intervención necesaria*” del derecho penal, entre otros que lo justifican y configuran, de modo que, para nosotros, resulta criticable la pasividad con que hasta ahora se ha reaccionado por parte de la comunidad internacional, en tal aspecto.

Derivado de lo expuesto, sostenemos conforme a nuestra propia tipología victimal⁵⁰, que los delitos ecológicos o ambientales, según el caso y forma de realización, al igual que los tradicionales e inicialmente considerados como crímenes “*contra la humanidad*” (genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad), pueden dar lugar a la generación de víctimas de diversos tipos (*directas* ya sea en sentido jurídico penal estricto o en sentido jurídico de vinculación extensiva, o bien, *indirectas*, por su afectación en sentido amplio ya sea de manera individual o colectiva)⁵¹.

V. Conclusión

Consideramos indiscutible la afirmación de que las exigencias ambientalistas de las sociedades contemporáneas pueden ser consideradas como valor, como interés y, por lo tanto, como un bien universalizable con carácter de derecho humano difuso o de última generación.

Partiendo de esa plataforma es dable igualmente sostener que el titular de esa clase de derecho es la comunidad universal en su conjunto, esto es, la humanidad misma abarcando generaciones presentes y futuras desde la perspectiva que la ubica en el cosmos como una especie con derecho a la subsistencia.

Además, derivado de ese carácter de titular del derecho en cuestión, que a su vez es catalogable como bien jurídico difuso o colectivo, puede igualmente estimarse a la humanidad como víctima de todo acto concebible como delito ecológico de especial relevancia o internacionalmente sancionable a partir de la categorización del que se considera como delito de tales características.

50 En relación con estas tipologías cfr. LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, Porrúa, México, 2009, pp. 19 y ss.

51 En este sentido, como refiere Narváez Quiñonez, el daño de carácter ambiental puede afectar tanto “bienes difusos” y también “intereses particulares, individuales”; de los primeros, la titularidad compete a la comunidad, pero en ambos casos puede proceder la reclamación de indemnización por daños y perjuicios. Cfr. NARVÁEZ QUIÑÓNEZ, Iván, *Derecho Ambiental y Sociología Ambiental*, Cevallos, Quito, 2004, p. 419.

Así, aun partiendo de la idea tradicional y generalmente aceptada de identificar al sujeto pasivo del delito con la titularidad del bien jurídico, puede concluirse entonces, como hacen Blanco Lozano, García Hernández y Beltrán Ballester, al igual que muchos otros en la doctrina española, que en el caso del o los delitos ecológicos, el sujeto pasivo tendrá una "especial configuración", pues si la titularidad del bien jurídico "medio ambiente"⁵² no corresponde o pertenece, en exclusiva, a ninguna persona en particular sino a la colectividad o humanidad en su conjunto, es pues evidente que será ésta quien resienta el perjuicio del menoscabo ambiental.⁵³ Y es por esa razón que después de considerar justificable la afirmación de que las exigencias ambientales pueden considerarse como derecho humano difuso y que la humanidad misma es titular de dicho derecho, entendido también como bien jurídico penalmente relevante, se finca entonces la plataforma para pretender justificar a su vez una jurisdicción penal internacional, tratándose de los delitos ecológicos internacionalmente sancionables en función de la naturaleza global y universalizable tanto del derecho afectado como de la víctima, quien lo resiente y la posibilidad fáctica de atención eficaz, que por deducción lógica debe ser igualmente de carácter global, aún en el ámbito penal respectivo. ■

52 En cuanto a la definición de "medio ambiente", en España, por ejemplo, destaca la propuesta por BACIGALUPO, referente a "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales." Cabe aclarar, no obstante, que la afirmación de que en el delito ecológico las víctimas somos todos, persistirá, con independencia de la definición que de medio ambiente se llegue a utilizar.

53 En lo tocante a la determinación del sujeto pasivo en el delito ecológico propiamente entendido, BLANCO LOZANO, después de considerar la peculiaridad y magnitud de los daños, concluye afirmando que "éste no es otro que la propia humanidad". Cfr. BLANCO LOZANO, Carlos, *El Delito Ecológico. Manual Operativo*, Montecorvo, Madrid, 1997, p. 105. Cfr. también BELTRÁN BALLESTER, E., *El delito ecológico*, Poder Judicial, 2ª. Época, núm. especial IV, 1998, pp. 91 y ss.



**La constitucionalización del
ordenamiento jurídico mexicano: un
apunte (teórico-jurídico) sobre la
reforma al artículo primero de la
Constitución**

Ramón Ortega García*

* Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.
Candidato a Investigador Nacional por CONACYT.

1. Introducción

En este ensayo argumentaré que el artículo primero constitucional, reformado el diez de junio de dos mil once, ha introducido un proceso de cambios en el ordenamiento jurídico mexicano cuyo resultado ha sido la transformación de sus más importantes señas de identidad. En el léxico jurídico especializado hay un término que se usa para nombrar a ese proceso de cambios: constitucionalización. Se dice que un determinado ordenamiento jurídico está *constitucionalizado* cuando exhibe ciertos rasgos peculiares como consecuencia de dicho proceso. En las páginas que siguen me propongo examinar qué se entiende por constitucionalización de un ordenamiento jurídico, cuáles son sus principales condiciones y qué efectos derivan de que en un ordenamiento jurídico se produzcan semejantes cambios. La tesis central que sostengo es que el derecho nacional mexicano ha sido constitucionalizado – al menos parcialmente- a raíz de la reforma al artículo primero constitucional. Asumiendo esta idea como guía de mis futuras reflexiones, distinguiré, de la manera en que lo han hecho varios autores, un par de fenómenos concatenados: uno es propiamente la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entendido como un proceso de cambios, en tanto que el otro es la teoría general que busca dar cuenta de ese proceso y de su resultado. Para aludir a esta teoría se ha venido utilizando el concepto de neoconstitucionalismo¹. A pesar de ser fenómenos que se manifiestan en niveles o planos

¹ Dice Comanducci que el nombre de neoconstitucionalismo surgió a finales de los años noventa en el seno de la Escuela genovesa de teoría del derecho para designar a un conjunto de tendencias pospositivistas de la filosofía jurídica contemporánea que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. Según sus partidarios –afirma-, el neoconstitucionalismo es una doctrina que nace justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar y, en algún sentido, suplantarlo tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo.

Ahora bien, aunque la expresión “neoconstitucionalismo” es relativamente reciente, los cambios doctrinales a que se refiere comenzaron a gestarse en Europa hace treinta o cuarenta años, a partir de la segunda posguerra. Cf. COMANDUCCI, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 251-264 [también publicado en *id.*, *Democracia, principios e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, edición de Rafael Escudero Alday, Ara editores, Lima, 2010, pp. 247-261].

Si bien Comanducci ha definido y caracterizado con precisión al neoconstitucionalismo, distinguiendo tres variantes del mismo –teórico, ideológico y metodológico- con base en la clásica tripartición bobbiana del positivismo jurídico, es considerado uno de sus más acérrimos críticos, lo mismo que Guastini y otros miembros de la Escuela genovesa. Simultáneamente, y por paradójico que resulte, los autores que suelen vincularse al neoconstitucionalismo –Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky-, ni se presentan ni se reconocen a sí mismos como neoconstitucionalistas.

La literatura jurídica sobre el neoconstitucionalismo es extraordinariamente abundante. Algunas obras conocidas son: ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 1995, pp. 173; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999, pp. 106; SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 254; POZZOLO, Susanna, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 197; CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 286; BONGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità*

diferentes –pues la constitucionalización opera directamente sobre el ordenamiento jurídico transformándolo y el neoconstitucionalismo se articula como una teoría o conjunto de teorías cuyo propósito es explicar la estructura y funcionamiento del ordenamiento constitucionalizado-, lo cierto es que entre uno y otro hay una interacción recíproca. En efecto, la constitucionalización del ordenamiento jurídico impone la necesidad de adoptar la teoría neoconstitucionalista para que analice adecuadamente sus rasgos más importantes y, viceversa, el neoconstitucionalismo se despliega sobre un ordenamiento que previamente ha pasado por el proceso de constitucionalización y que se convierte en su objeto de estudio². Por lo tanto, si bien en este trabajo centraré mi atención en el tema de la constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional, también habré de referirme a los aspectos vinculados con la teoría del neoconstitucionalismo, que por cierto exhibe fuertes tintes antipositivistas³.

jurídica, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 214; CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 334; FERRAJOLI, Luigi, MORESO, José Juan y ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 216; COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, M^o Ángeles y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 159; CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Trotta, Madrid, 2010, pp. 443; POZZOLO, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 276; y FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 155.

2 Según el propio Comanducci, la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo son dos grandes cambios ocurridos en el dominio jurídico –el primero de carácter estructural y el segundo doctrinal– que se relacionan fuertemente entre sí dado que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. Cf. COMANDUCCI, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007, pp. 73-92 [publicado también en COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, M^o Ángeles y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 85-121]. La parte sustancial de este texto ya se contenía en COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, México, abril de 2002, pp. 89-112 [también incluido en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pp. 75-98].

3 En realidad, esta afirmación debe tomarse con cautela. De los autores constitucionalistas, Alexy y Dworkin son claramente antipositivistas pues no dudan en afirmar la existencia de una conexión necesaria y conceptual entre el derecho y la moral. Nino defiende que entre uno y otra hay una relación necesaria en los planos interpretativo y justificativo, pero no así en el metodológico, donde argumenta que los diversos conceptos de derecho son meras creaciones convencionales y que alguien puede utilizar un concepto descriptivo (iuspositivista) o normativo (iusnaturalista), dependiendo básicamente del contexto. Por su parte, Ferrajoli sostiene que el nuevo paradigma constitucionalista supone la completa realización del positivismo jurídico, alcanzando con él su máximo desarrollo. Y Comanducci ha señalado que la teoría del neoconstitucionalismo no es más que el positivismo jurídico de nuestros días. Por lo tanto, la contraposición entre positivismo y neoconstitucionalismo debe ser matizada.

Es interesante destacar cómo la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli mantiene muchos puntos de coincidencia con las de Alexy, Dworkin y Nino, sobre todo porque los cuatro reconocen la presencia de una dimensión valorativa en el derecho, si bien entre ellos hay una diferencia importante, a saber: Ferrajoli cree que el componente axiológico (la validez sustantiva, el *deber ser*) deriva del derecho “puesto” por alguna autoridad, resultando ser un fenómeno puramente autoritativo; en tanto que para los demás, el elemento valorativo es el que prevalece sobre cualquier otro. Vid. ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en AGUILÓ REGLA, Josep, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 113-190 [reproducido en ATIENZA, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, pp.

El orden de mi exposición será el siguiente: comenzaré refiriéndome al proceso de constitucionalización, a su significado y a las características que lo identifican. Luego enunciaré las condiciones de este fenómeno que, a mi juicio, han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico mexicano a través de la reforma al artículo primero constitucional. En una sección posterior llevaré a cabo un breve análisis de cada una de esas condiciones, resaltando los vínculos que mantienen con el ordenamiento jurídico nacional de nuestro país. Finalmente, en la última parte del trabajo, haré alusión a las consecuencias que se siguen de la constitucionalización en el contexto específico de la cultura legal mexicana.

2. La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos

Hace más de una década se viene utilizando el término “constitucionalización” para nombrar a un fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos jurídicos de algunos países de Europa continental –principalmente España, Francia, Alemania e Italia. El origen de estos cambios ha sido la propia Constitución, convertida en una norma auténticamente obligatoria cuya fuerza es irradiada a todo el ordenamiento jurídico.

Riccardo Guastini define a la constitucionalización como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales”.⁴ Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa. Y es que un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según expone Guastini, por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante, en cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares. Pero también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal. De modo que un ordenamiento constitucionalizado tiene una Constitución con plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas.

En este contexto, Guastini ha identificado siete condiciones que un determinado ordenamiento debe satisfacer para poder considerarlo constitu-

231-283; y en ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2011, pp. 79-114].

4 “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, pp. 153-183, p. 153 [también publicado en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pp. 49-73].

cionalizado, si bien aclara que la constitucionalización no es una propiedad “todo o nada”, en el sentido de que el ordenamiento esté o no constitucionalizado en términos absolutos. Se trata más bien de una cuestión de grado debido a que un sistema puede estar constitucionalizado en mayor o menor medida, dependiendo de cuántas y cuáles condiciones estén satisfechas en el seno de dicho sistema.⁵ Esas siete condiciones son:

- 1) La existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (*a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto, etc.*), pero siempre ejercido por un órgano judicial;
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;
- 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política;
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado;
- 6) La interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitución, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas; y
- 7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal

5 Cf. GUASTINI, Riccardo, “La “constitucionalización” del ordenamiento: concepto y condiciones”, en *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara editores, Lima, 2010, pp.153-166. Por su parte, Prieto Sanchís ofrece el siguiente elenco de elementos caracterizadores del constitucionalismo fuerte –otro modo de referirse al proceso de constitucionalización:

- (1) Carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución;
- (2) Supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes;
- (3) Eficacia o aplicación directa de las normas constitucionales;
- (4) Garantía judicial de la Constitución;
- (5) Denso contenido normativo de la Constitución; y
- (6) Rigidez constitucional.

Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 116 y 117.

constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado; así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos.⁶

Pues bien, en el presente ensayo voy a examinar únicamente las condiciones que considero que han sido incorporadas en la reforma del diez de junio de dos mil once, a través de la modificación del artículo primero constitucional. Si tengo razón, entonces el ordenamiento jurídico mexicano estaría

6 Para un desarrollo más extenso de estas condiciones, vid. GUASTINI, Riccardo, "La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *ob. cit.*, pp. 155 y ss. Merece la pena señalar que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha dado paso al surgimiento del Estado constitucional contemporáneo, entre cuyas principales características destacan:

a) La supremacía de la Constitución, que tiene como corolario la muerte de la ley, según fue concebida por la ideología del Estado liberal de derecho, con los caracteres de generalidad y abstracción. En el Estado constitucional, en efecto, la ley deja de ser general y abstracta debido a la "pulverización" del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes sectoriales y temporales. Por lo demás, la ley también pierde su calidad de fuente suprema del ordenamiento jurídico al quedar subordinada a un poder más alto —el de la Constitución. Como resultado, Gustavo Zagrebelsky, uno de los primeros teóricos del Estado constitucional, ha constatado que: "La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede... el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta.": ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 40. En el fondo, la llamada crisis de la ley obedece a múltiples factores de cambio sumamente complejos: se pueden identificar tanto causas externas como internas al ordenamiento jurídico. Entre estas últimas figura precisamente el impacto de la normativa constitucional sobre la ley que termina relegándola a un segundo plano. Al respecto, cf. CABO MARTÍN, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 73 y ss.

b) La rematerialización de la Constitución, que significa que ésta se configura como una norma rematerializada, en el sentido de que posee una serie de contenidos materiales en forma de principios, valores y derechos fundamentales. Dicho rasgo comporta como consecuencia que la Constitución, en cuanto norma axiológicamente suprema, condicione la producción de las leyes, no sólo en el aspecto formal relativo a su producción, sino también material o sustancial, concerniente al contenido de las mismas. De ahí que las leyes puedan ser invalidadas por el tribunal constitucional cuando exhiban un contenido contradictorio con los principios de justicia que la Constitución consagra. En este contexto es donde cobra especial relevancia el control de la Constitución por parte de los órganos judiciales. Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss. Un estudio reciente y exhaustivo acerca de las condiciones materiales de validez jurídica es el de CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 614.

Acerca de las características particulares del Estado constitucional de derecho, Prieto señala: "El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de "quién" y "cómo" se manda, sino en gran parte también de "qué" puede o debe mandarse.": PRIETO SANCHÍS, Luis, "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, p. 35.

Sobre el Estado constitucional y otras formas de Estado de derecho, haciendo hincapié en las similitudes y diferencias que existen entre ellos, vid. ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 89 y ss. En particular, este autor distingue dos modelos de Estado constitucional: el que denomina "modelo enfrentado al Estado de derecho" (propuesto por Zagrebelsky) y el llamado "modelo garantista" (cuyo principal exponente sería Ferrajoli).

orientándose hacia una constitucionalización –por lo menos parcial- en los términos indicados. Sólo haré un comentario previo acerca de este último punto. Guastini sostiene que las dos primeras son condiciones necesarias de la constitucionalización en virtud de que ella sería inconcebible en su ausencia. Pero ha omitido fijar un orden jerarquizado entre las demás, lo que impide conocer la importancia concreta de cada una. Simplemente ha formulado algunas conjeturas que no permiten determinar con exactitud cuáles son las que tienen mayor valor o peso. Por ejemplo, Guastini cree que las condiciones tres a siete son suficientes de un grado distinto de constitucionalización; la tercera y la quinta son elementos esenciales de este proceso; la cuarta y la sexta son condiciones meramente importantes; la tercera y la cuarta mantienen un nexo muy estrecho entre sí; la quinta se encuentra vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, y así por el estilo. En un trabajo más reciente, Guastini⁷ ha reiterado que las dos primeras son condiciones necesarias para que un ordenamiento cualquiera esté constitucionalizado. Las demás son aspectos o indicios del proceso de constitucionalización. Ello significa que no es posible saber cuánto vale cada una con el fin de precisar qué tan constitucionalizado está un determinado ordenamiento. Consecuentemente, todo aquél que no cumpla las condiciones tres, cuatro, cinco, seis o siete, o las cumpla sólo de manera aproximada, será un ordenamiento constitucionalizado en términos parciales. Es importante no perder de vista esta última acotación porque me parece que el derecho mexicano se encuentra precisamente en este supuesto: el de la constitucionalización parcial. Dando por descontadas las dos primeras condiciones que son *sine qua non*, diríase que el orden jurídico mexicano está parcialmente constitucionalizado puesto que en él es posible reconocer la presencia de (por lo menos) algunas de las demás condiciones de ese proceso.

3. El artículo primero de la Constitución mexicana y las condiciones de constitucionalización

A lo largo de este ensayo defenderé la tesis de que la reforma al artículo primero constitucional del diez de junio de dos mil once ha incorporado cuatro condiciones de constitucionalización. Si fuera necesario justificar esta tesis me parece que bastaría una lectura atenta del precepto invocado, tal como expongo enseguida.

De acuerdo con el texto constitucional vigente, es un hecho establecido que el segundo párrafo del artículo primero estatuye la obligación de las au-

7 Vid. GUASTINI, Riccardo, "La "constitucionalización" del ordenamiento: concepto y condiciones", *ob. cit.*, p. 157.

toridades de interpretar las normas sobre derechos humanos de conformidad con la Constitución [y los tratados internacionales de la materia]⁸; es decir, estatuye la condición sexta, relativa a la interpretación conforme de las leyes. Por otra parte, el mismo párrafo abre la posibilidad de interpretar las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo que parece implicar el recurso a la interpretación extensiva, que es la condición número cuatro relativa a la sobreinterpretación constitucional. Asimismo, el tercer párrafo del precepto citado establece la obligación de los órganos jurídicos de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, lo que permite inferir que las normas constitucionales sobre esta materia son directamente aplicables, sobre todo por parte de los jueces⁹. Ésta es la condición quinta. Ahora bien, Guastini sostiene que esta última presupone tanto a la tercera como a la cuarta, referidas a la fuerza vinculante y a la sobreinterpretación de la Constitución, respectivamente. De modo que en el artículo primero constitucional sería posible hallar –explícita o implícitamente– las condiciones tres, cuatro, cinco y seis de constitucionalización, que son las que estudiaré con más detenimiento en las páginas que siguen, procurando enfatizar su nexos con el ordenamiento jurídico mexicano¹⁰.

3.1 Condición tercera: la fuerza vinculante de la Constitución

Como ya se había adelantado, esta condición de constitucionalización se refiere a que todas las normas constitucionales satisfacen dos cualidades: 1) son auténticamente obligatorias para sus destinatarios y 2) son jurídicamente eficaces; esto es, susceptibles de producir efectos jurídicos. En un ordenamiento constitucionalizado, ambas características son atribuibles, no sólo a las normas relativas a la organización del Estado, sino primordialmente a los diversos contenidos materiales que hacen de la Constitución una norma sustancializada: principios, valores y derechos fundamentales, esencialmente. De este modo, la Constitución de un ordenamiento constitucionalizado deja de ser un simple manifiesto o catecismo político y se convierte en una norma genuina, vinculante y con eficacia inmediata. Ahora bien, que las normas de la Constitución posean fuerza vinculante supone que son exigibles. La observan-

8 La referencia a los tratados internacionales está entre corchetes porque prefiero considerarlos por separado sin pronunciarme sobre la cuestión de si son o no parte de un supuesto bloque de constitucionalidad en el derecho mexicano.

9 Dice el párrafo tercero: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.”

10 Omitiré toda referencia a las condiciones uno, dos y siete dado que no están incluidas en el artículo primero de la Constitución.

cia de las normas constitucionales está garantizada por diversos controles de carácter social, político y jurídico.¹¹ Entre ellos merece destacar el control que ejercen los órganos judiciales –que vendría siendo el paradigma del control jurídico- por ser de especial interés para el tema que estoy analizando. Como constata Antonio E. Pérez Luño: la actividad de las instancias judiciales ha tenido mucho que ver con la atribución de plena normatividad de las Constituciones.¹² Y en el mismo sentido se pronuncia Liborio Hierro cuando dice:

*"Sin duda alguna, la tarea interpretativa de los Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales ha sido, generalmente, trascendental para la consolidación del valor normativo de las constituciones y, particularmente, para la protección de los derechos fundamentales que quedaron así a salvaguarda no sólo de la acción de los gobiernos sino también de la acción de los legisladores."*¹³

Según lo expuesto por otro autor español, Manuel Aragón Reyes, el control judicial tiene un carácter jurídico e institucionalizado, obedece a razones estrictamente objetivas y su ejercicio no es voluntario, sino necesario.¹⁴ Si se hace un repaso de lo acontecido en México, resulta por demás obvio que sólo los tribunales del Poder Judicial de la Federación han llevado a cabo el control judicial de la constitucionalidad: primero, y durante más de un siglo, a través de la figura del amparo, cuyos alcances parecen haber sido más bien limitados, principalmente a causa de la fórmula Otero. Luego, a partir de mediados de los años noventa, al amparo se sumaron las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Y desde el seis de junio de dos mil once –con la reforma a los artículos 103 y 107 de la Constitución- aparece en la escena jurídica mexicana un juicio de amparo renovado y fortalecido¹⁵. De la reforma en este rubro sobresale la facultad atribuida a la Suprema Corte de Justicia de emitir la declaratoria general de inconstitucio-

11 Sobre los diferentes medios o instrumentos de control de la constitucionalidad, vid. ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 54 y ss. El contenido de este libro se publicó años después como uno de tres ensayos incluidos en otra obra del mismo autor: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, pp. 81-213.

12 Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 74. Vid. *id.*, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 49-85.

13 HIERRO, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 1998, p. 36.

14 Cf. *Constitución y control del poder...*, *ob. cit.*, pp. 70 y ss.; *id.*, *Constitución, democracia y control*, *ob. cit.*, pp. 137 y ss.

15 Si bien al momento de escribir este ensayo aún está pendiente la nueva Ley de Amparo que reglamente las disposiciones constitucionales recién modificadas

nalidad respecto de cualquier norma general –excepto en materia tributaria– que se encuentre en conflicto con la Constitución, la cual viene a dar forma a un nuevo modelo de justicia constitucional en nuestro país. Y si a esto se añade el poder atribuido a los jueces comunes de no aplicar en algún caso concreto las normas generales que estimen inconstitucionales (control difuso de la constitucionalidad)¹⁶, entonces se puede apreciar que la Constitución mexicana cuenta en el presente con diferentes tipos de control judicial que garantizan su observancia.

Pero más allá de que esto sea así, el tema de la fuerza vinculante de la Constitución supone un asunto más delicado y complejo. Digamos que la pregunta relevante no es cómo se garantiza en los hechos la observancia de la Constitución, sino por qué debería ser observada en absoluto o por qué alguien debería acatarla o seguirla, lo cual es tanto como plantear el problema relativo al fundamento de su normatividad. Esta cuestión es de carácter filosófico y la solución también lo es. Y considero que en esta materia el debate puede reconducirse a lo defendido por las dos grandes direcciones filosóficas que dominan actualmente la especulación sobre el derecho: el positivismo y el no-positivismo. El abanico de posiciones positivistas comprende desde la que afirma que la Constitución es obligatoria y debe ser obedecida en tanto cuanto la norma fundante básica del ordenamiento jurídico (*Grundnorm*) prescribe que uno debe comportarse como lo indica el primer constituyente (Kelsen)¹⁷; la que acusa a esta postura de metafísica y sostiene en su lugar que la normatividad no es una cualidad inmanente del derecho, sino que se resuelve en la ideología que anima a los jueces a aplicarlo y que termina por motivar su comportamiento, subrayando que tales motivos de obediencia consisten fundamentalmente en impulsos desinteresados, en el

16 Dejo de lado el control difuso de convencionalidad pues –como dije– no quiero prejuzgar sobre la existencia o inexistencia de un supuesto bloque de constitucionalidad formado por un conjunto indeterminado de normas internacionales con valor constitucional.

17 Cf. KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1946 (2ª impresión), pp. 115 y 116. Sobre la *Grundnorm* kelseniana y su papel en la fundamentación de la validez del derecho, vid. FARREL, Martín Diego, *Hacia un criterio empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972, pp. 41-67; RAZ, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 122-145; NIÑO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-40; FARIÑAS DULCE, Ma. José, *El problema de la validez jurídica*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Civitas, Madrid, 1991, pp. 138; BULYGIN, Eugenio, “Validez y positivismo”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, prólogo de Georg H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 499-519; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 259; BINDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen’s Doctrine*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Nueva York, 2002, pp. 245; y BULYGIN, Eugenio, “El problema de validez en Kelsen”, en KELSEN, Hans, BULYGIN, Eugenio y WALTER, Robert, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 99-118 [publicado también en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Filosofía jurídica: ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 3-16].

puro sentimiento de deber de los jueces –como principales destinatarios de las normas jurídicas (Ross)¹⁸. Y, en fin, la que busca explicar la fuerza normativa de la Constitución a partir de la propia práctica desarrollada por los jueces y ciudadanos ordinarios en cuanto la aplican y aceptan desde el punto de vista interno como norma obligatoria, pretendiendo así fundar la validez del derecho en un hecho o conjunto de hechos sociales complejos y no en una norma presupuesta à la *Kelsen* (Hart)¹⁹. Distintos autores han destacado los graves inconvenientes que encierran todas estas posturas, sugiriendo la necesidad cada vez más urgente de explorar nuevas alternativas que den solución al problema planteado, pero sin abandonar las premisas básicas del positivismo jurídico, es decir, las tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la de las fuentes sociales²⁰. En esta línea se ubican las propuestas teóricas de Coleman, Marmor, Shapiro, entre otros²¹, que apuestan por explicar la normatividad del derecho con base en ciertas formas de convencionalismo y en nociones no siempre claras como “*deep convention*”, “*surface-convention*”, “*shared cooperative activity*” y otras por el estilo, que no puedo examinar en este ensayo pues me desviaría de mi objetivo primordial.

18 Esta es una tesis típicamente realista y antimetafísica que ha sido sustentada por Alf Ross, para quien la conciencia legal que anima a los jueces y a los ciudadanos a cumplir las normas jurídicas es puramente formal y consiste en el respeto a las instituciones y en el reconocimiento de su validez, independientemente de cualquier consideración subjetiva de índole moral. Es importante subrayar que Ross, coherente con sus postulados empiristas, hace de la validez del derecho una variable dependiente de cómo éste es vivido o experimentado por los individuos. Todos aquellos que no comparten esa conciencia legal en términos formales verán al régimen que los somete, no como un orden jurídico válido, sino como un orden de fuerza o de violencia. Cf. Ross, Alf, *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd, Londres, 1958, pp. 52 y ss.

19 En este sentido, Hart ha criticado la posición kelseniana declarando que presuponer la norma fundante básica es un ejercicio redundante e innecesario para justificar la validez de la Constitución, si ésta ya es seguida en los hechos. En un conocido pasaje de *The Concept of Law*, muchas veces citado, su autor escribe: “*If a constitution specifying the various sources of law is a living reality in the sense that the courts and officials of the system actually identify the law in accordance with the criteria it provides, then the constitution is accepted and actually exists. It seems a needless reduplication to suggest that there is a further rule to the effect that the constitution (or those who ‘laid it down’) are to be obeyed. This is particularly clear where, as in the United Kingdom, there is no written constitution: here there seems no place for the rule ‘that the constitution is to be obeyed’ in addition to the rule that certain criteria of validity... are to be used in identifying the law. This is the accepted rule and it is mystifying to speak of a rule that this rule be obeyed.*”: HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 246.

20 Sobre la obligatoriedad de la Constitución a la luz del positivismo jurídico, vid. GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 273-290.

21 Cf. COLEMAN, Jules L., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, núm. 4, 1998, pp. 381-425 [reproducido en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 99-147]; *id.*, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, pp. 74-102 y 120-148; MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 25-48; *id.*, *Social Conventions: from Language to Law*, Princeton University Press, 2009, pp. 186; *id.*, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, pp. 60-83; y SHAPIRO, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2011, p. 472.

Ahora bien, por lo que se refiere a la postura no-positivista en este tema, que coincide con la teoría del neoconstitucionalismo, en voz del filósofo argentino Carlos Santiago Nino²², uno de sus más autorizados exponentes, el

22 La posición de Nino es obviamente mucho más elaborada que la que aquí presento. Con base en ella, el razonamiento jurídico justificativo viene estructurado en dos niveles: el primero consiste en determinar si la práctica social o colectiva del derecho está moralmente justificada de acuerdo con ciertos principios valorativos válidos, en tanto que el segundo nivel consiste en justificar una acción o decisión jurídica conforme a esa práctica social –fundada a su vez en los principios morales últimos. Desde este enfoque, el orden jurídico no representa la última razón justificativa de las acciones o decisiones jurídicas; sólo proporciona razones auxiliares que necesitan apoyarse en principios morales últimos –en cuanto razones operativas- para fundar la validez de la acción o decisión de que se trate. Así, lo que en el fondo supone esta tesis es una virtual conexión entre el derecho y la moral en el plano justificativo. Cf. NINO, Carlos S., “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, en BULYGIN, Eugenio *et al.* (comps.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1983, pp. 339-370; *id.*, *La validez del derecho*, *ob. cit.*, pp. 41-68 y 125-143; *id.*, “Derecho, moral y política”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, Alicante, pp. 35-46 [publicado también en MAURINO, Gustavo (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política I: metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Gedisa, Buenos Aires, 2007, pp. 101-110]; *id.*, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 43-83; *id.*, “Derecho, moral y política”, en MAURINO, Gustavo (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino...*, *ob. cit.*, pp. 137-166.

Además de Nino, comparten la tesis de la conexión justificativa entre derecho y moral: José Delgado Pinto, Juan Ramón de Páramo y Juan Carlos Bayón, entre otros. Dice el primero de ellos: “Se produce así la remisión de una norma a otra, que termina en la última norma positiva, llámese constitución o regla de reconocimiento, que establece el sistema originario de criterios de validez, o “fuentes de derecho” vigente en una sociedad. Sin duda la constitución habrá surgido también de ciertos hechos y se mantendrá vigente gracias a otros. Si buscamos una fundamentación jurídica del carácter normativo, obligatorio, de la constitución, habríamos de encontrar una norma jurídica anterior que nos permitiera calificar como hechos normativos, como “fuente de derecho”, a los hechos gracias a los cuales existe y se mantiene la constitución. Pero esa norma jurídica no existe, por definición, como norma positiva... [por lo tanto] si queremos culminar el proceso de fundamentación en una norma... dicha norma ya no puede ser tampoco una norma jurídica sino una norma moral, no puede tratarse de una razón o norma dentro del Derecho, sino de una razón o norma moral relativa al Derecho.”: DELGADO PINTO, José, “La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del yusnaturalismo”, en *Estudios de filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 371-388, pp. 381 y 382. En otro lugar, el mismo autor comenta: “Lo que se afirma al hablar de una conexión entre el orden jurídico y el orden moral se refiere al plano de la lógica del razonamiento práctico: se dice que el razonamiento que puede fundamentar la decisión de imponer un deber apoyándose en una norma jurídica, si es un razonamiento completo y correcto, ha de partir de una premisa moral, de un juicio o norma moral que al fundamentar el carácter normativo de la Constitución, justifica la inferencia de que las normas jurídicas válidas deben ser obedecidas y aplicadas.”: DELGADO PINTO, José, “Normatividad del derecho”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000, pp. 425-440, p. 438 [publicado también en *id.*, *Estudios de filosofía del derecho*, *ob. cit.*, pp. 353-370].

Por su parte, Juan R. de Páramo ha sostenido: “El valor normativo de la Constitución depende de una actitud reflexiva que acepta como razón de su comportamiento un conjunto de premisas cuyo contenido forma parte de un razonamiento justificativo de carácter moral.”: PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de, “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”, en LAPORTA, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 193-220, p. 217.

Finalmente, Juan C. Bayón, autor de una de las obras más completas sobre el tema de la normatividad del derecho, afirma: “Como ya sabemos, las razones operativas últimas de un razonamiento jurídico justificatorio (i. e., de uno que toma en cuenta el hecho de la existencia de reglas jurídicas) no pueden ser “razones jurídicas”, es decir, las normas jurídicas mismas, incluida la norma última que es la regla de reconocimiento del sistema: porque o bien éstas son consideradas como juicios prácticos que se aceptan por su contenido (y entonces su aceptación es indistinguible de la de un juicio moral ordinario, i. e., de uno no dependiente del hecho de la existencia de esas reglas), o bien se toma en cuenta como razón auxiliar el hecho de su existencia, en cuyo caso se presuponen razones operativas últimas que dan relevancia práctica a la

argumento central que defiende es la tesis de que las razones jurídicas justificativas de acciones y decisiones que la Constitución ofrece no son razones autónomas o independientes de toda consideración de justicia o de moralidad. Las razones jurídicas dependen de principios superiores a los que por convención se llaman morales y que en la estructura del razonamiento jurídico para justificar una acción o decisión operan como las razones últimas. Desde este punto de vista, una decisión jurídica se justifica en última instancia apelando a un principio moral y no a una norma del derecho. Esta idea es importante porque si el enfoque no-positivista es correcto, el razonamiento judicial –siempre que se construya de manera completa- no podría tener como premisa última la Constitución. Tendría que estar apoyado en una razón superior: una razón extrajurídica. Para comprender este punto supóngase que se preguntara por el fundamento último del juicio de que a nadie se le puede juzgar dos veces por el mismo delito. No bastaría con responder que la Constitución –como norma suprema del ordenamiento jurídico- lo exige. Esta respuesta sería insuficiente porque siempre cabría la posibilidad de replicar: “¿Por qué hay que hacer lo que exige la Constitución?”. Alguien podría sostener que la Constitución debe ser obedecida porque fue dictada por el grupo de hombres que estaba en posesión de las armas o del aparato de fuerza del Estado. Pero este modo de responder supone incurrir en un error lógico conocido como falacia naturalista, que prohíbe derivar una obligación –la de cumplir la Constitución- de un hecho o de un conjunto de hechos –el uso de la fuerza por parte de un grupo de hombres. Otra respuesta –más elaborada- es que la Constitución ha de obedecerse porque fue dictada por uno o varios individuos con la competencia para hacerlo. Sólo que en este supuesto sería posible volver a preguntar: “¿De dónde derivaron esos hombres su competencia?”. Si se reconoce como acertada la tesis de que una norma sólo puede tener su fundamento de validez en otra norma de nivel superior que autoriza la creación de la primera, entonces la respuesta a la pregunta tendría que ser que los hombres que dictaron la Constitución estaban autorizados por otra norma –quizá una Constitución anterior- la cual tuvo que ser puesta por otros hombres, que a su vez habían sido autorizados por otra norma –una Constitución aún más anterior- y así sucesivamente. Con lo cual se llegaría a una primera Constitución en el tiempo sobre la que todavía sería posible formular la pregunta de por qué hay que hacer lo que ella exige. Ahora bien,

existencia de las disposiciones jurídicas últimas y a las que no tiene sentido volver a calificar a su vez de “jurídicas”. Tampoco pueden ser razones *prudenciales* del sujeto que desarrolla el razonamiento, puesto que un razonamiento práctico de naturaleza prudencial que toma en cuenta la existencia de normas jurídicas no es apto para justificar decisiones que *se imponen a otros* sean cuales sean sus intereses: uno puede hacer lo que el derecho le exige por razones prudenciales, pero no puede apelar meramente a sus *propios intereses* para justificar que otro debe hacer algo... Así que, en definitiva, las razones operativas de un razonamiento jurídico justificatorio han de ser razones morales.”: BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 737 y 738.

toda vez que el derecho está constituido por un número finito de normas, y dado que el proceso de fundamentación tiene que culminar en algún punto, la respuesta a la pregunta de por qué hay que hacer lo que exige la primera Constitución –en cuanto norma suprema *positiva*- ya no puede encontrarse *en el derecho*, sino *fuera* de él. La solución del no-positivismo, en este sentido, es que uno debe hacer lo que ordena la primera Constitución porque la moral –sin precisar todavía a qué tipo de moral se hace referencia- lo prescribe. Desde luego es necesario que haya sido creada mediante un procedimiento democrático²³ e incorpore ciertos contenidos de justicia. Sin embargo, tan pronto como se hayan cumplido razonablemente ambos requisitos, la moral operaría como fundamento último de su fuerza normativa. Y en virtud de que las razones morales son por convención las razones últimas en la estructura del razonamiento práctico, asumiendo el postulado básico de su unidad, ya no sería necesario ir más allá en busca de alguna razón superior. Naturalmente la tesis que ofrece el no-positivismo ha sufrido un amplio número de críticas²⁴. Pero es la posición que comúnmente se asocia al constitucionalismo contemporáneo y a la teoría del derecho actual de corte antipositivista, propensa a reconocer una conexión entre el orden jurídico y el orden moral no sólo

23 Nino considera a la democracia como un sucedáneo imperfecto del discurso moral, asignándole un valor epistémico en cuanto permite a los participantes arribar a conclusiones moralmente correctas. Bajo esta hipótesis, las normas que surgen de un procedimiento democrático en el que se cumplen ciertas condiciones constituyen razones *para creer* que hay razones morales para actuar. Esta tesis tiene como conclusión la siguiente: respecto de las normas democráticas existiría, *prima facie*, una obligación moral de obediencia, salvo en los casos de democracias muy viciadas. Vid. BLANCO MIGUÉLEZ, Susana, *Positivismos metodológico y racionalidad política: una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, Comares, Granada, 2002, pp. 118-129; *id.*, “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral. La teoría de C. S. Nino”, en SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, pp. 197-277, pp. 228-239; *id.*, “La naturaleza del razonamiento jurídico según Carlos Santiago Nino”, en ROSENKRANTZ, Carlos y VIGO, Rodolfo L. (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, México, 2008, pp.15-140, pp. 63 y ss.

24 En este sentido es bien conocida la crítica de Bulygin, quien afirma que los jueces –en algún momento- deberán dejar de preguntar por el fundamento de una norma, pues si la búsqueda por el fundamento de las normas se prolongara indefinidamente, se correría el riesgo de llegar a una parálisis total; en lugar de ello, los jueces tienen que *usar* la norma. Cf. BULYGIN, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, Alicante, pp. 257-279. Otras críticas acusan a la tesis de la conexión justificativa entre derecho y moral de confundir dos problemas diferentes: uno es el de por qué hay que hacer lo que el derecho exige –el cual no puede responderse más que apelando a una cuestión extrajurídica- y otro es el de la justificación lógica de las decisiones judiciales –para el que es innecesario recurrir a la moral pues basta con apelar a una norma del derecho en tanto premisa mayor del silogismo. Vid. MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, Ma. Cristina, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 11, 1992, Alicante, pp. 247-262 [publicado también en NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 1994, pp. 71-89]; y NAVARRO, Pablo E., *Los límites del derecho: estudios sobre los compromisos conceptuales del positivismo jurídico*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 29-69. Finalmente, hay críticas que cuestionan la naturaleza de la norma moral que supuestamente justificaría la obligación de acatar la Constitución. Vid. COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *ob. cit.*, pp. 108 y ss.

contingente sino lógica y conceptualmente necesaria²⁵, demostrando así la superación hoy día del positivismo.

En resumen, la constitucionalización del ordenamiento jurídico supone concebir a la Constitución como auténtica norma obligatoria; norma que viene garantizada por distintos mecanismos de control. En México esos controles –como el juicio de amparo– se han visto fortalecidos con las reformas constitucionales de junio de dos mil once. No obstante, en el fondo, el problema de la fuerza vinculante de la Constitución implica algo más que averiguar cómo se garantiza en los hechos; supone indagar cuál es su fundamento o justificación, tratando de responder la pregunta de por qué se debe hacer lo que ella exige. Y resulta que esta cuestión filosófica puede ser examinada a la luz del positivismo o del no-positivismo. Si se asume plenamente este último, que coincide con la teoría neoconstitucionalista de los ordenamientos constitucionalizados contemporáneos, la solución al problema expuesto será que hay razones morales últimas que prescriben la obligación de obedecer la Constitución, siempre que tenga un origen democrático²⁶ y satisfaga un contenido justo²⁷.

25 En palabras de Comanducci: "La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica –y, en particular, la decisión judicial– está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral.": COMANDUCCI, Paolo, "Derecho y moral", en *Hacia una teoría analítica del Derecho...*, ob. cit., pp. 61-74, p. 66 [Incluido también en *id.*, *Democracia, principios e interpretación jurídica...*, ob. cit., pp. 93-108]. En esta cita, Comanducci alude a lo que él llama "neoconstitucionalismo metodológico", el cual se distingue por defender una conexión conceptual y/o justificativa entre el derecho y la moral. Paralelamente, lo que este autor denomina "neoconstitucionalismo ideológico", se caracteriza porque acepta la existencia de una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a ella. Desde este enfoque, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una variante moderna del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley. Cf. COMANDUCCI, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", ob. cit., p. 81.

Acerca del positivismo ideológico, vid. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, pp. 114; y ROSS, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", trad. de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 9-32. Un estudio reciente sobre el positivismo ideológico y su vinculación con el constitucionalismo es el de RODRÍGUEZ URIBE, José Manuel, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 229.

26 Nino es plenamente consciente de que las Constituciones vigentes suelen tener graves deficiencias de legitimidad democrática o que muchas han ido perdiendo con el paso del tiempo la que inicialmente pudieron tener. A pesar de todo, la Constitución sigue siendo relevante para el razonamiento práctico porque es vista como una convención; la convención más básica de la sociedad con un objetivo muy claro: hacer posible el desarrollo de la práctica jurídica de legisladores, jueces, abogados, etc. Sin la Constitución no habría derecho en cuanto práctica social; por eso, Susana Blanco ha sostenido: "... si la única forma de tomar decisiones justificadas moralmente es hacerlo en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas en una Constitución, es necesario preservar a ésta y a las prácticas sociales por ella generadas, aunque tal vez no sean completamente democráticas.": BLANCO MIGUÉLEZ, Susana, *Positivismo metodológico y racionalidad política...*, ob. cit., p. 135; *id.*, "La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral. La teoría de C. S. Nino", ob. cit., p. 244.

27 De la lectura del artículo primero de la Constitución mexicana se infiere el hecho de que ésta es una norma auténticamente obligatoria. Hay varios indicadores que permiten llegar a esta conclusión. En primer

3.2 Condición cuarta: la “sobreinterpretación” del texto constitucional

La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha repercutido en el modo de interpretar la Constitución, entendida como un conjunto de disposiciones fundamentales que se contienen en un documento básico llamado “Constitución”, “Carta Magna” o “Ley Fundamental”, siendo éstos los nombres más comunes.

A la luz de lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”²⁸, ésta posee la cualidad de ser un documento normativo –al igual que la ley– y la interpretación constitucional es considerada una especie de la interpretación jurídica, que a su vez se define como la adscripción de significado a un texto normativo en cuanto fuente autorizada del derecho, si bien exhibe algunas características peculiares en virtud de la naturaleza del propio documento. Ello se debe a que en los ordenamientos constitucionalizados contemporáneos, la Constitución incorpora un número muy importante de conceptos con un claro contenido moral²⁹, que obligan al intérprete a recurrir a consideraciones valorativas para dotarlos de sentido. De ahí que la Constitución entrañe más dificultades al momento de ser interpretada y de ahí también que el neoconstitucionalismo teórico sostenga que la interpretación constitucional es diferente a la de la ley³⁰. Esto explica que en las últimas dé-

lugar, el precepto establece que las normas sobre derechos humanos deberán ser interpretadas conforme a las disposiciones constitucionales, lo cual tiene sentido sólo si se asume que la Constitución es una norma vinculante para los operadores jurídicos. En segundo lugar, el precepto dispone que los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional deberán ser promovidos, respetados, protegidos y garantizados por todas las autoridades jurídicas, lo que supone que la Constitución no es más una declaración de buenos deseos ni un compendio de normas programáticas. La fuerza normativa de la Constitución aparece, pues, implícitamente reconocida por el artículo primero constitucional. Podría decirse que ella constituye un presupuesto de las demás condiciones de constitucionalización.

28 Cf. COMANDUCCI, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, en *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 97-123 [hay traducción al español de Manuel Ferrer Muñoz: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, ob. cit., pp. 41-67; reproducido en COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 37-72; id., *Hacia una teoría analítica del derecho...*, ob. cit., pp. 115-144; id., *Democracia, derechos e interpretación jurídica...*, ob. cit., pp. 159-192].

29 Vid. IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, Alicante, pp. 77-104 [reproducido en LAPORTA, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, ob. cit., pp. 253-278; y con el título “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho: ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Ara editores, Lima, 2010, pp. 155-189].

30 Con todo, bajo el modelo descriptivo de la Constitución como norma, las diferencias respecto de la interpretación de la ley son solamente de grado. Vid. COMANDUCCI, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, ob. cit., p. 111. Vid. id., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, ob. cit., pp. 77 y 78. También vid. POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21-II, 1998, Alicante, pp. 339-353. Sin embargo, no todos

casos se hayan multiplicado los estudios dedicados a la interpretación de la Constitución con el objeto de determinar su especificidad³¹. En los siguientes párrafos no pretendo llevar a cabo un examen ni siquiera superficial sobre este complejo tema. Me concentraré solamente en la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales, que puede ser visto como un aspecto de aquél.

Lo primero que hay que señalar es que la sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico y del hecho de que bajo la óptica del constitucionalismo aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante, en cuanto reguladora de todos los aspectos de la vida social y política. Y es que para cumplir la función que le asigna el Estado constitucional contemporáneo, la Constitución debe ser interpretada en un sentido distinto al literal. Las disposiciones constitucionales, digámoslo así, deben ser sobreinterpretadas, lo que es tanto como afirmar que su significado ha de ampliarse o extenderse hasta cubrir casos o situaciones que inicialmente no fueron previstos por el constituyente. Según afirma Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que permite colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador³².

Ocurre que por medio de la sobreinterpretación, el intérprete constitucional extrae los contenidos normativos implícitos en el texto, creando normas jurídicas no expresadas. Y esta tarea de hacer explícito lo que no lo es se desarrolla mediante la técnica señalada de extender el significado de la disposición constitucional para cubrir casos no previstos por los autores de la misma, lo que supone equiparar a la sobreinterpretación de la Constitución

aceptan que la interpretación de la Constitución sea verdaderamente específica: vid. GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 237-248 [hay traducción al español de Jordi Ferrer i Beltrán: GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 414; también incluido con el título "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho... ob. cit.*, pp. 15-38].

31 A manera de ejemplo, vid. MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 256; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, prólogo de Peter Häberle, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 182; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, prólogo de Eduardo Espín Templado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 592; POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *ob. cit.*; MORESO, José Juan, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, Alicante, pp. 105-118; MENDONÇA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 91-119; y ORRINESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 25-102.

32 Cf. GUASTINI, Riccardo, "La "constitucionalización" del ordenamiento: concepto y condiciones", *ob. cit.*, pp. 161-163.

con la interpretación extensiva, en tanto pertenece al género de la llamada interpretación correctora, entendida como la que atribuye a un texto, no su significado literal más inmediato, sino uno diverso, el cual puede ser más restringido o más extenso³³. Y sólo si el significado asignado es más amplio que el estrictamente literal se hablará de interpretación extensiva.

Dicha técnica consiste, como lo expone Guastini, en extender el significado *prima facie* de una disposición jurídica para incluir en su campo de aplicación supuestos que no estarían cubiertos por ella de acuerdo a una interpretación literal estricta³⁴. Quien recurre a la interpretación extensiva puede optar por llevarla a cabo apoyándose en dos argumentos diferentes, aunque para algunos se trataría más bien de variantes de un solo argumento: *a similli*³⁵ y *a fortiori*. El uso de ambos comporta como consecuencia la creación de una norma jurídica con la que es posible colmar una laguna.

En efecto, suponiendo que la disposición D expresa la norma jurídica NJ1 cuyo contenido es "Si SH1, entonces CJ", donde SH1 es el supuesto de hecho regulado y CJ la consecuencia jurídica estatuida por la norma, y suponiendo además que hay un supuesto de hecho SH2 respecto del cual el ordenamiento jurídico no prevé solución alguna, pero que mantiene con SH1 una semejanza relevante y esencial, y entre ellos hay también lo que se conoce como identidad de razón, el argumento *a similli* permite aplicar la consecuencia jurídica CJ de la norma jurídica NJ1 al supuesto de hecho SH2, con lo cual

33 Dice Guastini: "Diremo allora che è correttiva qualunque interpretazione che attribuisca ad un testo normativo non il suo significato letterale più immediato, ma un significato diverso. Un significato diverso da quello letterale non può che essere: o più ristretto di quello letterale, o più ampio di quello letterale.": GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 366. Vid. *Id.*, *Distinguendo...*, *ob. cit.*, p. 177.

34 En palabras del autor italiano: "Si dice estensiva quella interpretazione che, per l'appunto, estende il significato prima facie di una disposizione così da includere nel suo campo di applicazione anche fattispecie che, secondo l'interpretazione letterale, non vi rientrerebbero.": GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *ob. cit.*, pp. 368 y 369. Vid. *Id.*, *Distinguendo...*, *ob. cit.*, p. 179. Por su parte, Tarello afirma: "Si riteneva aversi interpretatio estensiva allorquando l'interprete procedeva ad una estension del significato del documento do legge, sia attribuendo ad una parola un significato più lato del comune, sia estendendo la portata della legge a coprire casi analoghi a quello cui la portata apparente della legge si riferisce, sulla base di ragioni equitative...": TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 35.

35 Esta es la analogía propiamente dicha –la analogía legis– que difiere de la argumentación con base en los principios generales del derecho –analogía juris. Un estudio completo de estas cuestiones se encuentra en BOBBIO, Norberto, "Analogía", en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 1-16 [artículo publicado por primera vez en 1957]; *id.*, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 265-273 [que reúne en un solo volumen los cursos *Teoria della norma giuridica* y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, impartidos en los años 1957-58 y 1959-1960, respectivamente]; TARELLO, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 350-357; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 187; y SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 275.

se crea una norma jurídica diferente, NJ2, cuyo contenido es "Si SH2, entonces CJ". La disposición D expresa, por ende, no una sino dos normas jurídicas, y la segunda, NJ2, cubre el supuesto de hecho SH2 que es considerado como una laguna, esto es, un caso sin solución en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el argumento *a fortiori* (en sus dos variantes, esto es, *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*) sigue la lógica trazada por el argumento *a similli* con una pequeña diferencia: mediante él se conviene en que el supuesto de hecho SH2 merece, por *mayoría de razón*, la consecuencia jurídica CJ establecida para SH1 en NJ1; es decir, mantiene que si bien entre SH1 y SH2 media la misma *ratio*³⁶, las propiedades específicas que rodean a SH2 hacen que esa razón cobre más peso y, por consiguiente, que en el supuesto de hecho SH2 se deba aplicar con *mayor razón* la consecuencia jurídica CJ. No obstante, el resultado del razonamiento es exactamente el mismo: la creación de una norma jurídica distinta a NJ1 que se usa para colmar una laguna.

Así, de lo dicho se colige que la sobreinterpretación de la Constitución supone extraer los contenidos normativos implícitos en el texto constitucional por medio de la interpretación extensiva, que consiste en ampliar o extender el significado de las disposiciones para cubrir casos que no están expresamente incluidos en su campo de aplicación. La interpretación extensiva puede desarrollarse con apoyo en los argumentos *a similli* y *a fortiori*, que lógicamente derivan en la creación de una norma jurídica inédita. Por lo tanto, la sobreinterpretación de la Constitución equivale a formular normas implícitas o no expresadas por el constituyente, lo que a su vez equivale a reconocer que el intérprete constitucional crea derecho³⁷.

36 La noción clave del razonamiento por analogía es la de *ratio legis*, en la que se fundan tanto la semejanza relevante y esencial entre el supuesto de hecho regulado y el supuesto de hecho no regulado, como la identidad de razón entre ambos. Y es que para la *analogia legis* es fundamental que entre el supuesto de hecho no regulado y otros supuestos de hecho regulados y semejantes haya un elemento en común, lo que requiere formular un juicio de valor que establezca que aquello en lo que coinciden los supuestos es esencial para su regulación jurídica. Para llegar a ese juicio de valor hay que partir del fin de la norma; hay que averiguar la *ratio*, en cuanto principio que sirve de fundamento a la conexión entre el supuesto de hecho regulado y la consecuencia jurídica. Además, el elemento en común a los supuestos de hecho debe ser la *razón suficiente* que justifica que al supuesto de hecho regulado se le atribuya precisamente esa y no otra consecuencia jurídica. De ahí que la *ratio legis* se identifique con el motivo o con el fin para el cual se dispuso la norma. Por eso, la comparación entre el caso examinado y el supuesto legal debe discernir si aquello en lo que se parecen pertenece a la *ratio* de la norma o, por el contrario, si es algo accesorio e irrelevante. Cf. SALGUERO, Manuel, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

37 De ahí que la interpretación extensiva sí comporte la creación de derecho por parte del intérprete. Sin embargo, no pocos autores distinguen entre interpretación extensiva y analogía, afirmando que sólo la segunda implica la creación de una *nueva* norma jurídica. Por ejemplo, Bobbio admite que la diferencia concreta entre ellas no siempre es fácil de reconocer y que la dificultad radica en que ambas operaciones emplean el mismo procedimiento lógico; lo que cambia es el ámbito en que ese procedimiento opera. Pues en la interpretación extensiva, donde el contenido de la norma se amplía para incluir casos no previstos, el razonamiento por analogía se mueve al interior de la norma, sin salir de ella. En cambio, en la *analogia legis*, donde se crea una nueva norma, hay que apelar a un principio común que se refiere tanto

Estas consideraciones permiten ubicar a la sobreinterpretación de la Constitución bajo las coordenadas correctas. Lo que hay que determinar ahora es si aquella se despliega sobre todo el texto constitucional o sólo sobre ciertas disposiciones. Y creo que la respuesta la tiene que dar la propia Constitución. En el caso del ordenamiento jurídico mexicano, el artículo primero constitucional –no obstante su ambigüedad– autoriza la interpretación extensiva de las normas sobre derechos humanos. El segundo párrafo de este artículo prescribe que deberán interpretarse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, y pese a que esta obligación se refiere a las normas *infraconstitucionales*, no debe olvidarse que la Constitución de un ordenamiento constitucionalizado, en cuanto norma vinculante y capaz de producir efectos jurídicos, exige que se le interprete yendo más allá de su sentido literal inmediato. Para regular todos los aspectos de la vida social y política³⁸, y condicionar la validez no sólo formal sino material de las demás normas jurídicas, la Constitución requiere ser *sobreinterpretada*. La constitucionalización del derecho sería defectuosa si a la Constitución no se le interpretara más que de conformidad con la letra del texto o con el sentido exacto y propio de las palabras empleadas en él. Por ende, hay que conceder que la sobreinterpretación es parte de la lógica inherente a ese proceso y que al final

a la norma ya puesta como a la que hay que crear. En palabras del autor italiano: “...*la prima operazione è quella per cui si estende il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti, ed è nota col nome di interpretazione estensiva; la seconda è quella con cui si produce una norma nuova, in quanto della norma espressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare, e viene chiamata interpretazione analogica, o, pura e semplicemente, analogia.*”: BOBBIO, Norberto, “Analogía”, *ob. cit.*, p. 10.

Por su parte, Tarello sostiene que el argumento *a similli* puede entenderse como una regla de producción normativa o como una regla de interpretación. En este último supuesto, el argumento *a similli* se expresa por medio de la máxima “*lex minus dixit quam voluit*” y entonces el argumento funciona como vehículo de la interpretación extensiva, mientras que en su carácter de regla de producción de normas, el argumento *a similli* va más allá de la extensión del significado. Cf. TARELLO, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 351 y 352.

El propio Guastini considera que *conceptualmente* es posible trazar una distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica, pues la primera es un método interpretativo y la segunda un método de integración del derecho. Una cosa es decidir el significado de una disposición y otra diferente es crear una nueva norma. Pero Guastini reconoce que en los hechos esa distinción tiende a diluirse pues no se sabe con certeza dónde termina una y dónde comienza la otra. Cf. GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *ob. cit.*, pp. 440 y 441.

Y Manuel Salguero señala que la interpretación extensiva y la analogía se parecen entre sí porque tanto una como otra son aplicaciones específicas del principio de universalidad, que dice que los casos similares deben ser tratados de manera igual, y porque en ambas hay una *ratio* subyacente. La diferencia entre ellas –agrega– es gradual y obedece a razones normativo-funcionales y lógicas. Cf. SALGUERO, Manuel, *ob. cit.*, pp. 219-223.

38 De acuerdo con la concepción contemporánea de la Constitución, ésta tiene como funciones organizar a la sociedad civil y modelar las relaciones sociales. La Constitución ya no sólo regula las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones horizontales entre estos últimos, siendo aplicable para resolver los conflictos entre particulares. Vid. GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, prólogo de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Mínima Trotta, Madrid, 2008, pp. 48 y 49 [también publicado con pequeños cambios en *id.*, *Interpretación, Estado y Constitución*, *ob. cit.*, pp. 183-237].

termina imponiéndola. En esta medida considero que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos demandan una interpretación correctora y extensiva, fundamentada en el principio *pro homine* que establece el segundo párrafo del artículo primero constitucional. Dicho estándar no sólo controla la interpretación de las leyes sobre derechos humanos, extendiendo su significado en busca de la protección más amplia a favor de la persona, sino también de la Constitución. De otro modo, ¿qué propósito habría en interpretar las leyes sobre derechos humanos conforme al principio *pro homine*, si la misma Constitución los acota o restringe a la letra del artículo constitucional? Esto revela que si en verdad se quiere dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, no hay más remedio que interpretar las cláusulas constitucionales sobre derechos humanos ampliando el significado de las mismas hasta cubrir situaciones que no están expresamente incluidas en su ámbito de aplicación, siempre que con ello queden mejor protegidos los derechos fundamentales de la persona³⁹.

3.3 Condición quinta: la aplicación directa de las normas constitucionales

Señalé en el apartado anterior que la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales es un aspecto específico de un problema más general: la interpretación de la Constitución, entendida como una especie de la interpretación jurídica *in abstracto*⁴⁰ que busca adscribir significado a un texto normativo. De acuerdo con lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”, ésta comparte con la ley la cualidad de ser un documento normativo y, en cuanto tal, debe ser interpretado de modo similar a los textos legales. La Constitución es un conjunto de enunciados pertenecientes al discurso de fuentes del derecho (disposiciones), cuyo sentido se obtiene mediante la actividad que lleva a cabo el intérprete. El producto de esa interpretación son las normas, en cuanto constituyen el significado de las disposiciones constitucionales.

39 Esta tesis presupone una doctrina liberal de la interpretación constitucional que prescribe que a la Constitución se le interprete de modo que se circunscriba lo más posible el poder del Estado en beneficio de los ciudadanos y, al mismo tiempo, se amplíe la esfera de los derechos individuales. De suerte que se realice a la par una interpretación restrictiva de todas las disposiciones que confieren poderes a los órganos del Estado y una interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los particulares. Vid. GUASTINI, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 337.

40 La interpretación *in abstracto* es la interpretación propiamente dicha, consistente en atribuir un significado al texto normativo, es decir, en determinar qué norma o normas expresa el texto. Se opone a la interpretación en sentido estricto, la cual equivale a decidir si la norma previamente individualizada es aplicable a un caso en particular. Vid. GUASTINI, Riccardo, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 138 y 144.

Pues bien, Comanducci identifica otro modelo de Constitución como norma, el “axiológico”, que también la configura como documento normativo, pero exige que sus cláusulas incorporen contenidos materiales que sean valorados positivamente⁴¹. Bajo este modelo axiológico, la Constitución es en sí misma valiosa y su interpretación ya no es la misma que la de la ley⁴². La principal causa de ello es la presencia en la Constitución de los principios como un grupo de estándares que, diría Dworkin, se caracterizan por ser exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral⁴³. Según lo expresado por este autor, hay entre las reglas y los principios una distinción lógica o fuerte⁴⁴. Uno de los aspectos más importantes de esa distinción radica en

41 Cf. COMANDUCCI, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *ob. cit.*, pp. 108 y 109.

42 Bajo el modelo axiológico, la interpretación de la Constitución se da mediante una lectura moral de sus cláusulas. Quien más ha insistido en esta propuesta es Dworkin. Para él, la Constitución norteamericana expresa exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos mediante juicios morales particulares. “La lectura moral propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia.”: DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-139, p. 101. La lectura moral parte de la tesis de que los principios constitucionales son principios morales abstractos y que para establecerlos en el nivel más general posible hay que aceptar que todos ellos en conjunto comprometen a las autoridades con ciertos ideales políticos y jurídicos. Dworkin cree que tales ideales exigen que las personas sean tratadas como si tuvieran igual estatus moral y político; que el gobierno trate a todos con igual consideración y respete las libertades individuales. La lectura moral no promueve la libre creación del derecho por parte de los jueces. Todo lo contrario, busca acotar su discrecionalidad. Para alcanzar este objetivo, la lectura moral sostiene que la interpretación de las cláusulas constitucionales debe comenzar con lo que dijeron los redactores de la Constitución en el contexto histórico en que vivieron: se trata de averiguar *qué quisieron decir*, mas no *cuál era su intención*, es decir, lo que deseaban o esperaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron. Por otra parte, la interpretación constitucional va a estar controlada por el requisito de integridad, que impide a los jueces leer según sus propias convicciones morales. La lectura de las cláusulas morales abstractas ha de realizarse a la luz del diseño estructural de la Constitución como un todo y de interpretaciones más antiguas de otros jueces: “Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro que, en conjunto, elaboran una moral constitucional coherente, y deben tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto.”: *ibid.*, p. 110.

43 Cf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

44 *Ibid.*, pp. 74 y 75. Alexy también ha llegado a reconocer una diferenciación estricta o de carácter cualitativo entre reglas y principios fundada en la propiedad que tienen los últimos de ser mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (1ª reimpr.), p. 86. De la misma manera, Atienza y Ruiz Manero han defendido una distinción fuerte entre reglas y principios. Cf. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-44.

Otros autores de plano aceptan únicamente una distinción débil o de grado entre reglas y principios: vid. CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 57-74; PINTORE, Anna, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 24-27; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 32-64; *id.*, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, *ob. cit.*, pp. 47-68; y COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21-II, 1998, Alicante, pp. 89-104 [incluido también en COMANDUCCI, Paolo, *Asaggi*

cómo son aplicadas las reglas y los principios en los casos concretos. Las primeras son aplicables a la manera de disyuntivas: "Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión"⁴⁵; en tanto que los segundos enuncian "una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige[n] una decisión en particular."⁴⁶. A diferencia de las reglas, los principios poseen una dimensión de peso o importancia que significa que: "Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno."⁴⁷. Este rasgo ha hecho que la mayoría de los autores sostenga que mientras la subsunción es la técnica idónea para aplicar las reglas, los principios demandan un método diferente conocido como ponderación⁴⁸.

El estudio de los principios y la ponderación es fundamental para el tema relacionado con la aplicación directa de la Constitución debido a que: 1) los principios son las normas constitucionales por antonomasia en los ordenamientos constitucionalizados⁴⁹ (se habla incluso de un derecho

di metaetica due, ob. cit., pp. 81-95].

45 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio, ob. cit., p. 75.*

46 *Ibid., p. 76.* En términos muy parecidos, Zagrebelsky señala que los principios proporcionan criterios para tomar una decisión ante situaciones concretas. Como los principios carecen de "supuesto de hecho" –dice– no pueden aplicarse mediante la lógica de la subsunción; sólo se les hace reaccionar ante situaciones particulares. La aplicación de los principios requiere que, "cuando la realidad exija de nosotros una "reacción", se tome "posición" ante ésta de conformidad con ellos.": ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil..., ob. cit., p. 111.*

47 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio, ob. cit., p. 77.* En el mismo sentido, vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil..., ob. cit., p. 125.*

48 Aunque muchos han criticado los términos precisos en que Dworkin traza la distinción entre los dos tipos de estándares, regularmente se acepta que la aplicación de los principios es diferente a la de las reglas. Con todo, no es que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si ambas operaciones fuesen mutuamente excluyentes. Lo que sucede es que tienen lugar en fases distintas de la aplicación del derecho. Según Prieto, la subsunción ocurre antes y después de la ponderación: "En otras palabras –dice–, antes de ponderar es preciso "subsumir", constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios... [...] Pero si antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir... esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, después de ponderar creo que aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción.": PRIETO SANCHIS, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en LAPORTA, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos, ob. cit., pp. 221-251, p. 236.* En el fondo, la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible. En este sentido, vid. MORESO, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s), ob. cit., pp. 99-121.* También vid. GASCÓN ABEILLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho, 2ª ed. corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 317 y 318.*

49 Dice Zagrebelsky: "Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios... Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.": ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil..., ob. cit., pp. 109 y 110.*

principalista)⁵⁰; 2) los principios son normas que positivizan derechos humanos y los incorporan al ordenamiento jurídico a nivel constitucional, confiriéndoles supremacía jurídica⁵¹; 3) hay una omnipresencia de los principios constitucionales en todas las áreas del derecho y en todas las controversias mínimamente relevantes, de tal suerte que “es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación... en el texto constitucional...”⁵²; 4) la Constitución produce un efecto de irradiación sobre la totalidad del ordenamiento jurídico a través de los principios, los cuales impregnan cualquier materia susceptible de regulación jurídica, por lo que “todo deviene derecho constitucional”⁵³ y 5) cuando al aplicar un principio constitucional se suscita un conflicto con otro, el intérprete ha de ponderarlos con base en el juicio de proporcionalidad para asignarles un peso relativo en el caso concreto, que es en lo que radica propiamente la ponderación⁵⁴.

50 Vid. COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *ob. cit.*, p. 97. También se ha hablado de una concepción principalista del derecho para aludir al no positivismo de autores como Alexy y Dworkin: vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 444.

Según Prieto, bajo la rehabilitación principalista se ocultan los siguientes lemas: más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más derecho que ley, más moralidad que derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que uniformidad política, menos relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al derecho, así como un derecho dúctil en lugar de un derecho a secas. Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *ob. cit.*, p. 48.

51 De este modo, los derechos quedan separados de la ley y protegidos de los abusos del legislador. Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 51.

La supremacía de los derechos ha dado origen a uno de los problemas centrales del constitucionalismo: la disputa mantenida entre los partidarios de la democracia y los defensores de los derechos humanos. Quienes defienden la primacía de los derechos los consideran como límites a la democracia y aducen que el poder contra-mayoritario de los jueces se justifica en la medida en que lo ejercen para protegerlos. Esto repercute en la argumentación constitucional pues la superación del déficit de legitimidad democrática de los jueces constitucionales dependerá de que el discurso justificativo que desarrollen obedezca al modelo del diálogo racional, mismo que no podrá estar guiado exclusivamente por la idea de corrección. Lo que ocurre –dice Atienza– es que no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de uno condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas, lo cual sugiere que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que vale la pena tomar en cuenta. Cf. ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *ob. cit.*, pp. 170-172.

52 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 123-158, p. 132. Continúa diciendo este autor que “... detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice...”, y que “...la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas...”, etc.

53 *Idem.*

54 Para Atienza, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, supone siempre la ponderación en cualquiera de sus formas, esto es, la ponderación en sentido estricto (que se da sobre principios) o lo que él llama concreción (que opera en relación con las directrices). Cf. ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *ob. cit.*, p. 164.

Si, en efecto, el proceso de constitucionalización supone la aplicación directa de todas las normas constitucionales, entonces los órganos jurídicos deberían validar los principios de rango constitucional –en el sentido de darles fuerza o firmeza- sin necesidad de que haya una ley de por medio que los desarrolle o concretice. Sabido es que el artículo primero de la Constitución mexicana –a partir de la reforma del diez de junio- prescribe a toda autoridad normativa la obligación de promover, respetar, proteger y *garantizar* los derechos humanos en el ámbito de sus competencias. De ahí que los jueces del país tengan que ponderar principios constitucionales o balancear derechos humanos, convirtiéndose en aplicadores directos de la Constitución y ya no exclusivamente de la ley. Esta capacidad virtual del juzgador es corroborada por el hecho de que los principios de los actuales ordenamientos constitucionalizados no cumplen más la función de ser fuente jurídica secundaria y supletoria como los antiguos principios generales del derecho, que debían colmar las lagunas a falta de regla legislada⁵⁵, haciendo realidad el postulado de la plenitud del ordenamiento sobre el que se fundó el positivismo jurídico estatalista y legalista del siglo XIX⁵⁶. Los principios del nuevo constitucionalismo son normas jurídicas con individualidad propia⁵⁷, vinculantes y de aplicación directa. Por eso es necesario insistir en la importancia de la ponderación de los principios constitucionales. En este sentido, las teorías que se articulan a su alrededor son muy diversas. Sin ánimo de exhaustividad me parece que podrían clasificarse en tres grandes grupos, si bien es necesario mencionar que hay posiciones que probablemente no serían reconducibles a ninguno⁵⁸. Por

55 Se afirma que, en realidad, los principios generales del derecho cumplían tres funciones: fundamentadora o informadora de todo el ordenamiento jurídico; interpretativa de las normas jurídicas y supletoria de la ley y la costumbre. Vid. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 163; PRIETO SANCHÍS, Luis, “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en AA.VV., *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 335-360; y BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *ob. cit.*, pp. 127 y 128.

56 Vid. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 243.

57 Dejo de lado el problema de si los principios pueden ser identificados o no por medio de la regla de reconocimiento, el cual, como se sabe, ha dado origen a la disputa al interior del positivismo jurídico poshartiano entre positivistas excluyentes y positivistas incluyentes. Para una visión general del problema con inclinaciones hacia el positivismo excluyente, vid. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 283. Sobre la visión opuesta proclive al positivismo incluyente, vid. MORESO, José Juan, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116. Sobre mi posición personal acerca del positivismo incluyente y excluyente, vid. ORTEGA GARCÍA, Ramón, *Compromiso mutuo y derecho: un enfoque convencionalista*, Jurídica de las Américas, México, 2010, pp. 148 y ss.

58 Sería el caso de Habermas, quien critica a la ponderación porque privaría a los principios constitucionales de todo poder normativo y conducirían a la irracionalidad, o el de José Juan Moreso, quien ha optado por seguir una vía intermedia entre el universalismo y el particularismo en estos asuntos. Vid. ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, *ob. cit.*, pp. 74-102.

eso, la clasificación que propongo, más que una lista definitiva y cerrada, ha de verse como una mera guía orientadora.

De acuerdo con esa clasificación, un primer grupo de teorías estaría formado por las que afirman que la ponderación aumenta la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho, dado que no hay una jerarquía estable y general entre los principios. Para Comanducci, uno de los exponentes más representativos de esta tendencia, no es que no haya buenas razones para promulgar principios, o para configurarlos o ponderarlos. Su escepticismo se basa, más bien, en que estas actividades no persiguen el valor de la seguridad jurídica, sino "otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones "al por mayor", el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente la étero (sic) y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo."⁵⁹

Pero sin importar cuán valiosos puedan ser todos estos fines, el recelo de Comanducci hacia los principios y la ponderación está motivado por su rechazo a la existencia de una moral objetivamente válida, susceptible de ser conocida, compartida y aplicada por todos los jueces. En ausencia de una moral común, sostiene, la promulgación y la ponderación de principios aumenta la discrecionalidad del juez, quien decide los casos "haciendo referencia a sus propias y subjetivas concepciones de la justicia"⁶⁰, y esto, a su vez, incrementa la incapacidad de prever por anticipado las consecuencias jurídicas de las acciones, es decir, la indeterminación *ex ante* del derecho, con lo cual la seguridad jurídica queda seriamente en entredicho.

El segundo grupo lo constituyen las teorías que asumen que el conflicto entre dos principios puede ser visto en términos de una antinomia parcial-parcial⁶¹, según la clasificación establecida por Ross, y afirman que el método más indicado para resolverla consiste en instituir una relación jerárquica entre los principios que se contradicen: una jerarquía axiológica y móvil fundada sobre un juicio de valor subjetivo del intérprete. Guastini, quien mejor repre-

59 COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *ob. cit.*, p. 104. Vid. *id.*, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", *ob. cit.*, p. 87.

60 *Id.*, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *ob. cit.*, p. 103.

61 Dice Guastini: "Orbene, il bilanciamento dei principi presuppone anzitutto che i due principi coinvolti, P1 y P2, siano interpretati nel senso che le classi di fattispecie da essi disciplinate si sovrappongono solo parzialmente, sicché l'antinomia che ne risulta sia del tipo "parziale-parziale.": GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo...* *ob. cit.*, p. 144.

senta esta postura⁶², asevera que para resolver una antinomia parcial-parcial, hay que asignar a una de las dos normas un mayor peso respecto de la otra. La norma dotada de mayor valor es la que prevalece, en el sentido de que es aplicada, mientras que la norma axiológicamente inferior, sucumbe, en el sentido de que es descartada. Pero esta comparación sólo vale para el caso concreto que se examina, puesto que todos los principios tienen el mismo valor en abstracto. Por eso, la jerarquía axiológica que resuelve el conflicto es inevitablemente cambiante e inestable: nada impide que pueda invertirse en casos futuros⁶³.

Finalmente, el tercer grupo de teorías se distancia de los dos anteriores en tanto que, por un lado, no guarda recelo frente a la ponderación: no la mira con escepticismo como Comanducci, sino que la reconoce como una pieza clave del constitucionalismo contemporáneo; por el otro, rechaza que la ponderación sea producto de la arbitrariedad y de las pasiones subjetivas del juez, al estilo de Guastini, y en cambio propone dotarla de controles o parámetros de racionalidad. Este tercer grupo lo encabeza Alexy con su tesis que considera a los principios como mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Dicha caracterización supone que un conflicto entre dos principios deberá resolverse de manera diferente a como se resuelven las contradicciones entre reglas. Cuando dos reglas se contradicen, en efecto, el intérprete recurre a los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, y el resultado será que alguna de las reglas deje de ser válida o que una opere como excepción de la otra, restringiendo el ámbito de validez de esta última. Por el contrario, cuando el conflicto se entabla entre dos principios, ambos seguirán siendo válidos, por más que en el caso concreto y dependiendo de las circunstancias, uno sea el que triunfe en definitiva.

Según Alexy, para resolver el conflicto entre dos principios hay que establecer una relación de precedencia condicionada, es decir, una regla que estipule las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro. La construcción de esa regla ha de ajustarse a una estructura de ponderación que da paso al principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: ade-

62 Una posición similar es la de MENDONÇA, Daniel, *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 93.

63 "L'operazione di bilanciamento dei principi si fonda dunque su una peculiare interpretazione dei principi di cui si tratta, nonché su un soggettivo giudizio di valore (un giudizio in termini di "giustizia") del giudice... Inoltre, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz'altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull'altro (come accadrebbe invece se si adottasse il criterio *lex specialis*); ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri.": GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo... ob. cit.*, p. 145.

cuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los primeros dos expresan la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de los principios en juego de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, mientras que el tercero expresa la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas, determinadas por otros principios que pugnan en sentido contrario⁶⁴.

De los tres subprincipios de la ponderación, el más importante es el tercero, el de proporcionalidad en sentido estricto. Alexy lo denomina “ley de ponderación” y la resume así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁶⁵ Este juicio de proporcionalidad, a su vez, puede desglosarse en tres fases sucesivas: la primera consiste en establecer el grado de afectación al primer principio; la segunda en determinar la importancia de satisfacer el principio contrario y la tercera en averiguar si la conveniencia de dar cumplimiento a un principio justifica el menoscabo del otro. Alexy señala que la intervención que sufre un principio se clasifica en leve, moderada y alta, y las razones que justifican esa interferencia pueden ser más fuertes o más débiles. Ello le permite asegurar que, frente a un conflicto entre dos principios constitucionales, si la afectación de uno es alta y las razones que justifican la intervención a favor del otro son débiles, entonces dicha interferencia viola el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, Alexy mantiene que la ponderación puede servirse de la aritmética para establecer si la violación a un principio es grave, moderada o leve, y si el peso abstracto del principio es bajo, medio o alto, asignándoles valores numéricos que se expresarían en una fórmula matemática, misma que haría posible establecer el peso concreto de cada principio en el caso de que se trate.

Pues bien, más que tomar partido por alguna de estas posiciones –que no están exentas de problemas ni han logrado salvarse de las críticas– me limitaré a expresar algunas tesis básicas relacionadas con la ponderación que podrían servir de base para futuras especulaciones. Son cinco tesis que constituirían algo así como el contenido mínimo de la ponderación, a saber⁶⁶: (1) la colisión entre dos principios se presenta cuando en algún caso concreto concurren de modo simultáneo y conflictivo, pues si se les considera *in abstracto*, todos los principios tienen igual valor, no habiendo un orden de prelación entre

64 Para un estudio de estos subprincipios, vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 308-314; y ORUNESU, Claudina, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

65 ALEXY, Robert, *ob. cit.*, p. 161.

66 Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, *ob. cit.*; *id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *ob. cit.*

ellos; (2) el conflicto entre dos principios no puede resolverse mediante los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*; ello supone que los principios en pugna conservan su validez intacta, aunque en el caso particular uno termine desplazando al otro; (3) la tensión entre los dos principios se resuelve mediante un orden de preferencia por el que se determina cuál posee mayor peso concreto de acuerdo a las circunstancias del caso en cuestión; esto es posible porque los principios no constituyen razones concluyentes para actuar, sino sólo razones *prima facie*; es decir, razones que pueden ser derrotadas por otras más fuertes; (4) para establecer ese orden de preferencia en el caso individual se hace necesario recurrir al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser considerado como el verdadero núcleo de la ponderación; y (5) esta técnica tiene un carácter valorativo y comporta un margen de discrecionalidad más o menos amplio por parte del juez, si bien no hay que pensar en ella como una operación puramente arbitraria, como un juicio basado en la mera intuición, la corazonada o el presentimiento, sino como un método ajustado a cánones de racionalidad.

Para concluir, cito unas palabras de Luis Prieto Sanchís relativas al desafío que representa la ponderación en todas aquellas jurisdicciones en donde los jueces comunes actúan como aplicadores directos de la Constitución –que me parece es el caso de México a partir de la reforma al artículo primero constitucional del año pasado:

"... el desafío que presentan una Constitución rematerializada y el consiguiente juicio de ponderación no se cifra tanto en que ello permita el control abstracto de la ley a partir de valoraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino en que se abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias: la primera es que, con independencia de si en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, en ocasiones su juego deberá traducirse en una desaplicación; esto es, en un reconocimiento de que, a pesar de que la ley es constitucional y pertinente al caso, debe sin embargo quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. La segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario."⁶⁷

67 *Id.*, "El juicio de ponderación constitucional", *ob. cit.*, p. 250.

3.4 Condición sexta: la interpretación conforme a la Constitución

Esta condición de la constitucionalización supone que para los jueces y demás operadores del derecho es obligatorio interpretar las leyes de manera tal que su significado esté de acuerdo con el de la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento. Guastini la llama interpretación “adecuadora” o “armonizante” de las leyes:

“La interpretación adecuadora es aquella que adecúa, armoniza la ley a la Constitución (se entiende, previamente interpretada), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional.”⁶⁸

Para comprender mejor las ideas expuestas en este párrafo, conviene analizar algunos presupuestos de carácter teórico que guardan relación directa con el tema de la interpretación jurídica. Uno de esos presupuestos es la diferencia que suele establecerse entre disposición y norma.

Siguiendo al profesor italiano⁶⁹, una disposición es todo enunciado que pertenece a una fuente del derecho (i.e. Constitución, tratado, ley, código, reglamento, circular, sentencia, etc.), en tanto que una norma es el contenido de ese enunciado, es decir, el significado de la disposición. Se trata de una diferencia crucial pues la interpretación jurídica, como actividad, tiene por objeto los enunciados adscritos al discurso de las fuentes, esto es, las disposiciones, mientras que el resultado de esa actividad son propiamente las normas. Una norma viene siendo, pues, una disposición interpretada y, en este sentido, reformulada por quien la interpreta. También es un enunciado, pero a diferencia de la disposición, pertenece al lenguaje o discurso del intérprete.

Dice Guastini que la importancia de la diferenciación entre disposiciones y normas radica en que no hay una correspondencia biunívoca entre unas y

68 GUASTINI, Riccardo, “La “constitucionalización” del ordenamiento: concepto y condiciones”, *ob. cit.*, p. 165. Según otros autores: “... se habla de interpretación conforme a la Constitución... cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son.”: GASCÓN ABEILLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 286 y 287.

69 Cf. GUASTINI, Riccardo, *Teoría e dogmatica delle fonti*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss.

otras⁷⁰. Esto se debe, en primer lugar, a que muchas disposiciones poseen un significado complejo: expresan una multiplicidad de significados simultáneos. Desde este punto de vista, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *conjuntas*. En segundo lugar, muchas disposiciones son ambiguas: expresan una multiplicidad de significados alternativos. Cuando esto ocurre, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *disyuntivas*. También puede acontecer que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas o iguales, de suerte que a las dos les corresponda la misma norma. O puede suceder que sólo sean parcialmente sinónimas y que expresen conjuntos de normas que en parte se sobrepongan, siendo redundantes. Asimismo, puede haber disposiciones que no expresen ninguna norma, que estén privadas de todo contenido normativo, como los enunciados que forman parte de los preámbulos o declaraciones que se suelen anteponer al texto de una ley. Por lo demás, puede haber disposiciones que expresen un fragmento o varios fragmentos de una sola norma⁷¹, o una norma incompleta⁷². Finalmente, puede darse el caso contrario, el de normas que carezcan de disposición, como las que provienen de la costumbre y las que Guastini llama “implícitas” o “no expresas”, es decir, aquellas que pueden ser inferidas a partir de normas explícitas, bien por medio de un razonamiento lógico-deductivo (con o sin el apoyo de premisas adicionales), bien por medio de un razonamiento no deductivo y lógicamente inválido⁷³.

70 En el mismo sentido se pronuncia Ezquiaga Ganuzas: “Aunque... la norma se identifica con el significado atribuido a una disposición como consecuencia de su interpretación, la relación entre disposición y norma no es biunívoca, es decir, cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición.”: EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 51.

Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg también coinciden al afirmar que: “Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una correspondencia biunívoca, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas.”: MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *ob. cit.*, p. 93.

71 En palabras de Guastini: “*Possono dirsi “frammenti di norma” tutti quegli enunciati (non prescrittivi) presenti nel discorso legislativo, che possono essere usati solo in combinazione con norme imperative o permissive: ad esempio, disposizioni definitorie, disposizioni abrogatrici, disposizioni di interpretazione autentica, e via enumerando.*”: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e dogmática delle fonti*, *ob. cit.*, p. 19, nota 12.

72 Dice Guastini que son normas incompletas todas aquellas que contienen un término que reenvía a otra norma o que presupone la interpretación de otras normas: *ibid.*, p. 19, nota 13.

73 Para un examen detallado de todos estos supuestos, vid. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *ob. cit.*, pp. 60 y ss. Victoria Iturralde prefiere adoptar una terminología diferente a la de disposición y norma. Las razones que invoca son dos: por un lado, dice que la distinción entre disposiciones y normas alberga un escepticismo semántico exagerado conforme al cual, las expresiones jurídicas no tendrían nunca un significado unívoco; por el otro, dice que esa distinción presupone una determinada concepción del derecho que ella no comparte, a saber: la que lo ve como producto de lo que hacen y dicen los jueces, exclusivamente. Cf. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 45.

Lo que hay que subrayar es que en todos estos casos las normas expresadas por una o varias disposiciones son variables dependientes de la actividad interpretativa. De ahí que el tema de la distinción entre disposición y norma se encuentre estrechamente vinculado con el de la interpretación jurídica. Sabido es que para cierta concepción teórica, ampliamente difundida entre los miembros de la Escuela genovesa del derecho, la interpretación del derecho consiste esencialmente en un acto de voluntad y no de conocimiento: el intérprete decide el significado de una disposición; no lo “descubre”, como si éste se encontrara oculto entre las palabras⁷⁴. Y dado que toda disposición encierra potencialmente diversos significados plausibles (i.e. expresa múltiples normas susceptibles de validez), el intérprete deberá elegir el significado (i.e. la norma) para el caso que tiene entre manos. Ello supone que la interpretación jurídica es una actividad fundamentalmente discrecional, mas no arbitraria. La decisión del intérprete tiene límites que están dados por las convenciones lingüísticas e interpretativas de la comunidad a la que pertenece⁷⁵. Eso no impide, naturalmente, que una misma disposición reciba distintas interpretaciones en un momento dado o, incluso, en momentos diferentes. Así se ponen de manifiesto dos cosas, a saber: que la interpretación jurídica no tiene como desenlace un único resultado “correcto”, por decirlo de algún modo, y que la interpretación jurídica posee un carácter esencialmente dinámico puesto que el significado de las disposiciones cambia a lo largo del tiempo.

74 Guastini, refiriéndose a la teoría cognoscitivista de la interpretación jurídica, señala: “Questo modo di vedere si fonda su fallaci assunzioni. O sulla credenza che le parole incorporino un significato “proprio”, intrinseco, dipendente non dall’uso delle parole stesse, ma dalla relazione “naturale” tra parole e realtà. O sulla credenza che le autorità normative (che comunemente, nel mondo moderno, sono organi collegiali e, per giunta, internamente conflittuali) abbiano una “volontà” univoca e riconoscibile come gli individui. Si ritiene, per conseguenza, che scopo dell’interpretazione sia semplicemente “scoprire” questo significato oggettivo o questa volontà soggettiva, preesistenti. Si ritiene in oltre che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione “vera”. Disgraziatamente, le cose non stanno così. Da un lato, una cosa come il significato “proprio” delle parole semplicemente non esiste: il significato delle parole è una variabile dipendente del modo di usarle e di intenderle. Sicché ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l’emittente, o il significato che gli attribuisce il fruitore. Dall’altro lato, nel mondo moderno, non sembra sensato dire che gli organi legislativi, in quanto organi collegiali, abbiano una “volontà” univoca suscettibile di accertamento. Insomma, l’interpretazione ha ad oggetto non norme fatte e rifinite, ma piuttosto disposizioni –ossia enunciati in lingua- suscettibili di molteplici interpretazioni. Soprattutto –dal momento che le disposizioni non hanno un solo e univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza- l’interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria.”: GUASTINI, Riccardo, *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Turin, 1995, p. 19.

75 Claro que estas convenciones también deben ser interpretadas y cabe la posibilidad de que en algún extremo no ofrezcan una guía clara para establecer el significado de las palabras. Luego, si el intérprete no quiere que su decisión sea sinónimo de arbitrariedad, tendrá que apelar a otro tipo de criterios, tales como los que resalta Carrió al hablar de los casos de la zona de penumbra. Dice que si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria estos casos, tienen que poseer “una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a la que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento.”: CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971 (3ª reimpr.), p. 49.

Con base en esto, quien interpretara un texto legal conforme a la Constitución tendría que proceder más o menos así: primero, interpretar la disposición constitucional de que se trate; suponiendo que ella expresara –potencialmente– las normas N_{c1} , N_{c2} o N_{c3} , el segundo paso sería elegir el significado (i.e. la norma) para el caso en cuestión. Digamos que se eligiera, bajo una interpretación evolutiva, o teleológica o consecuencialista, a N_{c1} , el tercer paso sería interpretar el texto de la ley. Suponiendo que la disposición legal expresara –también potencialmente– las normas N_{l1} , N_{l2} o N_{l3} , el paso final del intérprete sería elegir aquella que resultara compatible con N_{c1} . De esta manera, como señalan Marina Gascón y Alfonso García Figueroa, la finalidad de la interpretación conforme es la de una regla interpretativa que indica cómo hay que interpretar los textos jurídicos: “en concreto, [ella] establece que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquellas que se acomoden a las exigencias de la Constitución.”⁷⁶.

Es preciso advertir que en el caso mexicano, la interpretación conforme supondrá un desarrollo más elaborado que el del ejemplo anterior pues hay que tomar en cuenta, no sólo el texto constitucional, sino los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte (o lo que algunos consideran un bloque de constitucionalidad similar al que se reconoce en otros países). No obstante, el ejemplo que antecede –por sencillo que sea– no es que carezca de utilidad; persigue fines estrictamente académicos con objeto de explicar la cita de Guastini. Toda vez que ésta es la guía de mis reflexiones sobre el tema de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, he creído conveniente examinar sus presupuestos teóricos vinculados con la interpretación jurídica. Uno de ellos ha sido la distinción entre disposición y norma; otro sería el de las antinomias. Acerca de este último punto, me interesa revisar el caso de las contradicciones que se producen entre normas de diferente grado, haciendo hincapié en el problema de las leyes inconstitucionales. La razón es simple: la interpretación conforme es un instrumento para prevenir o evitar la presencia de leyes que contradigan la Constitución, así como la consiguiente declaración de su inconstitucionalidad. En este sentido, la interpretación conforme es una regla de la interpretación sistemática, ligada al principio de supremacía constitucional, pues en la medida en que la Constitución constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico, las demás normas que pertenecen a él deberán ser interpretadas bajo su lupa⁷⁷.

76 Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *ob. cit.*, p. 287. M^o Ángeles Ahumada menciona que la interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, sino en lo que se ha dado en llamar una “directiva de preferencia”, en tanto que ella no impone “una” interpretación sino la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta no contraria a la norma constitucional. Cf. AHUMADA, M^o Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, M^o Ángeles y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, *ob. cit.*, pp. 123-159, p.143.

77 En este sentido, la interpretación conforme es una manifestación particular del principio general que

Como se sabe, una antinomia se suscita cuando dos normas jurídicas vigentes reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto, consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí (incompatibilidad por contradictoriedad o por contrariedad)⁷⁸. Por ejemplo:

(N1): "Si SH1, entonces C1"; y

(N2): "Si SH1, entonces no-C1".

Estas normas enlazan a un mismo supuesto de hecho (SH1), consecuencias jurídicas lógicamente opuestas y de imposible ejecución simultánea (C1 y no-C1). Ahora bien, si la interpretación jurídica es una actividad que consiste en decidir el significado de las disposiciones pertenecientes al discurso de las fuentes del derecho, y si las normas son vistas como resultado de esa actividad, esto es, como el contenido de significado de las propias disposiciones, entonces la conclusión que se sigue es que las incompatibilidades entre normas se originarán como consecuencia de la interpretación jurídica. En efecto, cabe la posibilidad de que el intérprete de una disposición le atribuya un significado que esté en conflicto con el de otras disposiciones. Y si eso ocurre, el intérprete habrá creado una incompatibilidad entre normas, es decir, una antinomia. Sin embargo, así como el intérprete crea antinomias, también puede prevenirlas. Para ello tiene que atribuir a la disposición un significado compatible con el de las demás, o sea tiene que interpretarla de modo que la norma que exprese no entre en colisión con las normas que corresponden a otras disposiciones. Habrá casos en donde no sea posible prevenir el surgimiento de antinomias con ayuda de la interpretación. Así sucederá cuando la disposición exprese un único significado, determinado por los usos lingüísticos establecidos y respecto del cual el intérprete no pueda apartarse, so pena de transgredir las reglas convencionales del lenguaje. En tales supuestos se hace necesario recurrir a los criterios para resolver antinomias, comúnmente clasificados en dos grupos: los formales (el jerárquico, el de competencia y el cronológico) y los sustanciales (el de especialidad, el de excepcionalidad y el

dice que es obligatorio interpretar las normas de conformidad con otras de mayor rango jerárquico.

78 Dice Guastini: "Ebbene, il diritto presenta un'antinomia normativa –o un conflitto tra norme, che dir si voglia –ogniquavolta due diverse norme connettono ad una medesima fattispecie... singolare e concreta due conseguenze giuridiche tra loro incompatibili. Detto altrimenti: si dà un'antinomia ogniqualvolta un caso concreto sia suscettibile di due diverse ed opposte soluzioni.": GUASTINI, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, ob. cit., p. 215.

Sobre el tema de las antinomias, vid. RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 147; HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, IJ-UNAM, México, 2003, pp. 215; y CHIASSONI, Pierluigi, "Antinomias", en ORTEGA GOMERO, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Ara editores, Lima, 2010, pp. 267-317.

axiológico)⁷⁹. El verdadero problema surge cuando en el caso concreto ninguno de estos criterios es aplicable, o cuando son aplicables dos o más criterios que llevan a resultados inconsistentes (debido, por ejemplo, a que de acuerdo con el primer criterio debe prevalecer la norma N1, pero de acuerdo con el segundo criterio debe prevalecer la norma N2, la cual resulta contraria a N1).

Al tratarse de conflictos entre normas de diferente grado, el criterio que invariablemente se aplica es el expresado en el aforismo "*lex superior derogat legi inferiori*"⁸⁰. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en que realmente existan ese tipo de antinomias. Me referiré a un caso en particular: el de Hans Kelsen⁸¹. A este célebre jurista se debe la idea de que el derecho es un orden compuesto por normas superiores e inferiores⁸². Según el autor de la teoría pura del derecho, la norma que regula la producción de otra, representando el fundamento de su validez, esto es, la razón por la cual existe y debe ser obedecida, constituye una norma superior con respecto a una inferior. Dado que el derecho es un orden normativo *dinámico*, una norma superior establece la *forma* de producción de la norma inferior, es decir, establece el órgano y el procedimiento de su creación⁸³. Esto significa que la norma de nivel inferior es válida por haber sido establecida de acuerdo a lo prescrito por la norma de nivel superior, que a su vez vale por haber sido dictada con arreglo a otra norma superior y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante básica del ordenamiento jurídico nacional, que ya no es una norma impuesta sino presupuesta, y cuya función consiste en instaurar el hecho fundante productor del derecho. Esa norma es la constitución en sentido lógico-

79 Vid. CHIASSONI, Pierluigi, "Antinomias", *ob. cit.*, p. 309; y BOBBIO, Norberto, "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la teoría del derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 339-353.

80 El tema de las antinomias entre normas de diferente grado presupone el de las diferentes jerarquías normativas que reconoce la teoría del derecho, el cual no habré de analizar en el presente ensayo. Sin embargo, un estudio exhaustivo del mismo se encuentra en FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 135-167.

81 Un texto conciso y brillante sobre la importancia que la doctrina de Kelsen mantiene en nuestro tiempo, es el de SCHMILL, Ulises, "Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho", en VALADÉS, Diego *et al.* (coords.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, Siglo XXI-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 143-168.

82 Dice Kelsen: "El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas.": KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1983 (3ª reimpr.), p. 232.

83 Tal es la razón por la cual se califica a la teoría de Kelsen como formalista: "Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta.": *ibid.*, p. 205.

jurídico, distinta a la constitución en sentido jurídico-positivo y que en algunas obras es considerada por Kelsen como una condición lógico-trascendental de acuerdo al significado kantiano de la expresión –pues permite interpretar el sentido subjetivo de ciertos actos humanos de voluntad como un conjunto de normas jurídicas objetivamente válidas, susceptibles de ser descritas por los enunciados normativos de la ciencia jurídica. La *Grundnorm* de Kelsen, que fundamenta la validez objetiva del ordenamiento jurídico positivo, constituye además la unidad de ese orden, en cuanto todas las normas que lo integran pueden referir a ella su validez, directa o indirectamente.

Pues bien, asumiendo que la estructura del ordenamiento jurídico es una construcción escalonada de normas superiores e inferiores que tienen como fundamento común de validez a la misma norma fundante básica, y que ella confiere unidad lógica a todo el ordenamiento, Kelsen se pregunta si es posible que se suscite algún conflicto entre una norma superior y una inferior. Su respuesta es contundentemente negativa. En tanto que la norma de nivel superior regula la producción de la norma de nivel inferior, carece de sentido afirmar que entre ellas se produzca una contradicción. La razón obvia es que la segunda tiene su fundamento de validez en la primera⁸⁴. Esto es importante entenderlo porque se vincula con el tema de las leyes inconstitucionales. Entre la Constitución y una ley existe la misma relación que entre una norma superior y una inferior, en cuanto la Constitución es la norma o normas positivas que regulan la creación de las leyes. La Constitución –dice Kelsen- determina los órganos autorizados para la producción de las normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Sin embargo, es posible que también determine el contenido de esas normas, prohibiendo o excluyendo ciertos contenidos⁸⁵,

84 Kelsen señala: "Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior –es decir, entre una norma que determina la producción de otra, y esta otra- no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior.": *ibid.*, p. 217.

De hecho, Kelsen rechaza la posibilidad de que dos normas se contradigan entre sí con base en la tesis de que los principios de la lógica y, en particular, el principio de contradicción, sólo se aplican a los enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos, mientras que las normas no son susceptibles de verdad ni de falsedad. Los principios lógicos sólo serían directamente aplicables a los enunciados de la ciencia jurídica. Sin embargo, en virtud de que éstos se refieren a las normas jurídicas describiendo su contenido, esos principios también serían aplicables a las propias normas, si bien indirectamente. Esta tesis sufrió un cambio drástico en las obras de Kelsen posteriores a 1960, en donde rechazó tajantemente la aplicación de la lógica al derecho. Vid. RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 51-81; y RUIZ SANZ, Mario, *ob. cit.*, pp. 17-28.

85 Esa sería la función del listado de derechos y libertades fundamentales, como parte integrante de las Constituciones modernas: excluir ciertos contenidos en la legislación futura. En palabras del autor austríaco: "Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no

en cuyo caso, la Constitución adquiere el doble carácter de norma procedimental y sustantiva, si bien la importancia concedida a la dimensión formal en el proceso de producción de normas es decididamente mayor, tal como se infiere del hecho de que el órgano legislativo, a diferencia del juez constitucional, se encuentra sometido a la Constitución en lo que hace al procedimiento que debe seguir para crear normas generales, y *sólo excepcionalmente*, en lo que respecta al contenido que deben tener. Sostiene Kelsen:

"Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales-, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional."⁸⁶

Dado que la Constitución es el fundamento de la validez de las normas jurídicas generales, en cuanto regula su producción, una ley válida no puede ser inconstitucional. Porque una ley sólo puede valer o existir cuando se funda en la Constitución. Por eso, la afirmación de que una ley válida es inconstitucional constituye una *contradictio in adjecto*⁸⁷. Dicho en otros términos: una ley contraria a la Constitución no podría ser sino inválida, y dado que la validez de una norma cualquiera se identifica con su existencia específica, una ley que careciera de esa cualidad no sería derecho. Siendo así, ¿qué habría que entender por ley inconstitucional? Dice Kelsen que si esta expresión ha de tener algún sentido jurídico posible, entonces sólo puede querer decir una cosa, a saber: que la ley puede ser anulada mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución. La ley no es nula *ab initio*, sino anulable. Sin embargo, está claro que "mientras la ley no sea anulada, tiene que ser

solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la ley en cuestión vulnere los límites establecidos por la Constitución.": KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155, pp. 115 y 116.

86 *Ibid.*, p. 131.

87 Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 277.

considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional.”⁸⁸. De ahí que una ley inconstitucional sea una norma conforme a la Constitución que puede ser invalidada por un procedimiento especial, correspondiendo al órgano competente decidir si declara o no su invalidez. Pero en tanto eso no suceda, es decir, mientras su nulidad no sea declarada por un acto de autoridad, la norma existe y es obligatoria. Así que, en definitiva, por ley inconstitucional hay que entender una ley que puede ser privada de su condición jurídica en términos del procedimiento constitucionalmente establecido para tal efecto.

La posibilidad de que haya una ley válida desde el punto de vista constitucional, pero susceptible de anulación conforme a lo que ordena la Constitución, obliga a presuponer que los preceptos constitucionales referidos a la producción de leyes contienen una cláusula alternativa que faculta al legislador a emitir una ley sin observar el procedimiento normal estatuido para ese fin, sino uno diferente, que el propio órgano legislativo dispone; así como a emitir una ley con un contenido diverso al que determinan directamente los preceptos constitucionales, el cual también es fijado por el legislador. En palabras de Kelsen:

“Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por “inconstitucional” por el tribunal competente. Ello significa, empero, que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescrito (sic) en la constitución... También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.”⁸⁹

Para decirlo de otro modo: una ley vale si es creada, o bien con arreglo a lo que directamente dispone la Constitución, o bien de la manera determi-

88 *Idem.*

89 *Ibid.*, p. 280.

nada por el órgano legislativo; sólo que en este último caso las leyes establecidas son anulables siguiendo el procedimiento previsto constitucionalmente. Esta tesis –conocida como tesis de la cláusula alternativa tácita– es una de las más controvertidas de Kelsen y la mayoría de autores la ha rechazado con argumentos sólidos⁹⁰. Por lo mismo, parece preferible abordar el tema de las leyes inconstitucionales desde una perspectiva distinta que no niegue la existencia de esas antinomias.

Con la interpretación conforme, la doctrina ofrece un mecanismo para prevenir el surgimiento de leyes contrarias a la norma constitucional. En este sentido, Guastini afirmaba que la interpretación adecuada es aquella que adecúa o armoniza la ley a la Constitución, eligiendo el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ambas⁹¹. El efecto que persigue es el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional. Por lo tanto, la interpretación conforme asume que las antinomias entre normas de diferente grado son conflictos reales y no aparentes, como Kelsen pensaba.

Varios son los argumentos que se han formulado para justificar la interpretación conforme. De entre ellos hay que destacar el que hace referencia a la dignidad democrática de la ley. Señala Víctor Ferreres: “La ley, en efecto, aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal.”⁹² Esa dignidad de la ley se manifiesta en la exigencia de que:

“... en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma.”⁹³

90 Vid. NINO, Carlos S., “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en PAULSON, Stanley L. y PAULSON, Bonnie L. (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 253-261; RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas... ob. cit.*; así como los artículos de Nino, Nannini, Ruiz Manero y Gianformaggio, incluidos en el cap. IV de la obra: GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995, pp. 217-273.

91 Vid. *supra*.

92 FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 36.

93 *Ibid.*, p. 37.

Ferreres constata que la doctrina de la interpretación conforme ha dado lugar a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional español, entendidas como aquellas que determinan las interpretaciones de una ley plausibles y constitucionalmente adecuadas. Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar siguiendo el principio de conservación de las leyes, pues en lugar de declarar su inconstitucionalidad, establecen cómo deben interpretarse para no entrar en conflicto con la Constitución. De ahí que constituyan un verdadero esfuerzo hermenéutico por evitar la declaración de su nulidad.

Con todo, la interpretación conforme no está libre de ciertos problemas que merece la pena mencionar. En España, por ejemplo, se suele aducir que este principio –reconocido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial– entraña una invasión en la esfera de competencias de la jurisdicción ordinaria⁹⁴. Dicen los expertos que mediante la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional puede imponer la que es –a su juicio– la mejor interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales, dejando sin efecto la libertad interpretativa de los jueces ordinarios⁹⁵. Por eso, hay quienes no vacilan en recomendar que la interpretación conforme esté guiada por un permanente ejercicio de *self-restraint*⁹⁶. Sin embargo, el recurso a las sentencias interpretativas comporta un riesgo aún mayor: la posibilidad de que el Tribunal Constitucional imponga una interpretación de la ley que claramente no se deduzca de su texto, yendo en contra de los usos lingüísticos establecidos: “se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador.”⁹⁷. Esto es lo que ocurre con las llamadas sentencias manipulativas, sustitutivas, aditivas y reductoras⁹⁸. De modo que el

94 Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 288 y ss.

95 Al parecer, lo mismo sucedería en otras jurisdicciones, como en Alemania. Vid. KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 159.

96 GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *ob. cit.*, p. 290.

97 *Idem.*

98 Las sentencias manipulativas –dicen Gascón Abellán y García Figueroa– son aquellas que salvan la constitucionalidad de una ley manipulando su significado para que resulte compatible con la Constitución. Las sentencias manipulativas se dan cuando ninguna de las interpretaciones plausibles de la ley impugnada permite mantener su constitucionalidad y, sin embargo, no se considera conveniente anularla. De ahí que se prefiera forzar las posibilidades interpretativas del precepto legal haciendo una interpretación *contra legem*.

Las sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, reductoras o aditivas. Las sentencias sustitutivas consisten en sustituir una interpretación de la ley que es plausible, pero inconstitucional, por otra que claramente es implausible, pero que resulta acorde con la Constitución. Las sentencias reductoras consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la ley impugnada a fin de adecuarla a la Constitución.

riesgo reside en que se haga un mal uso de la interpretación conforme hasta derivar en sentencias como éstas que suponen una función paralegislativa por parte de los tribunales.

Así entendido, cuando el artículo primero de la Constitución mexicana refiere que las normas sobre derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con ella [y con los tratados internacionales de la materia]⁹⁹, no quiere decirse que el intérprete esté autorizado a transgredir las convenciones establecidas del lenguaje, manipulando la interpretación de la ley con el afán de mantener su constitucionalidad [o su convencionalidad]. Todo significado que se atribuya al texto de la ley deberá estar justificado por el acuerdo constitutivo de las convenciones lingüísticas vigentes. De lo contrario, la decisión interpretativa ya no sería discrecional, sino arbitraria. Esto supone, en el fondo, que los órganos jurisdiccionales del país, al interpretar la ley conforme a la Constitución [y los tratados internacionales sobre derechos humanos], deberán moverse dentro de los límites de lo que es una interpretación plausible y abstenerse de usurpar funciones legislativas.

4. ¿Cambio de paradigma?: algunas reflexiones finales

En las páginas que anteceden he procurado analizar cuatro condiciones del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional mexicano contenidos en el artículo primero constitucional según la reforma de junio de dos mil once. Esas cuatro condiciones son: 1) la fuerza vinculante de la Constitución; 2) la sobreinterpretación del texto constitucional; 3) la aplicación directa de las normas constitucionales, y 4) la interpretación conforme a la Constitución. Como puede advertirse, de las siete condiciones de constitucionalización identificadas por Guastini, no he dicho nada acerca de la condición referida a la influencia de la norma constitucional sobre las relaciones políticas, ni tampoco he analizado las dos condiciones que este autor considera esenciales para poder asegurar que un determinado derecho está constitucionalizado, a saber: la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional

Luego de que es interpretada, la ley deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por ella. Por último, las sentencias aditivas son exactamente lo opuesto a las reductoras: consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de la ley a fin de adecuarla a la Constitución. Luego de que es interpretada, la ley es aplicable a más supuestos de los que ella comprende en abstracto.

En todos estos casos, la jurisdiccional constitucional se conduce con una actitud paralegislativa, pues "en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Juez constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del Poder Legislativo.": *ibid.*, p. 293.

99 Como ya lo dije, hago referencia a los tratados internacionales sin prejuzgar acerca de si forman o no un bloque de constitucionalidad, cuyas implicaciones teóricas y prácticas todavía distan de ser claras.

de la Constitución. Estas dos últimas han sido calificadas por Ferrajoli como las bases sobre las que se construye ese nuevo paradigma de nuestro tiempo que es el de la democracia constitucional o, como él prefiere llamarlo, el paradigma garantista¹⁰⁰.

Pero si no he dicho nada sobre ellas es básicamente debido a que ninguna está contenida en el artículo primero constitucional, no obstante que la amplia mayoría de autores afirma que la Constitución mexicana cumple la condición de rigidez al prever un procedimiento especial para su enmienda y varios controles jurídicos que garantizan su cumplimiento. Por otro lado, tampoco he dicho nada acerca de ciertos aspectos que sí tienen sustento en el artículo primero de la Constitución, como la existencia de un supuesto bloque de constitucionalidad formado por toda una constelación de normas internacionales sobre derechos humanos. La razón de ello es que el tema de mi ensayo ha sido exclusivamente el de las condiciones de constitucionalización enunciadas en ese precepto y no he querido perder de vista dicho objetivo.

Pues bien, si se acepta la idea de que en el artículo primero están presentes las cuatro condiciones de constitucionalización que han sido expuestas, entonces parece confirmarse la tesis de que el derecho nacional mexicano está constitucionalizado o, en todo caso, constitucionalizado parcialmente, pues hay que recordar que este fenómeno se presenta en términos graduales, no absolutos. Y suponiendo que en México haya ocurrido o esté ocurriendo –efectivamente– la constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional, la cuestión que hay que averiguar enseguida es si este proceso de cambios tiene su correlato en el contexto de la cultura jurídica mexicana. En la introducción he señalado que la constitucionalización suele ir acompañada de un cambio cultural –el del neoconstitucionalismo– que se caracteriza por ser una teoría o conjunto de teorías con una fuerte orientación antipositivista¹⁰¹.

100 Cf. FERRAJOLI, Luigi, “La democracia constitucional”, en *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 25-41.

101 Susanna Pozzolo refiere que el neoconstitucionalismo –a pesar de su nombre– no sólo es una doctrina constitucionalista, sino que se presenta más bien como una teoría general del derecho, como un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al fenómeno jurídico: “una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo.”: POZZOLO, Susanna, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en POZZOLO, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, ob. cit., pp. 13-87, p. 16. Esta autora añade que el modelo neoconstitucionalista funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.

Por su parte, Mauro Barberis sostiene que el neoconstitucionalismo, como se le conoce en Italia y Latinoamérica, es una *Third Theory of Law* en el sentido que le dio John Mackie; es decir, una teoría del derecho que no es ni iusnaturalista ni iuspositivista. Surgido en los años sesenta y compartido por autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick y Atienza, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por ser una teoría del derecho positivo pero constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que no

En este sentido, la cuestión que me interesa plantear es si en México se está dando ese cambio cultural de manera paralela a la constitucionalización del derecho o, en otras palabras, si en el seno de la comunidad jurídica del país se está instaurando el neoconstitucionalismo como nueva cultura jurídica dominante¹⁰².

serían sino valores morales positivizados. Cf. BARBERIS, Mauro, "El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*", en POZZOLO, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, ob. cit., pp. 249-269. Merece la pena señalar que John Mackie escribió el artículo intitulado: "The Third Theory of Law", publicado originalmente en *Philosophy and Public Affairs*, en otoño de 1977 [reproducido en COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, Nueva Jersey, 1983, pp. 161-170] donde se refería a la teoría del derecho de Ronald Dworkin como la "third theory of law", en tanto opuesta al positivismo jurídico y a la doctrina del derecho natural.

M^a Ángeles Ahumada coincide en que el neoconstitucionalismo es una tercera vía superadora del iuspositivismo y del iusnaturalismo. "En su versión más integral –dice la autora–, el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial.": AHUMADA, M^a Ángeles, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci)", ob. cit., p. 124.

Finalmente, García Figueroa sostiene que el neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma iusteórico de carácter antipositivista que busca trascender la dialéctica positivismo jurídico-iusnaturalismo. Ese nuevo paradigma se cimenta sobre el constitucionalismo como modelo jurídico-político y el constructivismo ético como concepción moral. Para el autor citado, el neoconstitucionalismo supone abandonar los modelos puros tanto del positivismo como del iusnaturalismo, los cuales se definen en términos del dualismo entre derecho y moral, y en cambio postula cierto gradualismo entre estas dos esferas, lo que ha venido produciéndose de hecho a través de la moralización de la Constitución. Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo", en GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (coord.), *Racionalidad y derecho*, pról. de Francisco J. Laporta, epílogo de Javier de Lucas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 265-289.

Es preciso advertir que no todos los constitucionalistas son también antipositivistas. Ferrajoli, por ejemplo, asegura que el garantismo no es más que la otra cara del neoconstitucionalismo y que éste representa, a su vez, el perfeccionamiento del positivismo jurídico. En palabras del autor italiano: "Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones de presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez».". FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, UNAM-ITAM-Siglo Veintiuno editores, México, 2002, pp. 187-204, p. 193 [reproducido en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pp. 13-29]. En otro lugar, Ferrajoli reitera este pensamiento al manifestar que: "El constitucionalismo rígido, como se ha desarrollado y ha ido generalizándose en la segunda mitad del siglo XX, equivale al perfeccionamiento y a la completa realización del positivismo jurídico: por así decir, a su forma más completa y acabada. En efecto, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, es el propio "deber ser" del derecho, y no sólo su "ser" –su modelo normativo y no sólo su existencia, las opciones sustanciales que guían su producción y no sólo sus formas de producción– lo que ha sido positivizado como *derecho sobre el derecho*, dirigido a limitar y a vincular los contenidos de la legislación a los principios constitucionales. Al mismo tiempo, esta doble positividad –del ser del derecho y de su deber ser jurídico– equivale a la completa realización y a la ampliación del estado de derecho, pues el legislador deja de ser omnipotente y queda igualmente subordinado a la ley constitucional, no sólo en lo que atañe a las formas de la producción jurídica, sino también en lo relativo a los contenidos normativos producidos.": *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 28.

102 Quien ha considerado al neoconstitucionalismo en términos de una presunta cultura jurídica

Es probable que varios juristas estén dispuestos a responder afirmativamente. Hay quienes han señalado, incluso, que las reformas constitucionales de junio de dos mil once constituyen un cambio de “paradigma”. Pese a que estas opiniones provienen de juristas muy avezados y con un prestigio auestas ganado a pulso, me parece que las cosas son diferentes: considero que el nuevo paradigma no se dará simplemente mediante una reforma a la Constitución, sino sólo cuando se establezca el cambio doctrinal que supone el neoconstitucionalismo respecto del modo de pensar el derecho y de aproximarse a su estudio, así como con relación a la forma en que se le interpreta y aplica. Se trata de un cambio jurídico a nivel *cultural*, detonado por el cambio *normativo*.

En aras de mostrar que en México está lejos de darse un nuevo paradigma –así entendido– conviene partir de la identificación de los rasgos que definen al neoconstitucionalismo como expresión cultural de los Estados constitucionales. A tal efecto haré un repaso breve de las posturas de algunos destacados iusfilósofos.

Para empezar, Manuel Atienza¹⁰³ enumera un total de doce tesis pertenecientes a lo que llama “el paradigma constitucionalista”, destacando, entre otras: la mayor importancia concedida a los principios que a las reglas; la idea de que el derecho es una realidad dinámica, una práctica social argumentativa que se construye mediante la acción de los operadores jurídicos –principalmente de los jueces; el papel central que juega la interpretación como proceso racional en la conformación del derecho; el reconocimiento de que existe una conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral; el entendimiento de la validez jurídica en términos esencialmente sustantivos y no tanto formales; el rechazo de la teoría que concibe a la función jurisdiccional como una actividad puramente legalista, etc.

Otros autores han procurado resumir las tesis básicas del neoconstitucionalismo en un menor número de proposiciones. Mauro Barberis¹⁰⁴, por ejem-

novedosa es PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *ob. cit.*, p. 123. Ahora bien, ¿qué habría que entender por cultura jurídica? Ferrajoli propone definirla como “la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad.”: FERRAJOLI, Luigi, *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de Antonio de Cabo, Palestra editores, Lima, 2010, p. 15.

103 Cf. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 309-312.

104 Cf. BARBERIS, Mauro, “El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*”, *ob. cit.*, p. 250.

plo, identifica tres: la conexión entre el derecho y la moral; la distinción (débil) entre reglas y principios, y la ponderación de principios en cuanto normas que positivizan valores morales. A su vez, Susanna Pozzolo¹⁰⁵ sintetiza las premisas fundamentales de dicha concepción en unas cuantas formulaciones, a saber: la presencia de principios en el ordenamiento jurídico; la ponderación como método particular de interpretación y aplicación de este tipo de estándares; la incorporación de contenidos normativos en la Constitución que hacen de ella una norma rematerializada, y la interpretación judicial del derecho a la luz de las exigencias de justicia que imperan en cada caso individual.

Un análisis más preciso –a mi modo de ver– es el que ofrece Ferrajoli¹⁰⁶ cuando caracteriza al modelo post-positivista del Estado constitucional de derecho y lo distingue del antiguo modelo paleo-positivista del Estado legislativo, sobre la base de un triple cambio de paradigma: la naturaleza y estructura del derecho; la naturaleza de la ciencia jurídica, y la naturaleza de la función jurisdiccional¹⁰⁷.

En cuanto al primero de ellos, dice Ferrajoli que en el Estado constitucional cambian las condiciones de validez de las leyes. De una noción estrictamente formal o procedimental de validez jurídica –propia del paleo-positivismo– se pasa a una de tipo material en donde lo que cuenta es que los contenidos de la ley sean coherentes con los principios constitucionales. Se produce entonces una disociación entre los conceptos de vigencia y de validez. En el nuevo paradigma, efectivamente, una determinada ley es vigente si satisface las condiciones formales de su producción, en tanto que la propiedad de ser válida dependerá de que tenga un significado compatible con el de las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, una misma ley, que desde el punto de vista formal es considerada vigente, podrá no ser válida desde el punto de vista material, si transgrede los principios de justicia o los derechos fundamentales que la Constitución determina.

Por lo que hace al segundo aspecto, relativo a la ciencia jurídica, Ferrajoli argumenta que el estudio teórico sobre el derecho, bajo el modelo del post-positivismo, no puede ser puramente descriptivo y explicativo –tal como pretendía Kelsen con su postulado de la pureza metodológica. La ciencia jurídica, en cambio, debe ser crítica y proyectiva. Su tarea fundamental debe

105 Cf. POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *ob. cit.*, pp. 340-342.

106 Cf. FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", *ob. cit.*, pp. 192-194.

107 Ferrajoli añade a las tres anteriores una cuarta transformación, producto del constitucionalismo rígido, a saber: la introducción de una dimensión sustancial de la democracia, pero aquí no habré de desarrollar esta idea.

consistir en detectar la presencia de lagunas y antinomias en la legislación para luego eliminarlas o corregirlas. La consecuencia de que se dote a la ciencia jurídica de nuevas atribuciones es que su nexos con la política –que la Teoría Pura del derecho se había propuesto disolver- acabe reconfigurándose.

Finalmente, el tercer cambio de paradigma señalado por Ferrajoli se refiere a la naturaleza de la jurisdicción. Ocurre que en el esquema del post-positivismo, la aplicación de la ley se encuentra condicionada por el juicio que se haga de su constitucionalidad. A diferencia de lo que sucedía en el antiguo Estado legislativo de derecho, donde el juez aplicaba la ley mecánica y acríticamente, ahora, bajo el nuevo paradigma, el deber del juez es confrontar la ley con la Constitución, antes de aplicarla al caso concreto.

Si bien la lista de contribuciones sobre el tema es infinitamente más larga, las que he mencionado son suficientes para los fines de mi exposición. Tomando en cuenta el análisis precedente, identificaré tres tesis básicas del neoconstitucionalismo y las agruparé en las siguientes categorías generales: 1) fuentes del derecho; 2) interpretación y aplicación de la ley, y 3) metodología de la ciencia jurídica.

Sobre la primera hay que decir que las fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo sufren un profundo reacomodo: la ley es desplazada del centro de gravedad del universo jurídico y su lugar es ocupado por la Constitución en cuanto norma revalorizada, repleta de contenidos normativos que determinan la validez material de las normas jurídicas positivas¹⁰⁸. Se trata, como se dijo en su momento, de una Constitución vinculante, generadora de efectos jurídicos inmediatos y fuente directa de derechos y obligaciones.

La segunda tesis enfatiza la idea de que la interpretación y aplicación del derecho en manos del juez adquiere una dimensión mucho más vigorosa e importante. El papel del juzgador se transforma: de ser solamente “la boca de la ley” –por usar la feliz expresión de Montesquieu- se convierte en intérprete privilegiado y aplicador directo de la Constitución, con lo cual cobra una vitalidad nunca antes vista, un rol protagónico indiscutible frente a otros operadores jurídicos, principalmente el legislador. Diríase que el juez del neoconstitucionalismo se distingue por tener un amplio poder discrecional que se ve obligado a ejercer cuando lidia con cláusulas constitucionales abstractas y con los llamados conceptos esencialmente controvertidos que están presen-

108 En este sentido, Pozzolo comenta que las normas del derecho del Estado constitucional serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido. Con lo cual se abandona o, por lo menos, se debilita, la noción de validez meramente formal del positivismo jurídico. Cf. POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pp. 187-210.

tes en ellas, así como con la técnica de ponderación de principios y valores morales positivizados.

Por último, la tercera tesis hace referencia a la metodología de la ciencia jurídica, que en el neoconstitucionalismo no es más un conocimiento que se circunscribe a la descripción y explicación del derecho, a-valorativo y éticamente neutral. En el nuevo paradigma, por el contrario, el punto de vista del jurista es el de quien asume una actitud moral frente al derecho. Esto obedece a que, por vía de la Constitución, el ordenamiento jurídico es globalmente revalorizado, o sea, impregnado de valores, irradiado por los principios constitucionalmente determinados. De ahí que si la ciencia jurídica quiere dar cuenta de su objeto, necesite comprometerse con él y con los valores y principios morales que positiviza¹⁰⁹.

Las tres tesis descritas formarían –en mi opinión– el núcleo básico del neoconstitucionalismo en cuanto paradigma de los ordenamientos constitucionalizados. Ahora bien, señalé en su momento que si en México se ha dado o se está dando el proceso de constitucionalización a raíz de la reforma al artículo primero constitucional, la pregunta que habría que contestar es si también se está efectuando la transición hacia ese modelo neoconstitucionalista. Como lo mencioné entonces, me parece que la respuesta es negativa: no creo que semejante cambio esté ocurriendo. Las razones que tengo para pensar así son básicamente estas: si se analiza lo que pasa en México –cómo el derecho es concebido por la mayoría de los juristas, cómo es interpretado y aplicado por la mayoría de los jueces, y cómo es enseñado y estudiado en casi todas las universidades–, lo que se obtiene es un balance muy desfavorable para el neoconstitucionalismo. En el país persiste la teoría estatalista y legalista del derecho; los jueces siguen ejerciendo su función conforme a las directrices del formalismo interpretativo, y la ciencia jurídica continúa analizando el derecho con base en una metodología típicamente positivista.

La impresión que tengo es –*grosso modo*– que la concepción estandarizada sobre el derecho que actualmente impera en México lo reduce a una sola fuente: la ley. El derecho se agota en la ley escrita y codificada. Además, toda ley proviene del Estado, por eso, todo el derecho es de origen estatal. De ahí que represente una dificultad suprema para los jueces mexicanos pensar en términos de otras fuentes jurídicas, incluida la Constitución y las normas

109 Partiendo de la distinción trazada por Hart entre el punto de vista externo e interno, Sastre Ariza defiende la idea de que este último sea interpretado como una adhesión a las normas del derecho por razones morales. Luego propone que la ciencia jurídica adopte este punto de vista interno –que implicaría que el jurista asumiera el reconocimiento moral del derecho en su conjunto y que la ciencia jurídica fuera considerada un saber comprometido *moralmente* con su objeto. Lo que esto supondría, en el fondo, es el abandono de la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Cf. SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 125 y ss.

internacionales. No están acostumbrados a razonar y argumentar acerca de valores, principios y derechos –que son el contenido más importante de las Constituciones contemporáneas. Esto explica –al menos en parte- el hecho de que en el país causen profunda extrañeza ciertas instituciones como el control difuso de constitucionalidad y el de convencionalidad *ex officio*, elevado este último a la categoría de un verdadero “paradigma” en el campo de la administración de justicia¹¹⁰.

Según pienso, los jueces mexicanos, en general, están más familiarizados con la teoría del positivismo jurídico decimonónico. Su razonamiento parte de una interpretación estrecha del principio de división de poderes, según la cual el poder legislativo le pertenece a un ser suprahumano, racional y omnipotente que monopoliza la producción del derecho, mientras que los jueces de carne y hueso se encuentran en una posición de sujeción incondicional a la ley; en el espíritu de los jueces permanece muy arraigada la idea de que el ordenamiento jurídico posee plenitud, que carece de lagunas, lo que significa que comparten la creencia de que en todos los casos judiciales –por muy difíciles que parezcan- resulta posible hallar una solución jurídica predeterminada, sin que les esté permitido establecer derecho nuevo de la manera en que lo haría un legislador consciente –pues ello comprometería el principio de división de poderes y la seguridad jurídica. De acuerdo con esta concepción, en suma, los jueces se consideran a sí mismos aplicadores pasivos de la ley.

Por otro lado, la ciencia jurídica que se cultiva en la mayoría de las universidades mexicanas suele ser dogmática pura. La actitud predominante entre los juristas es la de sumisión al texto legal. La doctrina se construye alrededor de la ley positiva, que es aceptada sin cuestionamiento alguno, cual dogma. Desde el punto de vista de la jurisprudencia dogmática, el derecho es una realidad preexistente y consumada. El jurista no contribuye en absoluto a su formulación, simplemente la describe y la expone desapasionadamente, sin valorarla ni criticarla –pues de lo contrario podría comprometerse la objetividad y exactitud del conocimiento. La ciencia jurídica en México, así, parece acoplarse plenamente a lo mejor de la tradición del positivismo jurídico metodológico.

Pues bien, suponiendo que todas estas consideraciones correspondan a la realidad, es evidente que la cultura del neoconstitucionalismo está muy lejos de implantarse en el país. Si la constitucionalización del derecho mexicano

110 Vid. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2012, pp. 107-186.

ya se ha producido o se ha producido parcialmente, no parece que pueda decirse lo mismo del neoconstitucionalismo como prospectiva filosófica de los ordenamientos constitucionalizados. Para que esta nueva cultura llegue a instaurarse se necesita transformar la mentalidad de jueces, abogados, juristas, legisladores y profesionales del derecho en general. Es necesario que dejen atrás el legalismo, el estatalismo y el formalismo interpretativo dominantes. De que esto se consiga dependerá el verdadero cambio de paradigma. ■



Los Tribunales Colegiados de Circuito en su actividad de intérpretes constitucionales terminales

Juan Carlos Ortega Castro*

* Magistrado Presidente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro país rige un Estado de derecho, lo que implica la necesidad de que, tanto las autoridades como los gobernados se sujeten al imperio de la ley. Ahora bien, dentro de lo que ahora se llama Estado Social de Derecho, el ejercicio del poder se divide utilizando el esquema clásico de la distinción entre funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. De esta forma, el poder constituyente, como órgano supremo representante directo de la soberanía del pueblo mexicano, al aprobar la Constitución de 1917, creó poderes constituidos, a los que distribuyó, determinó y asignó competencias, con el objeto de que realicen los fines del Estado.

Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que el sistema de reglas de competencia es un signo distintivo del Estado de derecho, del Estado constitucional, lo que, a su modo de ver, resalta la supremacía de la Constitución, porque ésta determina la competencia de los órganos, por lo que es necesariamente de mayor jerarquía o entidad que las disposiciones y mandatos provenientes de esos órganos, lo que le lleva a concluir que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades por fuera de la Constitución.

Esas ideas, me llevaron a reflexionar acerca de que, si la Constitución es la ley suprema en nuestro sistema jurídico mexicano, conforme al artículo 133 constitucional, es evidente la notoria importancia que posee la función de interpretar la Constitución, ya que se parte de la idea de que la interpretación es la norma misma.

Dicha preocupación por el tema obedece a que, hasta antes de junio de 1999, el único órgano facultado para interpretar la Constitución era la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, el 9 de junio de 1999, fue declarada la reforma a la Constitución en diversos preceptos y, concretamente, al párrafo sexto del artículo 107, en la que se amplió la facultad con que cuenta el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para expedir acuerdos generales y, con base en ello, remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquellos en los que hubiera establecido jurisprudencia, o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia.

Esta facultad que algunos medios de comunicación asimilaron a la institución norteamericana del *certiorari*, actualmente es conocida en la práctica judicial como la delegación de los asuntos de competencia originaria de la Suprema Corte a los Tribunales Colegiados de Circuito. En aplicación de esa facultad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió diversos acuerdos

generales, como lo son los números 6/1999, 1/2000, 4/2000, 9/2000, 2/2001 y 4/2001, mismos que fueron abrogados por el acuerdo general número 5/2001, de 21 de junio de 2001, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito: normatividad a la que habría que agregar los Acuerdos Generales 11/2005 y 14/2005, relativos a la remisión de asuntos a los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer y resolver aquellos en los que se impugnen normas generales en materia tributaria.

Todo lo anterior deriva en que, en la actualidad, los Tribunales Colegiados de Circuito ya son órganos terminales en asuntos en los que se impugna la constitucionalidad de una ley, incluso de carácter federal. Por ello, este trabajo pretende poner de relieve los problemas originados por la actividad de interpretación constitucional, la innegable facultad de emitir jurisprudencia sobre interpretación constitucional que tienen los Tribunales Colegiados de Circuito y las expectativas futuras de esa situación.

2. LA INTERPRETACIÓN

La norma jurídica, como producto cultural del hombre tiene como función primordial la de ser un instrumento regulatorio de la vida social, implantando la noción de orden a través del acatamiento obligatorio de sus disposiciones. Dentro de la filosofía del derecho, algunos pensadores han marcado la diferencia entre el mundo del ser y del deber ser. Uno, el mundo fáctico que se pretende reglar, el otro, el universo normativo que es hipotético, que es ideal. De ahí que, cuando se vinculan ambos extremos, se produce el fenómeno de la aplicación de la norma al caso concreto, también llamada "norma jurídica individualizada".

Los problemas surgen cuando se da un conflicto de intereses, cuando no hay uniformidad de criterios en cuanto a la disposición legal aplicable a ese problema específico y, sobre todo, en el momento en que tal controversia debe ser resuelta por un órgano jurisdiccional.

La primera cuestión que sobre este tema debe dilucidarse, es la dicotomía que la doctrina elaboró con respecto a la interpretación y aplicación, ya que se estima que la actividad interpretativa puede ser desplegada por cualquier sujeto, aun sin conocimientos legales, pero la aplicación sólo puede llevarla a cabo quien actúe con *imperium*.

Así, un abogado litigante puede proponer en un escrito de alegatos, la forma en que determinado precepto debe interpretarse para resolver la con-

traversia a favor de su cliente, y el abogado de la contraria puede hacer lo propio; sin embargo, el juez competente que conoce del asunto no se limita a interpretar esa norma, sino la aplica con efectos vinculatorios para las partes. Por tal razón, ante todo es conveniente que refiera lo que se entiende por interpretación.

El término "interpretación" puede tener diversos significados. Gramaticalmente es la acción o efecto de interpretar, el cual proviene de la raíz latina "interpretare" que posee las siguientes acepciones: "explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. Traducir de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente. Explicar, acertadamente o no, acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos"¹.

El citado término proviene del verbo "interpretor" (aris, ari, atus, sum) que significa servir de intermediario, venir en ayuda de; y en este último sentido se observa que el término "interpretes", designa al traductor, es decir, es el intermediario que pone en lenguaje fácil, accesible, aquello que es desconocido; o sea, aquel sujeto que esclarece, o el que da sentido a algo.²

Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán, exponiendo los conceptos de interpretación, nos señala que, si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, orientando el término hacia el quehacer del derecho, tenemos que la interpretación jurídica puede responder a cualquiera de estos dos casos:

- a) Asignación de un significado jurídico a ciertos hechos (comportamientos humanos, *inter alia*), los cuales se constituyen en "hechos jurídicos", en la medida en que son jurídicamente considerados, esto es, jurídicamente interpretados; y
- b) Asignación de un significado jurídico (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos, es decir, los "materiales" pertenecientes a un orden jurídico positivo.³

1 *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., España, 1992, p. 94.

2 Quiroz Acosta, Enrique, "La interpretación en el sistema jurídico mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 3, diciembre de 1998, p. 308.

3 Tamayo y Salmorán, Rolando, "Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, 2002, pp. 94-95.

Por su parte, Riccardo Guastini, llama la atención sobre la circunstancia de que el vocablo "interpretación", como en general los vocablos con el mismo sufijo, puede denotar, bien una actividad –la actividad interpretativa–, bien el resultado o producto de esa actividad. En esta tesitura, menciona que la interpretación jurídica puede revestir tres conceptos distintos, a saber: el restringido, el amplio y la interpretación como traducción.

En el sentido restringido, sólo habrá "interpretación" cuando se le atribuya significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. De ahí que, bajo este enfoque, si las formulaciones normativas tienen un significado claro y no controvertido, entonces no requieren interpretación y, en cambio, sí se acudiría a ella si las formulaciones normativas presentan un significado equívoco y despiertan perplejidad.

En el sentido amplio, "interpretación" se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación.

En cuanto a la interpretación y traducción, Guastini indica que la interpretación es una suerte de traducción, pues son términos cogenéricos, pues tanto uno como otro, no son sino reformulaciones de textos. Tal como el texto traducido debe ser cuidadosamente distinguido de su traducción, así el lenguaje del texto interpretado debe ser cuidadosamente distinguido del lenguaje del intérprete (incluso si la autoridad legislativa y los intérpretes se expresan en la misma lengua natural). Y es por esta razón por la que califica de altamente inoportuno, designar, indiferentemente, con el mismo nombre de "norma", tanto al texto a interpretar o texto objeto de la interpretación (la disposición, como se suele decir), como al resultado de la interpretación (el significado adscrito al texto).⁴

Al tenor de las ideas expuestas, estoy en condiciones de responder la interrogante que planteé al inicio de este punto, en el sentido de que, si interpretar es desentrañar el sentido de algo y la interpretación jurídica es asignar un significado, yo me quedaría con el concepto amplio para vincularlo con la actividad jurisdiccional, es decir, el juzgador, al resolver cualquier aspecto sometido a su potestad, estaría atribuyendo un significado, no obstante que la norma fuera clara, esto es, está aplicando la norma, lo que presupone como

4 Guastini, Riccardo, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías", *ibid.*, pp. 21-24.

elemento constitutivo, que realiza una interpretación de esa disposición. Así, convengo en que la interpretación, ya sea en sentido amplio o restringido, la puede llevar a cabo cualquier persona, incluso sin conocimientos jurídicos, porque está asignándole el significado que estima conveniente; en cambio, la aplicación sólo pueden llevarla a cabo las autoridades, y en el caso de las jurisdiccionales, esa aplicación presupone la interpretación, que se da en el momento en que resuelve un caso aplicando la norma, sin importar si es clara o ambigua, por lo que, en tratándose de aplicación, no hay razón para distinguir a las normas por su claridad u oscuridad.

Sin embargo, aun cuando estoy convencido de que un juez, al aplicar la norma, siempre la está interpretando, lo cierto es que, si la disposición es sumamente clara y no presenta dificultad alguna para subsumirla al caso concreto, no requiere de mayor actividad intelectual; empero, hay casos en que su sentido exacto no se desprende de su simple lectura. En esta hipótesis, es necesario recurrir a un método de interpretación, que permita clarificar y encontrar el sentido exacto de la norma.

En este punto, es pertinente destacar que la interpretación jurídica ha sido objeto de una evolución que se inició con la concepción tradicional que llegó al extremo de prohibir a los jueces, que interpretasen las disposiciones legislativas, las que debían aplicar de manera mecánica, ya que, establecer el significado de las mismas correspondía en último grado al órgano legislativo que las había expedido, para culminar dicho desarrollo con el reconocimiento de la función dinámica y creativa de la interpretación jurídica, y con un elevado contenido axiológico, especialmente por lo que respecta a las normas de naturaleza constitucional o fundamental.⁵

En efecto, hoy día, las técnicas jurídicas de interpretación presentan una gran diversidad. Como rebasaría los límites pretendidos en este trabajo, no detallaré los métodos de interpretación, pero considero conveniente cuando menos enunciarlos. Para tal efecto, acudiré a una fuente por demás interesante, ya que el autor, Jaime Manuel Marroquín Zaleta, Magistrado de Circuito, integrante del Poder Judicial Federal; ex Director del Instituto de la Judicatura Federal y ex Consejero de la Judicatura Federal, por lo que la metodología que expone es de suyo importante atenderla, dada su formación en un órgano de control constitucional, y máxime que la expone dentro de una obra tendiente a enseñar la forma en que se debe elaborar una sentencia de amparo directo.

5 Fix- Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, Derecho constitucional mexicano y comparado, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 141 y ss.

Dicho escritor, en primer término, destaca que la premisa mayor del silogismo jurídico, que es la norma a aplicar, puede ser objeto de interpretación, es decir, no se invocará la ley o norma, sino su significado, lo que denota la importancia de la interpretación de la norma jurídica aplicable al caso concreto. Acto seguido, distingue entre interpretación reglada y no reglada. La primera se da cuando los criterios interpretativos se encuentran establecidos por la ley, es decir, el juzgador no tiene margen para seleccionar alguna directiva hermenéutica, como es el caso del artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, que dice que en la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2° y 3°. En contraposición, en la interpretación no reglada, el ordenamiento aplicable no señala ninguna regla, de modo que el juzgador goza de libertad para seleccionar la directiva de interpretación, con la única limitante de que la misma no sea incompatible con el sistema normativo.

Marroquín indica, dentro del apartado de "Directivas de interpretación", que Savigny descubrió los siguientes cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Apunta también, que actualmente existen otros elementos. Así, explica que las principales directrices interpretativas son:

- a) Elemento literal o filológico, que acude a dos técnicas: 1) la de la interpretación semántica o filológica, en la que el elemento literal semántico no puede desvincularse del elemento sistemático, pero además puede servirse de otros elementos, como pueden ser el lógico, histórico o el comparativo; y 2) la de la interpretación sintáctica, en la que el vocablo no se aísla para descubrir su significado, sino, aplicando las reglas gramaticales, especialmente las referentes a las de la construcción, que es la sintaxis, se dirige a la fijación del sentido de una proposición entera, a través de la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor.
- b) Elemento lógico, que nunca puede desvincularse del elemento sistemático y presenta dos vertientes: 1) elemento lógico estructural interno, en el que, para desentrañar el sentido de un precepto, se basa en los elementos mismos de la fórmula legislativa, y aplica las reglas o principios o argumentos de la lógica formal. Dos aplicaciones de este elemento son la aplicación del llamado argumento *reductio ad absurdum* o de reducción al absurdo, y la interpretación que evita incurrir en el sofisma de petición de principio, que es impedir que se dé por sentado previamente lo que

en realidad constituye el punto de debate. La técnica utilizada es la de determinar cuáles son los elementos de la fórmula legislativa; 2) elemento teleológico, que al igual que los demás, no puede entenderse desvinculado del objeto de la interpretación, que para unos es que el sentido de la ley se encuentra en la voluntad del legislador y la contraria, que dice que el intérprete debe descubrir lo que en la ley aparece objetivamente querido. Así, existen dos subelementos: el elemento teleológico subjetivo, que pretende determinar los fines que tomó en cuenta el legislador para crear la norma, y el elemento teleológico objetivo, en el que lo que se busca es indagar los fines de la norma, considerando a ésta como una entidad separada de su fuente directa. En el elemento teleológico subjetivo, las técnicas son el examen de trabajos preparatorios, el análisis de la iniciativa de la ley objeto de estudio; el análisis de los dictámenes elaborados con relación a la iniciativa de ley; el análisis de la exposición de motivos; el examen del Diario de Debates y el estudio de las teorías en las que el legislador se basó para elaborar la ley. En el elemento teleológico objetivo, las técnicas son la indagación del sentido razonable del precepto; la indagación del bien jurídico protegido por la norma; la apreciación de valores culturales; el estudio del mecanismo técnico de las relaciones para cuya regulación la norma fue creada, y la indagación del principio generador del ordenamiento en el que se contiene la norma objeto de la interpretación (lo que es el espíritu de la ley).

- c) Elemento sistemático, que parte de la premisa de que el derecho constituye un sistema, de manera que la norma debe ser comprendida teniendo en cuenta su funcionalidad dentro de dicho sistema, es decir, la norma que ha de interpretarse, trata de entenderse en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico. Las técnicas utilizadas son las siguientes: 1) integración a través del precepto constitucional; 2) integración en función de la división formal del ordenamiento jurídico; y 3) integración de la institución por inducción.
- d) Elemento histórico, que acude a dos técnicas: 1) análisis de los precedentes remotos, y 2) análisis de los precedentes inmediatos.
- e) Interpretación progresiva o histórica evolutiva, en la que los jueces varían los criterios de interpretación conforme a las exigencias sociales.

- f) Interpretación axiológica, que consiste en buscar los valores que pretende realizar la ley, construyendo una escala de valores y tratando de entender la norma en el sentido más favorable para su aplicación en el caso concreto, realice los valores más altos y los realice del modo más pleno. Un ejemplo es la Teoría Ecológica del Derecho, de Carlos Cossío, en la que el juzgador puede actuar intersticialmente, matizando las distintas posibilidades que la norma ofrece, sin cambiarla, orientándose por valores.
- g) Interpretación de la norma mediante la ponderación de los intereses recogidos por ella. Es el método propuesto por el movimiento intelectual denominado "Jurisprudencia de Intereses", que sostiene que la ley es la resultante de una serie de intereses (religiosos, económicos, éticos, culturales o de otro tipo), que en cada comunidad se enfrentan y luchan por su reconocimiento, y consiste en que el intérprete no debe tratar de establecer deducciones lógicas partiendo de unos dogmas jurídicos abstractos, sino de decidir el conflicto de acuerdo con aquellos intereses que han sido contemplados o tenidos en cuenta por el legislador, es decir, lo que importa es investigar y determinar qué interés ha sido preferido por el legislador y cuál ha sido sacrificado, resolviendo el caso concreto con la misma pauta, prefiriendo el juzgado aquel interés que el legislador consideró más importante.⁶

Expuestos ya los principales métodos de interpretación (que no son los únicos, pero sí los más conocidos y utilizados), empleados por los juzgadores para la aplicación de la ley al caso concreto cuando se presenta alguna dificultad en cuanto a su significado, se llega a la difícil disyuntiva de establecer cuál es el método idóneo que debe utilizar el juzgador. Indudablemente que para lograr ese objetivo, también se han creado múltiples sistemas, entre el que destaca el llamado modelo de Wroblewski, que alude a la justificación interna y externa de la decisión legal.

Empero, el mismo autor, al analizar el problema de la creatividad de la interpretación, que califica de admisible y correcta al cubrir las condiciones de generalidad y abstracción, refiere también la imposibilidad de considerar exacta la postura de la tesis de la única interpretación correcta, pues aun aplicando su modelo, puede encontrarse una justificación de la racionalidad interna de la decisión, pero en cuanto a la externa, pueden ser opinables, de

⁶ Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, pról. de Mario Melgar Adalid, Porrúa, México, 1998, pp. 140-158.

ahí que pueden existir muchas decisiones interpretativas “verdaderas”, incluso contradictorias.⁷

Avalando la postura anterior, Gustavo Zagrebelsky nos dice que el pluralismo de métodos interpretativos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica, lo que se advirtió con claridad desde la “Escuela Histórica”, en cuya teoría de la interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. Añade que la búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la dirección de la búsqueda. Dependiendo de lo que se quiera encontrar. El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado, lo cual es cierto a condición de que no se admita la existencia de un solo método, y es tanto más verdadero en la medida en que sean numerosos los métodos admitidos y carezcan de jerarquía entre sí.

Por otra parte, destaca la circunstancia de que todo método, de por sí, remite a una cierta concepción ontológica del derecho. Así, la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como mera voluntad de aquél; la interpretación histórica, a la ideal del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social, y la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural.⁸ Bajo ese tenor, concluye:

“En esas condiciones, la pluralidad de métodos y su equivalencia no es un defecto, sino una posibilidad de éxito cuando se interpreta la ley buscándo la regla adecuada. La interpretación legislativa abierta no es un error que la actual ciencia del derecho deba corregir, sino un aspecto irrenunciable a la vista de su objetivo.”⁹

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En diverso ángulo, la interpretación constitucional se ha enfocado sobre otras perspectivas, aludiendo a la diferencia entre casos fáciles y casos difíciles.¹⁰

7 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Cuadernos Cívitas, España, 1988 (reimpr.), pp. 81-91.

8 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 1995, pp. 134-135.

9 *Ibid.*, p. 136.

10 Para este tema sigo la exposición de César Augusto Rodríguez Garavito en *Nueva interpretación constitucional*, Diké, Colombia, 1997, pp. 25-34.

Al respecto, se puede decir que el criterio de distinción entre unos y otros estriba en que, mientras los casos fáciles pueden ser solucionados satisfactoriamente mediante un razonamiento silogístico, los difíciles requieren la ponderación de principios encontrados, de ahí que la diferencia entre unos y otros radica en el tipo de razonamiento requerido para su solución, sin olvidar que una señal adicional de un caso difícil es que existen varias alternativas para su solución, ninguna de las cuales prevalece a primera vista sobre las demás.

Ahora bien, la doctrina ha distinguido, por lo menos, cinco tipos distintos de casos difíciles. El más común es aquél, en el cual la norma aplicable está formulada en términos vagos, imprecisos, que hacen imposible una subsunción silogística de los hechos y la producción de una sentencia-conclusión. Esto son los casos que Hart denomina de "textura abierta" de las normas. Un ejemplo de este tipo de caso difícil sería el del inciso b) de la fracción III del artículo 107 constitucional, cuando refiere que procede el juicio de amparo contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, ya que la expresión "imposible reparación" ha dado lugar a criterios contradictorios de la Corte sobre lo que debe entenderse por actos dentro del juicio que son de imposible reparación.

Un segundo caso es cuando la dificultad proviene de la existencia de dos normas que se pueden aplicar a los hechos del caso. El tercero, alude a que algunas veces no existe ninguna norma que se aplique al caso, es decir, hay una laguna en el ordenamiento jurídico, por lo que se debe resolver por analogía u otra técnica de integración normativa. La cuarta fuente de dificultad es la contradicción interna entre fallos del mismo tribunal constitucional. Recordemos el cambio de criterio de la Corte en el caso de la jerarquía normativa, al resolver la revisión 475/98, relativa al amparo promovido por el Sindicato de Controladores de Tráfico Aéreo. El último tipo de caso difícil ocurre cuando existe una norma clara, cuya interpretación gramatical no da lugar a discusión, pero cuya aplicación en un caso concreto puede resultar injusta o políticamente inconveniente.

En cuanto a la forma de solucionar esos casos difíciles, se han establecido muchas teorías al respecto, pero predominan las posiciones antagónicas de Ronald Dworkin y Herbert Hart, cuya confrontación radica en los aspectos de la discrecionalidad judicial y los argumentos utilizados por los jueces para resolver los casos difíciles.

Hart opta por la necesidad de que el legislador cree normas que partan de la base de que no hay una solución única y otorguen discrecionalidad total

al juzgador. Dworkin critica tal postura, pues sostiene que basta imponerse de la redacción utilizada por los juzgadores para resolver los casos difíciles, para arribar a la conclusión de que éstos no hablan de la inexistencia de una solución jurídica o de la necesidad de un acto de invención judicial. Por el contrario, dictan sus decisiones en términos de las normas preexistentes e intentan un razonamiento deductivo a partir de éstas.

Sin embargo, aun cuando los fallos de los tribunales constitucionales pueden llevar a pensar que siempre se está ante argumentos silogísticos, la lectura comparativa de diferentes fallos muestra variaciones jurisprudenciales, tanto en los contenidos como en la argumentación, y esto es así porque dentro de la teoría democrática tradicional del Estado liberal, su papel debe limitarse a la simple aplicación de la norma al caso concreto, de manera que dicho lenguaje es un mecanismo de legitimación del Poder Judicial. Dicho de otro modo, el juez debe decidir con base en razones que están, por lo menos, aparentemente, fundadas sólo en el derecho.

Así, parece ser más acertada la posición de Hart, ya que tratándose de resolver el problema de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional podría desarrollar adecuadamente su labor si el ordenamiento jurídico no prevé una única solución acertada, otorgándole un amplio margen para elegir tanto las premisas de la argumentación como el contenido de su decisión.

Las variaciones de la jurisprudencia constitucional, los cambios de opinión de los magistrados, los virajes en los métodos de interpretación y de argumentación, pueden ser explicados sólo si se evita el vicio formalista de la autosuficiencia y la univocidad del derecho en el estudio de los casos difíciles.

Conforme a las ideas esbozadas, llego al profundo convencimiento de que el juzgador debe aplicar la norma, interpretando su sentido conforme a las directivas que enumeré, pero en la idea de que no hay una solución única correcta, por lo que lo fundamental no es determinar cuál es el método idóneo desde el punto de vista racional ó si se justifica interna y externamente, sino que lo medular estriba en lo que se quiere encontrar, en lo que se quiere decidir, aun cuando no soslayo el problema de la discrecionalidad y del control de su ejercicio, máxime que en México no están establecidas las bases para una responsabilidad por los errores cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional¹¹.

11 Vid. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, México, 2001.

La experiencia de Tribunales Constitucionales de otros países, ha demostrado que ésta es la tendencia de la actividad interpretativa a nivel constitucional, como lo demuestra la excelente investigación verificada por César Augusto Rodríguez Garavito, que, con referencia a la Corte Constitucional de Colombia (que inició sus actividades en 1992), estableció que, desde su creación hasta diciembre de 1996, en los llamados casos difíciles, el juez no lleva a cabo un razonamiento silogístico, como lo sostiene el formalismo jurídico, que va de premisas claramente establecidas (las normas y los hechos) a la conclusión del caso (la decisión), sino, por el contrario, el estudio de la práctica judicial muestra que el orden del razonamiento es el opuesto: el juez determina la decisión que desea dar al caso y, a partir de ella, inventa las premisas, esto es, fija las normas y los hechos relevantes, que pueden justificar la conclusión previamente obtenida.¹²

Similar situación prevalece en México, lo que ha llevado a sostener a José Ramón Cossío Díaz:

*"Frente a la complejidad propia de las normas constitucionales –misma que conlleva la posibilidad de plantear una diversidad de sentidos para cada una de ellas- no es posible continuar con una dogmática fundada en principios decisionistas que limitan toda interpretación constitucional a la voluntad del poderoso. Se hace necesario retomar una concepción normativa de la Constitución y plantear una actividad dogmática constitucional de nuevo cuño que, primero, adopte un punto de vista jurídico respecto de la Constitución; segundo, señale todas aquellas interpretaciones que respecto de una misma norma es posible postular y, tercero, lleve a cabo su tarea con rigor y mediante la explicitación de sus presupuestos, metodología y resultados. En la medida en que la dogmática constitucional cumpla con las funciones que hemos señalado, habrá una auténtica recreación del texto constitucional. El planteamiento de diversos sentidos sobre las normas constitucionales y la existencia de vías para hacerlos valer ante los órganos del Estado, es condición indispensable para un régimen democrático en tanto que en esas normas se contienen las reglas del juego para los distintos actores sociales, los límites del ejercicio del poder y las instituciones que, dentro del propio juego de la pluralidad, permiten el mantenimiento de la unidad nacional."*¹³

12 Ob. cit., pp. 24-25.

13 Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, Themis, México, 1998, p.195.

4. LA POSIBILIDAD DE EMITIR JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Los Tribunales Colegiados de Circuito, como órganos del Poder Judicial Federal, comenzaron a funcionar el 19 de febrero de 1951, con cinco circuitos, y al día de hoy se encuentran funcionando veintinueve circuitos. En 1988, se reformó la Constitución para erigirlos como órganos terminales en juicios de amparo en el que el problema fuera exclusivamente de legalidad.

En 1999 se reformó el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultando al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expedir acuerdos generales para remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que, además de los que ya hayan establecido jurisprudencia, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia.

La posición de nuestro más Alto Tribunal es la de que esos acuerdos generales no fincan competencia, por lo que no constituyen una normatividad, ya que sólo es un acuerdo de naturaleza administrativa que tiende a distribuir los asuntos de la Corte para evitar rezagos, y así cumplir con la exigencia constitucional de prontitud en la impartición de justicia.

Al margen de que finquen o no competencia, lo cierto es que lo establecido en esos acuerdos generales es de acatamiento obligatorio para los Tribunales Colegiados de Circuito, los que necesariamente tienen que observarlos y avocarse al conocimiento de los asuntos que les sean remitidos en aplicación de esos acuerdos y, en el caso de que un particular se inconforme con el hecho de que sea un Tribunal Colegiado el que resuelva como órgano terminal un juicio de amparo en el que se impugne por inconstitucional una ley federal que está en los casos que ejemplificativamente la Corte ha decidido que no reúnen las características de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional; dicho recurso le será adverso, porque hay una justificación legal para ello, lo que significa que lo dispuesto por los acuerdos generales no sólo obligan de manera interna a los órganos del Poder Judicial Federal, sino también producen efectos con relación a los gobernados.

Por otro lado, es de llamar la atención sobre el hecho de que el legislador dejó plena discrecionalidad al Pleno de la Corte para decidir cuáles asuntos se reserva para su estudio y resolución, y en cuáles delega su competencia originaria, señalando como único parámetro el de que estime que sean necesarios para una mejor impartición de justicia. Basta estudiar los Acuerdos

6/1999, 1/2000, 4/2000, 9/2000, 2/2001 y 4/2001, que fueron abrogados por el acuerdo general número 5/2001, de 21 de junio de 2001, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito, para advertir que si bien hay consideraciones generales al respecto, no hay una explicación detallada del por qué todos y cada uno de los asuntos enumerados deben remitirse a los Tribunales Colegiados, porque con ello se mejorará la impartición de justicia y es obvio que no se exprese, porque lo lacónico y vago del precepto constitucional no lo exige y, de ese modo, basta que, sin ahondar en detalle, de una manera genérica se exprese que esos asuntos deben enviarse a los Tribunales Colegiados, porque con esto se mejora la impartición de justicia para tener por satisfecho el requisito constitucional.

Por otra parte, la posibilidad de que en un gran número de asuntos, los Tribunales Colegiados sean órganos terminales que resuelvan en todos los casos sobre la constitucionalidad de reglamentos y leyes locales y, en algunos temas de leyes federales, puede significar el debilitamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, lo que parece contrario a la idea del Constituyente Permanente, ya que las reformas de 1988 y de 1994 parecían tender a fortalecerlo como tal. Esto es así, porque antes de la expedición de los Acuerdos Generales, el único intérprete de la Constitución, en el sentido de determinar si una norma se apegaba o no al texto constitucional, era la propia Corte; sin embargo, ahora nada impide que los Tribunales Colegiados emitan jurisprudencia en estos asuntos en que se ventilan cuestiones de constitucionalidad.

Cierto es que, en la hipótesis de que dos o más Tribunales Colegiados resuelvan en sentido opuesto la misma cuestión, verbigracia, uno declarando inconstitucional un artículo del Código Civil de Tamaulipas, y otro resuelva que sí es constitucional, esto daría lugar a la contradicción de tesis, que finalmente tendría que resolver la Suprema Corte, y así reasumiría su postura de máximo intérprete constitucional.

Pero si no se da ese supuesto de contradicción, lo resuelto por los Tribunales Colegiados sería la última palabra y la única solución posible, en el caso de que la Corte no estuviera de acuerdo con ese criterio, sería modificar el Acuerdo General para reasumir su competencia originaria, lo que desde luego generaría falta de seguridad jurídica y de credibilidad en la Suprema Corte.

Por último, creo importante señalar que en algunos sectores académicos predomina la idea de que, tratándose de asuntos de constitucionalidad de leyes, la Corte ya estableció que no pueden emitir jurisprudencia, aunque

es útil la publicación de sus criterios. Esa opinión la sustentan en la tesis aislada de Pleno LX/98, consultable en la Novena Epoca del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, septiembre de 1998, página 56, que tiene el rubro "TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. AUNQUE LAS CONSIDERACIONES SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES QUE EFECTUAN EN LOS JUICIOS DE AMPARO DIRECTO, NO SON APTAS PARA INTEGRAR JURISPRUDENCIA, RESULTA ÚTIL LA PUBLICACIÓN DE LOS CRITERIOS".

No comparto esa opinión, porque esa tesis parte de la base de que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden conocer en amparo directo de argumentaciones en las que se aduzca la inconstitucionalidad de un precepto y, al pronunciarse sobre el particular, pueden dar lugar a que proceda el recurso de revisión ante la Suprema Corte, razón jurídica y lógica que sustenta el que, sólo en estos casos, los Colegiados no puedan emitir jurisprudencia, lo que se constata de la lectura del texto de la tesis, hipótesis diametralmente opuesta a la nueva situación, en la que, los órganos terminales para problemas de constitucionalidad de leyes, sin posibilidad de revisión por parte de otra instancia, son los Tribunales Colegiados.

Resumiendo: los Tribunales Colegiados pueden emitir jurisprudencia sobre cuestiones constitucionales, porque a partir de la reforma de 1999, por virtud de acuerdos generales, la Suprema Corte les delega asuntos que son de su competencia originaria, convirtiéndolos en órganos terminales. Sobre el tema, ya se pronunció la Suprema Corte en los siguientes términos:

No. Registro: 181,273

Tesis aislada

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Junio de 2004

Tesis: 1ª. LXIV/2004

Página: 241

REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN LA SEGUNDA INSTANCIA, CONFORME AL ACUERDO PLENARIO 5/2001, CONSTITUYE UNA DECISIÓN DEFINITIVA.

De conformidad con lo dispuesto en los puntos quinto, décimo, décimo primero y décimo segundo del Acuerdo General Ple-

nario 5/2001, de 21 de junio de 2001, los recursos de revisión en amparo indirecto, competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, serán enviados por los Jueces de Distrito y, en su caso, por los Tribunales Unitarios de Circuito a los Tribunales Colegiados de Circuito para que verifiquen su procedencia y resuelvan, en su caso, sobre la caducidad, el desistimiento o la reposición del procedimiento, así como sobre la inconstitucionalidad de leyes locales o federales respecto de las cuales exista jurisprudencia aplicable de este Alto Tribunal; y que de resultar procedente el juicio, cuando el asunto no quede comprendido en tales hipótesis de competencia delegada, dejarán a salvo la jurisdicción originaria de la Suprema Corte de Justicia y le remitirán los autos sin analizar los temas de su exclusiva competencia. En ese sentido, la resolución dictada en segunda instancia por el Tribunal Colegiado de Circuito constituye una decisión emitida por un tribunal terminal y, por tanto, adquiere características de definitividad, de manera que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está jurídicamente facultada para modificarla.

Amparo en revisión 712/2003. Beatriz de la Rosa Castro. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Emmanuel Rosales Guerrero.

Nota: El Acuerdo General Número 5/2001, de veintiuno de junio de dos mil uno, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito citado, aparece publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, julio de 2001, página 1161.

Ahora, esta nueva situación puede impactar en distintas esferas. Una de ellas fue abordada por el joven abogado José Ángel Vega Tapia, en su tesis profesional para obtener el grado de licenciado en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México.

En dicho trabajo, propone que haya una reforma con relación a la suplencia de la queja prevista en la fracción I del artículo 76-bis de la Ley de Amparo, que señala que opera tal suplencia respecto a leyes declaradas

inconstitucionales por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, para que en un nuevo precepto se extienda esa suplencia a las leyes declaradas inconstitucionales por los Tribunales Colegiados.

Otra repercusión y muy importante, es la posibilidad de que existan tesis contradictorias respecto de la misma norma general, unas sosteniendo su constitucionalidad y otras negándola, atenta la circunstancia de que conozcan del mismo planteamiento dos o más Tribunales Colegiados en el mismo circuito (si son leyes locales) o en diferentes (si es una ley federal), lo que puede generar incertidumbre hasta en tanto se resuelva la contradicción, ya sea por los novedosos Plenos de Circuito (si son Tribunales del mismo Circuito) o por la Suprema Corte (si pertenecen a distintos circuitos); sin embargo, esta última postura no deja de ser una especulación que sólo el tiempo dirá si es acertada o no.

Lo que realmente importa es que el esquema de justicia constitucional se adapte a las nuevas circunstancias y que esto redunde en un beneficio palpable de protección de los derechos fundamentales de los gobernados, en un momento histórico en el que, merced a la reciente reforma constitucional de dos mil once, el principio *pro persona* (o *pro homine*), consagrado en el artículo primero constitucional, es el eje rector de la actuación de toda autoridad y, aún más, soporte del Estado Social de Derecho Mexicano. ■

Materialización del control difuso de la constitucionalidad de las normas generales relacionadas con la reincidencia y la habitualidad

Mauricio Moreno Vargas*

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Presidente de la Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

1. FACULTADES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA EJERCER EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES

Como recientemente lo ha sostenido la Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, al resolver diversos procedimientos de apelación¹, se aprecian razones para considerar que las normas penales establecidas en los numerales 57 fracción VIII, 69 en la parte conducente y 55, todos ellos del Código Penal para el Estado de México en vigor, resultan inconstitucionales, por lo que, en consecuencia, deben dejar de aplicarse a los casos concretos, sin que ello implique una declaración general sobre la invalidez de los mencionados dispositivos legales.

Antes de exponer las razones de la inconstitucionalidad de los dispositivos legales antes señalados, es oportuno analizar cómo es que los órganos jurisdiccionales de las entidades federativas tienen la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de normas generales.

Para ello, es necesario, en primer término, acudir a lo dispuesto por el artículo 133 de la Ley Suprema de la Unión, que a la letra establece:

"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

En concordancia con lo anterior, debemos tener en cuenta la modificación al artículo 1° de la Ley Suprema que, en el texto actual de su párrafo tercero, dispone:

"Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancio-

¹ Tocas de Apelación números 143/2012 y 168/2012, resueltos por unanimidad de votos los días 15 y 17 de mayo de 2012, respectivamente.

nar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

En este sentido, y en cuanto al nuevo espectro de protección a los derechos humanos en México, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente VARIOS 912/2010, emitió un nuevo criterio orientador con relación al modelo mexicano de control judicial de normas generales, señalando, en lo medular, lo siguiente:

“27. De este modo, las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

28. Estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1° constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo

no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

...

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esa presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. . .”

Como consecuencia de lo anterior, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal ha emitido los siguientes criterios jurisprudenciales que, asimismo, sirven de basamento para establecer que los jueces y magistrados que integran los Tribunales de Justicia de las entidades federativas, pueden y deben aplicar el control difuso de la constitucionalidad de leyes y de la convencionalidad de los tratados internacionales. Las tesis son las siguientes:

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la

invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.”

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea par-

te, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.”

"SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevale-

cer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.”

En virtud de lo anterior, la propia Corte Suprema tuvo la necesidad de modificar la jurisprudencia nacional, hasta entonces prevaleciente, mediante la cual se establecía un sistema de control concentrado a favor sólo de algunos órganos del Poder Judicial de la Federación. El nuevo criterio es obligatorio, en términos de lo dispuesto por el artículo 197, párrafo *in fine*, de la Ley de Amparo en vigor, el cual indica:

“CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P/J. 73/99 y P/J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”.

Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 25 de octubre de 2011. Mayoría de nueve votos; votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales respectivas: Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García

Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Ignacio Valdés Barreiro, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número I/2011 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de noviembre de dos mil once."

2. INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 57, FRACCIÓN VIII, Y 69 EN LA PARTE CONDUCENTE, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Una vez expuesto el fundamento con base en el cual se tiene la atribución de dejar de aplicar una norma general a los casos en concreto, por parte de los Tribunales de Justicia ordinaria de los que conozcan en el ámbito de su competencia, es menester exponer y desarrollar las razones por las cuales se considera que los artículos 57, fracción VIII, y 69 en su parte conducente, ambos numerales del Código Penal del Estado de México, devienen inconstitucionales.

Como premisa mayor del silogismo en desarrollo, se deben tener a los mandatos supremos contenidos en los artículos 1°, 14° y 22°, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales indican:

"Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

“Artículo 14. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.”

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”

Ahora bien, de una interpretación sistemática y funcional de las normas constitucionales invocadas, se arriba a la convicción de que nuestro país ha transitado de un *derecho penal del autor*, propio de un régimen despótico, a un modelo de *derecho penal del acto*, acorde al respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los seres humanos y que es propio de países democráticos. En este sentido, se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal, al emitir los siguientes criterios:

“DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. De la interpretación sistemática de los artículos 1, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como “derecho penal del acto” y rechaza a su opuesto, el “derecho penal del autor”. Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpa-do son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría

suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado -actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.

Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez."

"DERECHO PENAL DEL ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos precep-

tos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez."

Lo anterior es así, ya que, en principio, se debe tener en cuenta, y debe reiterarse, que, sin duda, la vida y la dignidad son los valores supremos de los individuos y piedra angular de la estructura de las prerrogativas de las personas, y que ninguna agencia del gobierno o servidor público, puede atentar contra tales fundamentos bajo argumento alguno.

Por otra parte, se afirma que las consecuencias del delito, es decir, las penas o medidas de seguridad, deben aplicarse sin acudir a la analogía o a la mayoría de razón, y que el *quantum* de la pena debe ser directamente proporcional al delito cometido, considerando la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma y la magnitud de su ataque, esto es, a través de la graduación de la culpabilidad, concepto que permite sostener el reproche del injusto penal sin acudir a conceptos y fórmulas anacrónicas, como el de la peligrosidad o temibilidad del individuo.

Es precisamente la adopción de estos baremos, junto con algunos otros no de menor importancia, en los que descansa, en México, la modernización del derecho penal y la democratización del sistema de justicia en esta materia.

En esta línea de pensamiento y de acción, es que advertimos cómo, en México, se han ido abrogando una serie de normas legales que contenían conceptos y formas arcaicas, que constituyen reminiscencias de figuras acuñadas y aplaudidas en las postrimerías del siglo XIX, que si bien sirvieron en el desarrollo de la ciencias penales, ahora simplemente resultan insostenibles, cuando menos con los efectos y alcances que tradicionalmente se les imprimió.

Algunas de estas figuras son, sin duda, la *reincidencia* y la *habitualidad*, que al implicar la reiteración de conductas penalmente reprochables, permiten a la sociedad, por medio del Estado, sancionar con mayor severidad y prejuicio a quien se considera delincuente reiterativo o consuetudinario, calificativos que, desde luego, no sólo lo identifican, sino que lo estigmatizan.

Hoy observamos que algunas codificaciones en nuestro país han ido suprimiendo el alcance de la *reincidencia* y la *habitualidad* como factores para la fijación de la punición al momento de juzgar el nuevo delito, limitán-

dose a establecer otros aspectos de carácter objetivo y, ciertamente, algunos subjetivos del delincuente, pero relacionados directamente con el hecho típicamente antijurídico, y no precisamente con sus antecedentes como rasgos de su propia personalidad. Uno de estos antecedentes legislativos los encontramos en el Código Penal Federal.

De cualquier manera, el consenso unánime es en el sentido de que, hoy por hoy, la magnitud de las penas sólo tiene dos parámetros. El primero, lo constituye el límite fijado por el legislador al señalar la punibilidad, como producto de su exclusiva competencia. El segundo, es atribución única de los juzgadores penales, cuando arriban al establecimiento del grado de culpabilidad del agente del delito. En conclusión, la punibilidad y el grado de culpabilidad son los únicos factores en los que se basa la moderna teoría para la individualización de las penas.

De forma por demás ejemplificativa y fundatoria, resulta la jurisprudencia firme emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a continuación se reproduce:

"CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO. A través de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, al artículo 52 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para efectos de la individualización de la pena, se abandonó el criterio de peligrosidad adoptándose el de determinación del grado de culpabilidad, acorde con el cual la pena debe imponerse por lo que el delincuente ha hecho y no por lo que es o por lo que se crea que va a hacer, pues se trata de un derecho penal de hecho y no de autor. Por otra parte, el artículo 51 del Código Penal Federal (vigente) establece la regla general para la aplicación de sanciones, al prever que los juzgadores deben tener en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del procesado; en tanto que el numeral 52 del mismo ordenamiento prevé la regla específica para la individualización de sanciones, señalando los elementos que los juzgadores deben considerar para realizarla, esto es, la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, así como los factores que deben tener en cuenta a fin de individualizar las penas y medidas de seguridad con base en dichos elementos. Ahora bien, las circunstancias exteriores de ejecución, referidas en la regla general de aplica-

ción de sanciones corresponde, en la regla específica de individualización de penas y medidas de seguridad, a los factores por los que se precisa la gravedad del ilícito, los cuales se contienen en las fracciones I a IV de dicho artículo 52, y las circunstancias peculiares del delincuente, también señaladas en la mencionada regla general, en la individualización de penas y medidas de seguridad, se observan al verificarse los factores contenidos en sus fracciones V a VII, y así fijar el grado de culpabilidad del agente. Así, son circunstancias peculiares del procesado, su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas (fracción V); y si bien es cierto que los motivos que lo impulsaron a delinquir (fracción V), su comportamiento posterior al hecho ilícito (fracción VI) y las demás condiciones en que se encontraba en el momento de cometer el delito (fracción VII), pueden ser circunstancias peculiares reveladoras de su personalidad -que pudieran conducir a establecer que la individualización de las penas y medidas de seguridad atiende a un derecho penal de autor-, también lo es que tal revelación de la personalidad únicamente puede considerarse en relación con el hecho cometido, ya que la individualización de las penas y medidas de seguridad, con base en el grado de culpabilidad, implica la relación del autor del hecho ilícito con éste, lo cual conduce a establecer dicho grado de culpabilidad con base en aspectos objetivos que concurrieron al hecho delictuoso, sin que deban considerarse circunstancias ajenas a ello. Por tanto, los antecedentes penales no pueden incluirse entre los factores que los juzgadores deben atender para determinar el grado de culpabilidad, pues no tienen la naturaleza de circunstancias peculiares del delincuente, ya que no corresponden a una característica propia de él, además de que entre esos factores no se hace alusión a conductas anteriores al hecho delictivo.

Solicitud de modificación de jurisprudencia 9/2011. Magistrados del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. 6 de julio de 2011. Mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 110/2011 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticuatro de agosto de dos mil once."

Ahora bien, como elementos integradores de la premisa menor dentro de este ejercicio se encuentra, por un lado, el texto vigente de los artículos 57, fracción VIII, y 69, en su parte conducente, del Código Penal para el Estado de México. En efecto, las normas penales en comento, señalan:

"Artículo 57.- El órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, fijará la pena que estime justa, dentro de los límites establecidos en el código para cada delito, considerando la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado, teniendo en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico y del peligro a que hubiere sido expuesto el ofendido;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico, indígena se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del sentenciado con relación al delito cometido;

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma;

VIII. La calidad del activo como delincuente primario, reincidente o habitual;

..."

"Artículo 69.- La reincidencia y habitualidad referida en los artículos 19 y 20 será tomada en cuenta para la individualización de la pena y para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé. . . .

Tratándose de delitos cometidos con violencia de género, no procederán sustitutivos penales, independientemente de la reincidencia o habitualidad del responsable."

Finalmente, la conclusión del silogismo estriba en la disconformidad evidente que existe entre el contenido y alcance de las normas constitucionales en estudio y el de las normas establecidas por los artículos 57, fracción VIII, y 69, en lo conducente, del ordenamiento punitivo de la entidad, toda vez que las mismas se traducen en la obligación para elevar el grado de culpabilidad que impactará, necesariamente, en la imposición de las penas de mayor magnitud, en los casos en particular.

Lo anterior, como se insiste, resulta atentatorio de los derechos fundamentales de los sentenciados, ya que los dispositivos secundarios constriñen a los juzgadores a tomar en cuenta los antecedentes penales como factor para establecer un determinado grado de culpabilidad, que incidirá en la particular punición; situación que se encuentra prohibida por el orden constitucional, ya que, como hemos visto, la penas deben ser proporcionales al delito cometido, tomando en cuenta la naturaleza o categoría del bien protegido por la norma y la magnitud del ataque al bien tutelado, considerando, además, los aspectos objetivos del hecho delictuoso y los subjetivos de los involucrados, pero siempre proyectados o relacionados de forma directa e inmediata con el propio hecho, y no con relación a los rasgos de la propia personalidad, o antecedentes conductuales del delincuente.

Como corolario, debe decirse que los antecedentes penales pueden ser considerados, por los jueces, para el establecimiento de determinadas medidas cautelares o de protección en un particular procedimiento penal, o bien, podrán ser objeto de ponderación para conceder o negar algún beneficio sustitutivo de las penas impuestas o de la suspensión condicional de la condena; no así para la graduación de la culpabilidad y la consecuente fijación de la específica punición. En este sentido, y en lo conducente, tiene aplicación la siguiente tesis por contradicción, emitida por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal:

"CONDENA CONDICIONAL. LOS ANTECEDENTES PENALES NO SON NECESARIAMENTE SUFICIENTES PARA ACREDITAR QUE EL SENTENCIADO NO HA EVIDENCIADO BUENA CONDUCTA ANTES DEL HE-

CHO PUNIBLE Y, POR TANTO, PARA NEGAR EL OTORGAMIENTO DE AQUEL BENEFICIO. De la interpretación sistemática y armónica del artículo 90, fracción I, inciso b), del Código Penal Federal, se concluye que los antecedentes penales no necesariamente deben calificarse como un dato incontrovertible que denota que el sentenciado no ha evidenciado buena conducta anterior al hecho punible y, por tanto, negarle el beneficio de la condena condicional con base en ellos. Por lo tanto, es potestad del juzgador valorar las constancias que obren en la causa penal para determinar razonablemente si existe a favor del sentenciado la presunción de que no volverá a delinquir, y estar en posibilidad de concederle tal beneficio, sin que este criterio tenga como propósito establecer una regla de validez universal para que sea aplicada mecánicamente por los juzgadores, sino que tiene por objeto que sean precisamente éstos quienes a partir del conocimiento directo e inmediato de las circunstancias del hecho y de las características del sentenciado, en ejercicio del arbitrio judicial con que cuentan -ya que la condena condicional constituye un beneficio y no un derecho para el sentenciado y una facultad y no una obligación para el juzgador- estén en posibilidad de ponderar las circunstancias y los medios de prueba relativos para determinar el otorgamiento o no del beneficio de la condena condicional.

Contradicción de tesis 78/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Cuarto Circuito. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 140/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco."

3. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Por otro lado, pero tomando en cuenta el contenido argumentativo de los párrafos precedentes, se advierte que, en el caso de la amonestación, se está en presencia de la imposición de una pena que resulta inconstitucional, por constituir una pena indignante e inusual y, por lo mismo, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es pertinente tener en cuenta, que el artículo 55 del ordenamiento punitivo estatal, dispone:

"Artículo 55.- La amonestación consiste en la advertencia que el órgano jurisdiccional hace al inculpado, explicándole las consecuencias del delito que cometió, excitándole a la enmienda y previniéndole de las penas que se imponen a los reincidentes. La amonestación se hará en privado o públicamente a juicio del juez, y se impondrá en toda sentencia condenatoria."

Como se observa, la amonestación implica, en esencia, una advertencia, pública o privada, que profiere el juzgador al sentenciado, en el sentido de que si en el futuro vuelve a delinquir, las penas a imponer serán más severas, en virtud de que será considerado como delincuente reincidente.

En esas condiciones, es evidente que la pena de amonestación es propia de un modelo de *Derecho Penal de Autor* y no de *Acto*, como es el nuestro, de acuerdo con el diseño constitucional, puesto que la advertencia, implícita en la amonestación, en sí misma es estigmatizadora, dado que se parte de considerar, en el mismo momento de su imposición, al individuo como una persona delincuente y que, en caso de cometer un nuevo delito, será tratado y sancionado como delincuente reincidente, lo que agravará su situación jurídica en relación con la comisión de un futuro, incierto y eventual delito; situación que, desde luego, atenta contra la dignidad de la persona sentenciada.

En abundamiento, el *Derecho Penal del Acto* no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.

Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22 constitucional, primer párrafo, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición o individualización de las penas. Al respecto tienen aplicación, en lo conducente, las tesis que han sido reproducidas con anterioridad en este documento, a las que nos remitimos y cuyos rubros son: "DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS" y "DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE

DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO)."

Hoy, vemos con beneplácito, que algunas codificaciones en nuestro país han ido suprimiendo la figura de la amonestación. Algunos de estos antecedentes legislativos los encontramos en el Código Penal Federal, en el del Distrito Federal y en el de Chiapas. En este sentido, se han emitido las siguientes jurisprudencias definidas y que se reproducen con la única intención de documentar el nuevo derrotero legislativo; las tesis son:

"AMONESTACIÓN. SI SE SUPRIMIÓ COMO SANCIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS VIGENTE A PARTIR DEL 14 DE MAYO DE 2007, ES IMPROCEDENTE SU APLICACIÓN, NO OBSTANTE QUE EN EL CÓDIGO PROCESAL DE LA ENTIDAD SUBSISTA SU REGULACIÓN. De conformidad con el Código Penal para el Estado de Chiapas, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el catorce de marzo de dos mil siete y vigente a partir del catorce de mayo siguiente en términos de su artículo primero transitorio, al haberse suprimido la amonestación como pena, es evidente que ya no procede su aplicación, aun cuando el numeral 545 del Código de Procedimientos Penales para el Estado disponga que en toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para evitar su reincidencia; lo anterior es así, toda vez que si en la nueva legislación penal sustantiva, específicamente en el capítulo I del título tercero, relativo a las penas y medidas de seguridad, así como en el diverso capítulo IV referente a su aplicación, no se contempla la amonestación que establecían los normativos 16, fracción IX y 40 del Código Penal abrogado, resulta inconcuso que carece de objeto tal diligencia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 709/2007. 25 de septiembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Juan Manuel Morán Rodríguez.

Amparo directo 100/2008. 30 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Juan Manuel Morán Rodríguez.

Amparo directo 164/2008. 4 de diciembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Marta Olivia Tello Acuña. Secretario: Jesús Gerardo Montes Gutiérrez.

Amparo directo 957/2007. 15 de enero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Artemio Maldonado Cruz, secretario de tribunal autorizado para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el artículo 52, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio consejo. Secretario: Aldo Barrientos Torres.

Amparo directo 349/2008. 19 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Jorge Alberto Camacho Pérez.”

“AMONESTACIÓN. IMPROCEDENCIA DE SU IMPOSICIÓN CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (vigente a partir del 13 de noviembre de 2002), al haberse suprimido la amonestación como pena, es evidente que no procede su aplicación, ello a pesar de que el numeral 577 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal disponga que: “En toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para que no reincida, advirtiéndole las sanciones a que se expone, y de ello se extenderá diligencia, pero sin que la falta de ésta obste para hacer efectivas las sanciones de la reincidencia y la de la habitualidad.”, dado que si en la nueva legislación penal sustantiva el apartado relativo a la reincidencia y habitualidad, así como la aplicación de sanciones en caso de reincidencia, que establecían los preceptos 20 y 65 del Código Penal abrogado, no se contemplan, es evidente que carece de objeto tal diligencia.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 269/2003. 28 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 279/2003. 28 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Amparo directo 259/2003. 28 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Fernando Córdoba del Valle.

Amparo directo 289/2003. 28 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Gustavo Felipe González Córdoba.

Amparo directo 389/2003. 14 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.”

Como se insiste, lo anterior sin que implique una declaración general sobre la invalidez constitucional de las normas penales en comento, dado que este mecanismo de control no tiene ese alcance.■



Actualidad y realidad en la educación judicial

Heriberto Benito López Aguilar*

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Profesor-investigador de tiempo completo de la Escuela Judicial del Estado de México. Candidato a investigador nacional.

Resumen

A punto de cumplir diez años de su concepción como organismo académico responsable de la profesionalización de la función jurisdiccional del Estado de México, la Escuela Judicial mantiene su compromiso con la calidad de la educación y tiene entre sus objetivos divulgar el conocimiento ante una cobertura amplia de servidores públicos del Poder Judicial, lo cual supone el aprovechamiento del mismo mediante el razonamiento y su alejamiento de viejos modelos como la repetición y la memorización.

De lo anterior, se advierte que esta institución de educación superior especializada cumple con su responsabilidad para facilitar el conocimiento a través de la instrumentación de políticas educativas adecuadas y eficaces, pero también destaca su función de generar conciencia crítica y formación social sobre los servidores públicos, esto es, procurar que observen las condiciones reales en que se encuentran ante la sociedad y a partir de ello cumplan en la práctica un cometido formal e incidan positivamente con los derechos de los justiciables.

Pero antes de realizar un proyecto innovador con estas y otras características más, se debe analizar la viabilidad y la relación costo-beneficio, favoreciendo los procesos de enseñanza y aprendizaje de los conocimientos en derecho judicial.

I. Introducción

En otro trabajo hemos sostenido que la Escuela Judicial es “una institución de educación superior especializada de carácter público y social al servicio de la justicia, con firme vocación progresista, que privilegia el acceso a sus aulas de manera equilibrada y equitativa entre todo aquel que quiera estudiar y ejercer la función jurisdiccional, de manera tal que al promover la competitividad no puede ser considerada elitista ni selectiva, sino abierta y democrática, por lo que, a fin de contribuir en su consolidación corresponde a los servidores públicos del Poder Judicial concurrir a ésta sin protocolo alguno y en auto convocatoria para intercambiar experiencias”.¹

Este trabajo tiene como objetivo inmediato hacer una descripción realista de las actividades desarrolladas por la Escuela Judicial mediante la creación, impartición y difusión del conocimiento en beneficio de la administración de justicia, y como objeto específico de estudio la realidad actual que

1 López Aguilar, Heriberto Benito (2012), “La Escuela Judicial del Estado de México: avance, balance y cauce”, *Ex Legibus*. Revista de Derecho, no. 3, pág. 176.

surge por las relaciones que se dan entre las partes integrantes de la estructura educativa en el ámbito del Poder Judicial, "por medio del ejercicio de la reflexibilidad. Una reflexibilidad a través de la cual *describir una situación es construirla*".²

Sobre esta base, el rigor y profesionalismo con que la Escuela Judicial ha desarrollado estas actividades a lo largo de una década constituyen un ejemplo de transparencia y responsabilidad. Las contribuciones institucionales son relevantes porque dan cuenta de la experiencia acumulada y la credibilidad ganada durante este periodo.

Con el propósito de fortalecer las acciones tendentes al logro de las metas institucionales establecidas, en primer lugar habrá que realizar un ejercicio de detección de necesidades; y en segundo lugar, será indispensable atender las asignaturas pendientes que prevalecen en la actualidad, tales como: la ampliación de la oferta educativa, la producción de la investigación aplicada y la organización de las actividades de divulgación.

II. Ampliación de la oferta educativa

Derivado de su experiencia para realizar proyectos de gran envergadura, la educación judicial que imparte la Escuela Judicial puede ser concebida como un bien social que exalta las libertades de los servidores públicos del Poder Judicial y que contribuye a lograr una sociedad más justa y equitativa.

Sin embargo, la diversificación de la oferta educativa en distintas áreas del conocimiento del derecho judicial ha sido una exigencia, no sólo de los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México interesados en cursar los estudios de posgrado o participar en los cursos de formación y concursos de oposición, sino de la comunidad jurídica en general que aspira a tener la misma oportunidad de adquirir una formación profesional de alta calidad académica, por lo que se hace indispensable ampliar la oferta educativa escolarizada o generar modelos educativos virtuales de interacción a distancia para satisfacer la demanda.

Hay que impulsar estos proyectos para concretarlos y en su caso, dar puntual seguimiento al proceso de consolidación de tal manera que fomenten tanto la creatividad y la imaginación de los alumnos en el extenso conocimiento del derecho judicial, como el desarrollo profesional de la judicatura.

2 Comboni Salinas, Sonia y Juárez Núñez, José Manuel (2010), "Repensando las relaciones entre etnografía y educación", en Mejía Montes de Oca, Pablo *et al.* (coords.), *El arte de investigar*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, pág. 172.

A este esfuerzo también hay que añadir el rediseño de las políticas educativas encaminadas a hacer un aprovechamiento óptimo de los docentes altamente calificados y dotados con herramientas pedagógicas superiores.

Por eso es patente la necesidad de emprender nuevas acciones; por ejemplo, a efecto de contar con criterios metodológicos definidos y reglas claras para elaborar trabajos de investigación, y dotar a los alumnos del posgrado con las herramientas necesarias para la obtención del grado académico, es importante desarrollar un documento propio que contenga los Lineamientos Generales para la elaboración de tesis de maestría y doctorado de la Escuela Judicial del Estado de México.

Además de ello, otro ejemplo consiste en atender la demanda de quienes desean obtener un lugar para recibir educación superior especializada, en virtud de que la convocatoria relacionada con la promoción 2012 sólo se dirigió a los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México interesados en cursar un programa de posgrado en los niveles de Maestría en Derecho Judicial y Especialidad en Derecho Familiar, contrariamente a las convocatorias relativas a los cursos de formación y concursos de oposición que son abiertas a la comunidad jurídica en general, lo cual, por cierto, crea crédito y confianza.

La idea de que la Escuela Judicial atienda la demanda de quienes quieren obtener un lugar para recibir educación superior especializada, en principio es una buena intención que puede parecer como algo demasiado radical; sin embargo, es una tesis empíricamente demostrable por medio de estadísticas. El pensamiento crítico que recomienda Karl R. Popper revela con datos duros la realidad dominante de los estudios de posgrado que imparte ésta institución de educación superior especializada.

Las estadísticas de la Escuela Judicial documentan que para la promoción 2012 la demanda de ingreso fue de noventa y siete preregistros de la Maestría en Derecho Judicial, y treinta y un preregistros de la Especialidad en Derecho Familiar de manera que suman en total ciento veintiocho preregistros, de los cuales el CENEVAL atendió ochenta y tres registros (setenta de Maestría en Derecho Judicial y trece de Especialidad en Derecho Familiar) mediante examen de selección que aplicó en los términos siguientes: cincuenta y siete para Maestría en Derecho Judicial y once para Especialidad en Derecho Familiar, es decir, sólo a sesenta y ocho aspirantes, cifra equivalente al número de personas que acudieron a las entrevistas para ingreso a los estudios de posgrado, promoción 2012.

No obstante, la Escuela Judicial está obligada a enfrentar grandes retos con seguridad y certidumbre, ya que al hacer referencia a la situación actual de la educación judicial, existen interesados que no tienen acceso a cursar alguno de los estudios de posgrado, por lo que este problema de baja cobertura tiene que ser resuelto con la emisión de una convocatoria abierta a la comunidad jurídica en general para lograr beneficios concretos a los interesados.

La Escuela Judicial no puede ni debe convertirse en un club elitista que se preocupa de forma egoísta exclusivamente de los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México, sino que tiene que asumir el compromiso de diseñar políticas educativas incluyentes que se ocupen de la comunidad jurídica en general. En ésta institución de educación superior especializada se tiene la obligación de cumplir con la tarea no sólo a favor de la función jurisdiccional, sino en beneficio de la sociedad mexiquense.

Hoy se hace indispensable dar acceso a la educación superior especializada a quienes aún están excluidos de ella. La Escuela Judicial tiene las condiciones y las capacidades para asumir este reto y garantizar que ni un sólo interesado en cursar los estudios de posgrado se vea excluido de la oportunidad de recibir educación judicial de calidad.

En suma, la Escuela Judicial debe ser un espacio abierto a la comunidad jurídica que demanda la genuina vocación para acceder a los estudios de posgrado. El interés por servir a la justicia mexiquense demuestra la necesidad de acrecentar la pluralidad y diversidad del foro, parte del andamiaje educativo de la Escuela Judicial.

III. Producción de la investigación aplicada

La estrategia de la Escuela Judicial para mantenerse a la vanguardia considera dos ejes: por un lado, la organización de un nuevo modelo educativo; y, por otro, la producción de investigación aplicada. Con la concurrencia de ambos ejes, se trata de ser no sólo reproductor, sino productor de conocimiento. No puede pasar desapercibido que "renovar la educación implica llevar a cabo acciones vinculadas con actitudes y procesos de investigación para la solución de problemas que comportan un cambio en la práctica educativa. Para ello se requiere intencionalidad y planificación que permitan alcanzar un alto índice de eficiencia y eficacia".³

3 Ruíz, Rosaura *et al.* (2009), "La educación superior en las sociedades del conocimiento", en Suárez, Rodolfo (coord.), *Sociedad del conocimiento. Propuestas para una agenda conceptual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 219.

En este orden de ideas la Escuela Judicial tiene la capacidad de entender y comprender las reformas constitucionales y legales, y también la experiencia para diseñar programas no sólo de capacitación que consideren la armonización y articulación del orden jurídico-normativo con un nuevo modelo educativo que eleve la calidad de la educación, sino también de investigación que contribuyan a construir un modelo de generación de conocimiento científico de frontera con enfoque transdisciplinario e integral y que permita su aplicación. Así, "entendemos la *transdisciplina* como la formulación de problemas y de propuestas para entenderlos y resolverlos, mediante la concurrencia de especialistas de diversas disciplinas *así como* de gente que no proviene de ninguna disciplina pero que puede hacer aportes de conocimientos relevantes. La investigación transdisciplinar se caracteriza porque, además de utilizar conceptos y métodos provenientes de las disciplinas y de las formas de generar conocimiento que en ella concurren, también en ella se forjan conceptos y métodos que no existían previamente y que no se identifican con ninguna disciplina particular. Los resultados tampoco son asimilables a ninguna de las disciplinas ni a las formas previas de generar conocimiento".⁴ (Olivé, 2010: 117).

Los proyectos de investigación que dan sustento al modelo de educación judicial tienen como finalidad crear y recrear el conocimiento. En esta tesitura, como una prioridad la Escuela Judicial está obligada a medir el impacto que pueda llegar a tener cada investigación en la sociedad para determinar cuánto del conocimiento generado se aplica en beneficio de la administración de justicia.

Otro aspecto a considerar es la participación de la Escuela Judicial en el proceso de formación de recursos humanos poseedores del perfil dual relativo al juzgador-investigador basado en la capacidad de generar alternativas de soluciones y propuestas para resolver problemas de fondo mediante la imaginación. Es preciso señalar que el juzgador-investigador tendría el desafío de abocarse al ejercicio no sólo de la razón y la ética, sino de la innovación y la creatividad.

Con base en lo anterior, un mismo servidor público jurisdiccional puede estar en condiciones de adquirir, acorde a su capacidad, habilidades no sólo para ser más competitivo en su ámbito laboral, sino también para ser más creativo en la realización de un proyecto de investigación que de sustento al desarrollo de la administración de justicia.

4 Olivé, León (2010), "Conocimientos tradicionales e innovación: desafíos transdisciplinarios", en Peláez, Álvaro y Suárez, Rodolfo (coords.), *Observaciones filosóficas en torno a la transdisciplinariedad*, España, Anthropos, pág. 117.

IV. Organización de las actividades de divulgación

Por otra parte, la Escuela Judicial es una institución que permite adquirir educación y habilidades a los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México y a quienes aspiran a pertenecer a éste, mediante los estudios de posgrado. También les permite participar abiertamente en los cursos de formación y concursos de oposición, pero también activamente mediante actividades de divulgación. En consecuencia, la Escuela Judicial provee a la comunidad escolar conocimientos especializados e incentiva la innovación; asimismo, garantiza que la educación judicial sea de calidad.

Por su relevancia, destaca entre las actividades de divulgación organizadas por la Escuela Judicial, el ciclo de mesas de trabajo para comentar las recientes reformas a la legislación civil mexiquense en materia de divorcio incausado al que fueron convocados los jueces de lo familiar del Poder Judicial del Estado de México, cuyas conclusiones finales son susceptibles de publicación en la Revista de Derecho "*Ex Legibus*" de la Escuela Judicial, a efecto de poner al alcance de la comunidad jurídica las contribuciones de estos especialistas.

Algunas otras actividades de esta naturaleza son resultado de diversos convenios de colaboración académica con diversas instituciones, lo que permite a la Escuela Judicial tener mayor presencia institucional; de hecho, es clave para la consolidación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, adversarial y oral; y a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos, recientemente organizó la conferencia "*Aspectos relevantes de la suplencia de la queja*" impartida por la Doctora Margarita Beatriz Luna Ramos, Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También conviene mencionar que con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, a partir de la cual todas las autoridades mexicanas están obligadas a reconocer, respetar, promover y proteger los derechos inherentes de las personas, se llevó a cabo en la Escuela Judicial el seminario "*Reforma constitucional en derechos humanos*" destacando la participación del distinguido constitucionalista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien conciente de la necesidad de romper con el paradigma tradicional de subsumir un hecho al derecho y pasar a la labor creativa e imaginativa del juez para ponderar los derechos humanos contenidos en la ley, la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México (que en su conjunto integran un orden jurídico normativo al que Héctor Fix-Zamudio llama "derecho interno de fuente internacional"), demostró magistralmente lo sostenido en su obra escrita en el sentido de que esto "implicará, también,

una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los Derechos Humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, *no disponible* por el intérprete; es decir, no es *optativo* para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de Derechos Humanos”.⁵

A través de estos eventos académicos, la Escuela Judicial se erige como garante para armonizar los procesos de cambio en el Poder Judicial y refrenda su compromiso para contribuir a la construcción de la sociedad del conocimiento, de acuerdo con las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

V. Conclusiones

Primera. El sistema educativo en el ámbito del Poder Judicial ha crecido de manera importante en los últimos diez años. Hay cobertura casi total de los estudios de posgrado en los servidores públicos, aun cuando persiste un déficit en la comunidad jurídica en general por lo que es indispensable impulsar la ampliación de la oferta educativa.

Segunda. En la Escuela Judicial ha habido esfuerzos significativos por mejorar la calidad de la educación a lo largo de una década. En contraste, la investigación introducida en los últimos meses es una actividad que deberá aplicarse y expandirse porque es una condición necesaria para dar sustento al desarrollo de la administración de justicia.

Tercera. Las actividades de divulgación organizadas por la Escuela Judicial han acompañado su crecimiento en este periodo de tiempo, promoviendo la participación activa de los servidores públicos del Poder Judicial y poniendo al alcance de la comunidad jurídica y del público en general las valiosas contribuciones de especialistas en las distintas áreas del derecho. ■

5 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012), “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, pág. 112.

VI. Bibliografía

Comboni Salinas, Sonia y Juárez Núñez, José Manuel (2010), "Repensando las relaciones entre etnografía y educación" (pp. 163-185), en Mejía Montes de Oca, Pablo *et al.* (coords.), *El arte de investigar*, México, Universidad Autónoma Metropolitana.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012), "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" (pp. 107-186), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

López Aguilar, Heriberto Benito (2012), "La Escuela Judicial del Estado de México: avance, balance y cauce", *Ex Legibus. Revista de Derecho*, no. 3, pp. 175-183.

Olivé, León (2010), "Conocimientos tradicionales e innovación: desafíos transdisciplinarios" (pp. 107-129), en Peláez, Álvaro y Suárez, Rodolfo (coords.), *Observaciones filosóficas en torno a la transdisciplinariedad*, España, Anthropos.

Ruiz, Rosaura *et al.* (2009), "La educación superior en las sociedades del conocimiento" (pp. 209-236), en Suárez, Rodolfo (coord.), *Sociedad del conocimiento. Propuestas para una agenda conceptual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.



**Conclusiones del ciclo de mesas
de trabajo sobre las reformas a la
legislación civil mexiquense en
materia de divorcio incausado**

En el período comprendido de junio a septiembre del año en curso, tuvo verificativo el ciclo de mesas de trabajo para debatir acerca de las recientes reformas al Código Civil y al de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de México, en materia de divorcio sin causa. En las cinco sesiones organizadas por el Centro de Investigaciones Judiciales, participaron cuarenta jueces aproximadamente, en su mayoría del ramo familiar, quienes expresaron sus puntos de vista acerca de los pormenores de las reformas legislativas, bajo la atenta y lúcida coordinación del Magistrado de la Sala Familiar de Toluca, Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros.

El día 26 de septiembre de 2012, en el Auditorio "Magistrado Lic. Abel Villicaña Estrada" de la Escuela Judicial del Estado de México, se llevó a cabo la última reunión de trabajo para aprobar el documento con las conclusiones finales, que se publican a continuación:

CONCLUSIONES

Primera. Divorcio incausado y libertad individual

La norma que prevé el divorcio incausado privilegia la autonomía personal, además de que no es contradictoria con el derecho a mantener el núcleo familiar previsto por las convenciones internacionales.

Segunda. Cesación de efectos de la sociedad conyugal

Si bien el artículo 4.36 del Código Civil hacía referencia a la causal de divorcio establecida en el artículo 4.90, fracción IX, de dicha legislación, derogado este último precepto legal en fecha 3 de mayo de 2012, lo cierto es que aquella disposición normativa tiene vigencia en el sentido de que el cónyuge que haya sido abandonado injustificadamente por más de seis meses, está legitimado para solicitar la declaración judicial de abandono injustificado y, consecuentemente, la de cesación de efectos de la sociedad conyugal; es decir, el abandonado es titular de un derecho subjetivo que queda a salvo y puede hacerlo valer mientras no exista otra disposición en contrario, en aras de conservar el patrimonio constituido en la sociedad conyugal.

Tercera. Guarda y custodia provisional y definitiva

Cuando los hijos menores se encuentren bajo el cuidado de su madre, así deberán permanecer preferentemente, mientras se declare el divorcio, pues el juez, para determinar la guarda y custodia definitiva en la etapa de controversia, deberá aplicar el artículo 4.228 del Código Civil y desahogar todas las pruebas que estime pertinentes.

Cuarta. Requisitos de procedencia de la solicitud de divorcio

En relación con el artículo 2.373 del Código de Procedimientos Civiles es necesario enfatizar que la petición de divorcio es una solicitud y no una demanda. Para ello, se parte de la base de que el divorcio incausado se tramita bajo las reglas de un procedimiento especial, así que podrá prevenirse, incluso si se piden prestaciones que correspondan a una controversia ordinaria del orden familiar o del juicio ordinario.

Por otra parte, al hacerse mención en dicho precepto del vocablo “podrá”, resulta indicativo que el cónyuge solicitante puede hacerse representar mediante apoderado, siempre y cuando acredite facultades para ello, en virtud de que la representación es una extensión de la personalidad.

Quinta. Incomparencia del cónyuge citado

Según el artículo 2.374 del Código de Procedimientos Civiles, la ausencia del cónyuge citado no tiene como efecto la pérdida de derechos sustantivos; en este caso, es procedente declarar la disolución del vínculo matrimonial, siguiendo las formalidades previstas por la ley y reservar la decisión de las cuestiones sustantivas restantes para la etapa de controversia.

Sexta. Economía procesal

Respecto del artículo 2.376 del Código de Procedimientos Civiles es menester señalar que en la primera junta de avenencia se llevará a cabo una exhortación con el propósito de privilegiar la unidad de la familia. Según las características que revista el caso concreto, podrá evitarse citar a la segunda junta pues las partes pueden renunciar a ese derecho.

Séptima. Derechos procesales renunciables

A propósito del artículo 2.376 del Código de Procedimientos Civiles resulta indispensable aclarar que la segunda junta de avenencia deberá llevarse a cabo aun cuando exista allanamiento de las partes. Sin embargo, el derecho a comparecer a una segunda audiencia para el trámite de divorcio incausado, con base en el artículo 1.3 del ordenamiento legal invocado, puede ser renunciable, siempre y cuando haya consenso entre las partes y sólo se afecte intereses de los cónyuges. Por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 95, fracción I, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia estaría en aptitud de proponer la reforma a la ley adjetiva civil a efecto de que sólo se regule una sola audiencia.

Octava. Principio dispositivo

En relación con el artículo 2.376 del Código de Procedimientos Civiles, también es importante puntualizar la necesidad de que el cónyuge solicitante comparezca a la primera audiencia para efectos de ratificar el interés que tiene en disolver el vínculo matrimonial, por lo que es procedente apercibirlo en el auto admisorio que para el caso de no comparecer, tampoco se celebrará la audiencia, incluso sancionarlo en términos del artículo 1.138 de la Ley adjetiva civil, dejando sin efectos las medidas precautorias y sus derechos a salvo¹.

Novena. Procedencia de la controversia del orden familiar

En cuanto al artículo 2.377 del Código de Procedimientos Civiles, resulta relevante señalar que en ausencia de acuerdo se establece un procedimiento que debe seguirse conforme a las reglas procedimentales previstas en el Libro V del código en comento. No obstante, de acuerdo a la interpretación de estos preceptos, las partes no tienen derecho a reconvenir, pues gozan de un plazo común para formular pretensiones.

Décima. Cuestiones de interés general

También conviene señalar respecto del artículo 2.377 del Código de Procedimientos Civiles, que es indebido decretar pérdida de derechos familiares o sustantivos por cuestiones procesales, debiendo el juez preservar el interés superior del menor, incapaces y adultos mayores.

No obstante que el artículo 2.378 del Código de Procedimientos Civiles determina que debe citarse a la audiencia inicial a que se refiere el artículo 5.50 del mismo ordenamiento legal, ante la ausencia de pretensiones, el juez no tiene materia para decidir, pues no hay hechos que fijen la litis, y queda a su prudente arbitrio concluir el procedimiento, dejando a salvo los derechos, o resolviendo cualquier cuestión sobre las medidas provisionales pendientes o que afecte derechos de grupos vulnerables.

1 El Magistrado Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros difiere de la conclusión de la mayoría de los jueces porque la norma sustantiva que prevé el divorcio incausado garantiza la libertad personal, de forma que si consta la voluntad del cónyuge peticionante en la solicitud, no resulta necesario que comparezca a las audiencias. Y es que mediante una determinación de trámite que no se encuentra apoyada en ley, se coarta un derecho sustantivo, precisamente la libertad garantizada por la norma sustantiva. De forma que si llegara a haber duda de la identidad del solicitante, bastaría en cualquier momento del proceso mandar ratificar la solicitud para salvar esa duda y brindar seguridades al proceso, pero no obligar al solicitante a asistir, cuando la ley no prevé sanción por inasistencia.



Jurisprudencia

*Jurisprudencial del Tribunal Superior
de Justicia del Estado de México*

Materia Penal

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

I.1SCP.002A.2ª

RUBRO: HOMICIDIO, MODIFICATIVAS EN EL DELITO DE. INCOMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE EN RAZÓN DEL PARENTESCO, CUANDO EL HECHO SE VERIFICA BAJO LA MODALIDAD ATENUANTE DE RIÑA.

TEXTO: Nuestra legislación punitiva establece modificativas que, atendiendo a circunstancias objetivas del hecho o subjetivas de los intervinientes, incrementan o atenúan el reproche penal; tal es el caso de las previstas por el artículo 242 fracción III (homicidio en agravio del cónyuge, concubino, concubinario, ascendiente, descendiente o hermano) y por el artículo 243 fracción I (homicidio en riña). Si ambas circunstancias se actualizan en el mismo evento, para efectos del reproche penal y a la luz de los principios de proporcionalidad y suficiencia de la pena, debe considerarse que el nexo que del parentesco emerge y que normalmente genera lazos de afecto, respeto, consideración, solidaridad y ayuda mutua, se desvanece en el momento en que los protagonistas descienden al mismo plano de ilicitud y contienden materialmente en igualdad de condiciones, con ánimo lesivo y asumiendo las consecuencias concomitantes; por lo que siendo legalmente incompatibles y a efecto de estar a lo más favorable al sentenciado, debe declararse imperante la circunstancia modificativa atenuante de riña.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Toluca.

Toca: 14/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 14 de marzo de 2012.- **Ponente:** Miguel Ángel Arteaga Sandoval.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 29 de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

I.1SCP.003A.2ª

RUBRO: VIOLACIÓN EQUIPARADA. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL O DE LA PENA (EN SU CASO), CUANDO LA VÍCTIMA ES MENOR DE QUINCE AÑOS Y MAYOR DE TRECE.

TEXTO: El artículo 273 párrafo cuarto del Código Penal vigente en el Estado, debe interpretarse en forma extensiva con la finalidad de privilegiar la libertad del activo, en aquellos casos en que la ofendida mayor de trece y menor de quince años, haya dado su consentimiento para la cópula, no concurra modificativa, y además el inculpado al momento de los hechos fuese soltero y novio de la pasivo; con lo cual se acredita una relación afectiva que los sitúe en similares condiciones emocionales y psicosexuales, que permitan la extinción de la acción penal o pena, en su caso. En ese tenor, el último requisito consistente en que "la diferencia de edad no sea mayor de cinco años entre ellos", se satisface mientras no se cumpla la subsecuente anualidad, porque el legislador estableció una edad razonable entre los sujetos del delito, que carecería de objetividad si se fijara en días o meses. Circunstancia que no menoscaba derechos fundamentales de la mujer, precisamente por la particular forma de ejecución del delito, al realizarse sin violencia, con consentimiento de la víctima y por móviles afectivos.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Toluca.

Toca: 81/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 11 de abril de 2012.- **Ponente:** Elizabeth Rodríguez Cañedo.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 29 de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

I.1SCP.004A.2º

RUBRO: RECURSO DE APELACIÓN EN MATERIA PENAL. SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA, PROCEDENCIA DE LA (CUANDO EL RECURSO ES HECHO VALER POR EL OFENDIDO, LA VÍCTIMA O SU REPRESENTANTE).

TEXTO: El artículo 417 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, para el sistema acusatorio adversarial y oral, que a la letra dice: *"Si el defensor o el imputado omitieren la expresión de agravios o se expresaren deficientemente, el Tribunal deberá suplir la queja al dictar sentencia"*, debe interpretarse en sentido amplio en relación a los diversos 15, y 16 párrafos primero y último, del propio ordenamiento, que respectivamente estatuyen: *"Todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratados conforme a las mismas reglas..."*; *"Se garantiza a las partes en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en las Constituciones Federal y Local, los Tratados Internacionales celebrados, así como en este código"* (...) *"Corresponde a los jueces preservar el principio de igualdad procesal y despejar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten"*; ello con la finalidad de hacer efectiva a favor de la víctima o del ofendido el principio de que todas las personas son iguales ante la ley, emanado de nuestra Carta Magna y de los Convenios Internacionales, que acorde al precepto 133 Constitucional, deviene en Ley Suprema, a la cual los juzgadores han de ajustar sus actuaciones; máxime que la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del once de junio de dos mil once, impele para que se respeten a cabalidad los derechos humanos consagrados en los instrumentos de referencia. En esas condiciones, cuando el ofendido o víctima, o su representante hagan valer el recurso de apelación, y sus agravios sean deficientes o no se hubieren expresado, el Tribunal de Segunda Instancia, oficiosamente se encuentra obligado a realizar un estudio integral de la resolución que se impugna, con el propósito de verificar que no se hayan afectado los derechos del recurrente con trascendencia al sentido del fallo; en cuyo caso, sustituyendo al juez ordinal, reparará las transgresiones mediante una nueva resolución, o, de existir violación procesal, decretará la reposición del procedimiento.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Toluca.

Toca: 149/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 31 de mayo de 2012.- **Ponente:** Mario Juan Pablo Ramírez Orozco.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 29 de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.1SCP001A.2º

RUBRO: REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD, INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 57 FRACCIÓN VIII Y 69 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

TEXTO: Acorde al actual diseño constitucional, derivado de sus artículos 1º, 14, 18 y 22, que reafirma la adopción de un modelo de *Derecho Penal de Acto*, se arriba a la conclusión de que las consecuencias del delito, es decir, las penas o medidas de seguridad deben aplicarse sin acudir a la analogía o a la mayoría de razón, y que el *quantum* o magnitud de las penas debe ser directamente proporcional al delito cometido, esto es, al hecho materia de la prohibición; considerando, para ello, la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma y la dimensión de su ataque, así como al grado de culpabilidad del agente; elementos que permiten sostener el reproche del injusto penal sin acudir a conceptos y fórmulas anacrónicas, como los de peligrosidad, temibilidad, reincidencia o habitualidad del individuo. En consecuencia, los artículos 57 fracción VIII y 69 en su parte conducente, del Código Penal para el Estado de México, al ser sometidos al control judicial difuso de normas generales, deben dejar de aplicarse, al ordenar en que los jueces tomen en consideración, entre otros, los factores de reincidencia y habitualidad para obtener el grado de culpabilidad y, por ende, para arribar a la fijación de la específica punición.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla.

Toca: 143/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 15 de mayo de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Tesis publicada en el boletín Judicial de fecha 1º de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.1 SCP002J.2º

RUBRO: AMONESTACIÓN. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Texto: Es evidente que la pena de amonestación es propia de un modelo de *Derecho Penal de Autor* y no de *Acto*, siendo este último el que se adopta en términos del actual diseño constitucional. Lo anterior es así, puesto que la advertencia de una sanción más grave, implícita en la amonestación, en sí misma es estigmatizadora, dado que se parte de considerar al individuo, en el momento mismo de su imposición, como una persona etiquetada de delincuente y que, en caso de cometer un nuevo delito, será tratada y sancionada en forma de delincuente reincidente, lo que agravará su situación jurídica en relación con la comisión de un futuro, incierto y eventual delito, tal y como se le prometió; situación que, desde luego, atenta contra la dignidad de la persona, razón por la cual, la amonestación es considerada una pena infamante y, por lo tanto, prohibida por el artículo 22 constitucional.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Tlalneantla.

Toca: 143/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 15 de mayo de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Toca: 168/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 17 de mayo de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Toca: 274/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 21 de mayo de 2012. **Ponente:** Alejandro Jardón Nava.

Toca: 211/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 24 de mayo de 2012. **Ponente:** Rodolfo Antonio Becerra Mendoza.

Toca: 161/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 24 de mayo de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Tesis de Jurisprudencia publicada en el boletín Judicial de fecha 1º de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.1 SCP003A.2º

RUBRO: ANTECEDENTES PENALES. ALCANCES Y EFECTOS.

Texto: Los antecedentes penales de una persona sujeta a un nuevo procedimiento penal, pueden ser considerados, por los jueces, para el establecimiento de determinadas medidas cautelares o de protección, o bien, ser objeto de ponderación para conceder o negar algún beneficio sustitutivo de las penas impuestas o para el otorgamiento o no de la suspensión condicional de la condena; no así para la graduación de la culpabilidad y la consecuente fijación de la específica punición; puesto que la reincidencia y la habitualidad no son ya factores que incidan en la individualización de las penas y medidas de seguridad.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla.

Toca: 143/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 15 de mayo de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Tesis publicada en el boletín Judicial de fecha 1º de junio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.1 SCP004A.2º

RUBRO: PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. APLICACIÓN OFICIOSA DEL ARTÍCULO 45 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

TEXTO: En atención al nuevo espectro de protección a los derechos humanos, así como al concepto de interés superior de la niñez, contenido en el artículo 4º párrafo octavo de la Constitución Federal, cuando el ofendido o víctima por el delito sea un niño, niña o adolescente respecto del cual el delinciente ejerza la patria potestad, se deberá imponer, como pena, la pérdida definitiva de ese derecho, con independencia de que lo solicite expresamente o no el acusador, público o privado, o de que se establezca o no en la punibilidad específica aplicable, toda vez que el artículo 45 del Ordenamiento Punitivo de la Entidad, establece esa sanción de manera preexistente y genérica, sin perder de vista, además, que en uno de los extremos de la relación de parentesco, se encuentra un menor de edad penalmente afectado por quien debería procurarle protección, seguridad y cuidado para su desarrollo pleno e integral.

Instancia: Primera Sala Colegiada Penal de Tlalneantla.

Toca: 269/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 28 de junio de 2012. **Ponente:** Mauricio Moreno Vargas.

Tesis publicada en el boletín Judicial de fecha 31 de agosto de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.2SCP001A.2ª

RUBRO: irretroactividad. PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO, penas en el. Las reglas para su imposición son de naturaleza sustantiva aunque se regulen en el código Adjetivo penal, debiendo observarse la normatividad vigente al momento de ocurrir el delito.

TEXTO: Las disposiciones contenidas en el Título Octavo, Capítulo II, artículo 389, párrafos cuarto y quinto del Código de Procedimientos Penales, aplicables al nuevo sistema de enjuiciamiento penal abreviado en el Estado de México, consistentes en que se impondrán las penas mínimas previstas por la ley para el delito cometido, reducidas en un tercio, sin perjuicio de cualquier otro beneficio que proceda en términos del Código Penal, son de naturaleza sustantiva, al ser temas que corresponden al estudio de la parte general del Código Penal, precisamente por tratarse de reglas para la aplicación de las penas, que en nada instrumentan al procedimiento. Así, aunque el legislador decidió regularlas en el ordenamiento señalado, ello no les priva de su carácter de normas sustantivas, puesto que son derechos que adquieren los imputados al decidir ser juzgados de manera abreviada; mientras que las causas por las que esas normas se incluyeron en el ordenamiento adjetivo son, en todo caso, de orden sistemático y metodológico, pues el legislador consideró que los preceptos relativos a la imposición de sanciones deberían quedar en el Título y Capítulo mencionados, para que existiera uniformidad de disposiciones, dentro del mismo código que regula el procedimiento abreviado. Luego, siendo normas de carácter sustantivo, para su aplicación temporal, debe atenderse a la regla dispuesta en el párrafo primero del artículo 2 del Código Penal vigente, que establece que la ley penal aplicable es la vigente en el tiempo de realización del delito. Por tanto, si dicha normatividad sustantiva se reforma después de ocurrido el ilícito, ampliando el catálogo de delitos que quedan exceptuados de la reducción de las penas en un tercio, es incuestionable que esto le causa un perjuicio al imputado que se encuentre en tal supuesto, al contrariarse lo prevenido por la garantía de no-aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, establecida en el párrafo primero del artículo 14 Constitucional, razón por la que deben aplicársele las reglas de imposición de las sanciones que estaban vigentes al momento de ocurrir los hechos.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla.

Toca: 1012/2011.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 3 de noviembre de 2011.-

Ponente: Alejandro Naime González.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de mayo de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: PENAL

II.2SCP002A.2ª

RUBRO: ENCUBRIMIENTO Y ROBO EQUIPARADO, PREVISTOS RESPECTIVAMENTE POR LOS ARTÍCULOS 152 Y 292 FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. DIFERENCIAS.

TEXTO: El elemento común en los delitos de encubrimiento y robo equiparado es el dolo, como elemento subjetivo específico, relativo al conocimiento por parte del sujeto activo de la procedencia ilegal de los bienes muebles; su diferencia estriba en que, para el caso de la conducta descrita en el primer párrafo del artículo 152, ésta se configura al aceptar, recibir, detentar o adquirir mediante cualquier forma o título, bienes que proceden de la comisión del delito de robo; mas no implica ninguna forma de comercialización, enajenación o tráfico por parte del sujeto activo respecto de los bienes sustraídos, ya que esa conducta se regula en el párrafo segundo del artículo 152 y en la fracción II del artículo 292, dado que el primero se refiere a la comercialización mediante cualquier forma o título de tales bienes, a excepción de los vehículos de motor, por quedar comprendidos en el segundo, respecto de los que la descripción típica exige como conducta cualquier forma de enajenación o tráfico. Es decir, se actualiza la conducta del primer párrafo del artículo 152, cuando no hay prueba de que el sujeto activo realice con los bienes algún acto de comercio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 76 del Código de Comercio vigente; y se materializan en su caso las conductas reguladas por el párrafo segundo del artículo 152 y por la fracción II del artículo 292, cuando realice un acto de comercio con los objetos materiales del delito, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75 del Código de Comercio aplicable, pues se exige la comercialización mediante cualquier forma o título en el primero de los casos, o la enajenación o el tráfico de cualquier manera, en la segunda hipótesis.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla.

Toca: 775/2010.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 20 de Septiembre de 2010.-

Ponente: Alejandro Naime González.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de mayo de 2012.



Materia Civil

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.1SCC.001A.2º

RUBRO: CONTRATO, CUMPLIMIENTO DE. ES INNECESARIO EL REQUERIMIENTO DE PAGO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.

TEXTO: La acción de pago o cumplimiento no está encaminada a obtener la terminación del contrato por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, sino únicamente a lograr que éste cumpla con las obligaciones contraídas, razón por la cual, en juicio no es necesario acreditar que el demandado fue requerido de pago previamente, toda vez que la mora del deudor no es su base.

Instancia: Primera Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 524/2011.- Votación: Unanimidad de Votos.- 24 de agosto de 2011.- Ponente: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 19 de abril de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.1SCC.002A.2º

RUBRO: USUCAPION. PRESUNCIÓN DE BUENA FE, NO OPERA A FAVOR DEL USUCAPIENTE SI ADQUIRIÓ LA POSESIÓN DE QUIEN NO FIGURA COMO PROPIETARIO ANTE EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD, CUANDO EL DEMANDADO ADUCE MALA FE.

TEXTO: Aunque el artículo 782 del Código Civil abrogado del Estado de México establezca que la buena fe se presume siempre, tal presunción debe considerarse desvirtuada si quien transmite el dominio del inmueble al usucapiente no es aquel que figura como titular ante el Registro Público de la Propiedad. En efecto, si bien la normatividad en consulta concede al poseedor de buena fe la presunción *iuris tantum* a la que se ha hecho mención, no debe pasar inadvertido que el diverso numeral 2859 del referido cuerpo legal consigna una presunción *iure et de iure*, al señalar que las inscripciones realizadas en el Registro Público de la Propiedad otorgan publicidad legal a los actos jurídicos en él consignados para que surtan efectos contra terceros; por ende, si las inscripciones legalmente asentadas en el Registro producen efectos *erga omnes*, no es dable atribuir al usucapiente esa presunción de buena fe, porque precisamente la publicidad de la que gozan las inscripciones, conduce a sostener que éste conocía el vicio de su título, en razón de no ignorar que su causante, al no figurar como propietario del bien materia de controversia, carecía de facultades para transmitir el dominio del mismo, cuando el demandado aduce tal circunstancia como mala fe.

Instancia: Primera Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 144/2011.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 17 de marzo de 2011.-

Ponente: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 19 de abril de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.2SCC.001A.2º

RUBRO: COMPRAVENTA DE INMUEBLES, ES IMPROCEDENTE DECRETAR SU NULIDAD ABSOLUTA POR "IMPOSIBILIDAD" EN EL OBJETO, AL CARECER DE SERVICIOS (TALES COMO ALCANTARILLADO Y AGUA POTABLE).

TEXTO: El artículo 7.532 del Código Civil del Estado de México establece que *"Hay compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de un bien o de un derecho, y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ello un precio cierto y en dinero"*; por su lado, el artículo 7.66 del mismo cuerpo legal, preceptúa que *"El bien objeto del contrato debe: I. Existir en la naturaleza; II. Ser determinado o determinable en cuanto a su especie; III. Estar en el comercio."* En consecuencia, es incorrecto considerar la nulidad absoluta de un contrato de compraventa estimando la actualización de un hecho "imposible" para su cumplimiento, porque el inmueble controvertido no cuente con factibilidad de servicios de alcantarillado y agua potable, pues la legislación civil únicamente establece que el objeto de la compraventa debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio; pero, de manera alguna exige que deba contar con servicios como los descritos. Por tanto, resulta innecesario que para la enajenación de un predio deban acreditarse estos; los cuales constituyen cualidades específicas de la propiedad, pero de modo alguno son condiciones que impidan la celebración del contrato o le resten validez, ni que hagan prohibitiva o inviable la transmisión o adquisición de dichos bienes.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 220/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 26 de abril de 2012.- **Ponente:** Rigoberto F. González Torres.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de mayo de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.2SCC.002A.2º

RUBRO: ACCIÓN REIVINDICATORIA, IMPROCEDENCIA DE LA. CUANDO LAS PARTES ALEGAN IDÉNTICOS DERECHOS HEREDITARIOS. LA DISPUTA DEBE RESOLVERSE A TRAVÉS DE JUICIO SUCESORIO Y ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR.

TEXTO:

No es dable intentar acción real reivindicatoria para que el órgano jurisdiccional decida sobre la propiedad que en su favor alega el reivindicante, frente a idéntica pretensión que para sí reclama el poseedor, si tanto el uno como el otro esgrimen ser titulares de un derecho sucesorio respecto del mismo de cujus; en cuyo caso, resulta improcedente la acción reivindicatoria para recuperar el bien, debiendo intentarse la acción correspondiente derivada de la disputa de bienes hereditarios; controversia que corresponde a un juez familiar.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 325/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 8 de junio de 2012.- **Ponente:** Rigoberto Fernando González Torres.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de julio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.2SCC.003A.2º

RUBRO: DESHAUCIO, IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN CONTRA DEL FIADOR.

TEXTO: Si bien la solidaridad pasiva permite exigir a cualquiera de los obligados el pago del total de un adeudo, existen al respecto determinadas excepciones previstas legalmente, pues cuando se trate de obligaciones de dar y son varios los obligados a prestar la misma cosa, cada uno de ellos responderá proporcionalmente, excepto cuando la prestación consistiere en cosa cierta y determinada que se encuentre en poder de alguno de los deudores, en cuyo caso, debe entenderse que el obligado sólo lo es quien detenta el bien, pues no sería factible decretar condena en contra del coobligado y ejecutarla en contra de aquél, ya que implicaría un perjuicio que sólo puede ser decretado una vez escuchando al directamente afectado. En términos de lo anterior, resulta improcedente la vía especial de desahucio, en contra del fiador del arrendatario, pues el local arrendado se encuentra en posesión del inquilino, lo cual impide que el obligado solidario pudiera cumplir con su desocupación y entrega al arrendador, que es el objeto principal de la acción de mérito.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 289/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 30 de mayo de 2012.- **Ponente:** Rigoberto Fernando González Torres.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de julio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.2SCC.004A.2º

RUBRO: PROMOCIONES, FIRMA DE ABOGADO COMO REQUISITO PARA LA ADMISIÓN DE. INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.93 Y 1.94 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

TEXTO: Los artículos 1.93 y 1.94 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México continúan, hasta hoy en día, la exigencia que anteriormente imponían los artículos 118 y 119 –sucesivamente– del pasado código adjetivo, hoy abrogado, en el sentido de que toda promoción, para ser admitida, salvo las excepciones que la misma ley prevé, debe estar autorizada con firma de licenciado en Derecho; sin embargo, el tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los tribunales del Poder Judicial de la Federación residentes en el Circuito, sistemáticamente han venido sosteniendo la inconstitucionalidad de dicha exigencia desde mediados del siglo pasado, pues los artículos 14 y 17 de la Constitución General de la República establecen que los gobernados gozan del derecho humano a una defensa adecuada, otorgándoles la oportunidad amplia y plena para defender sus intereses, así como de ofrecer y desahogar las pruebas en el juicio, alegar en su favor e interponer los recursos o medios de impugnación previstos por la ley en defensa de tales derechos e intereses, así como el irreductible acceso a una impartición de justicia pronta, completa e imparcial. Dichos preceptos constitucionales, son incompatibles con la exigencia establecida por los citados numerales del Código Adjetivo Civil de nuestra entidad, al restringir injustificadamente el acceso a la justicia e imponer condicionamientos que limitan el libre ejercicio de esos derechos fundamentales. En consecuencia, a pesar de que un escrito a proveer carezca de la firma, autorización o patrocinio de un profesional del Derecho, es obligación de los jueces darle el debido curso, admitiéndolo a trámite.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 79/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 3 de mayo de 2012.- **Ponente:** Rigoberto Fernando González Torres.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 31 de agosto de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

II.2SCC.005A.2º

RUBRO: CONTROL DIFUSO. ES OBLIGACIÓN DE LOS JUECES DEL ESTADO INAPLICAR TODA NORMA DE DERECHO QUE HAYA SIDO DECLARADA INCONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

TEXTO: La particular arquitectura del Sistema Jurídico Mexicano, que estuvo rigiendo hasta antes de la reforma a la Constitución General de la República de fecha 10 de junio de 2011, constreñía a los jueces del Estado a observar las normas vigentes en la legislación local, sin importar que éstas ya hubiesen sido tachadas de inconstitucionalidad por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación. Por su parte, el nuevo sistema que ha emergido a raíz de la Reforma Constitucional de mérito, y los recientes criterios que sobre el particular ha establecido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no sólo permiten, sino que ahora explícitamente obligan a los jueces a observar una efectiva y dinámica tutela de los derechos humanos que tanto de la Constitución Federal como de los tratados internacionales de la materia se desprenden; ya sea interpretando a la luz de esos principios las normas de derecho que han de aplicarse (*interpretación conforme*) o, llegado el caso, inaplicando incluso cualquier disposición en contrario que no admita una interpretación en armonía con el marco normativo humanista que ahora nos rige, tal como lo establece la Tesis No. LXVII/2011 (9º) del más Alto Tribunal de nuestro país (bajo el rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD"), al decir que: "...Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia". Consecuentemente, y en estricta congruencia con tales argumentos y principios, es obligación de todos los jueces del Estado inaplicar cualquier norma que haya sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Instancia: Segunda Sala Colegiada Civil de Tlalnepantla.

Toca: 79/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 03 de mayo de 2012.- **Ponente:** Rigoberto Fernando González Torres.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 31 de agosto de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: CIVIL

III.1SCC.003A.2º

RUBRO: USUCAPIÓN, POSESIÓN PARA EFECTOS DE LA. NO SE INTERRUMPE POR EL HECHO DE DAR EN ARRENDAMIENTO EL BIEN A USUCAPIR.

TEXTO: El Código Civil para el Estado de México, en su artículo 911 dispone en sus fracciones II, III y IV que los requisitos para usucapir consisten en que la posesión sea en forma pacífica, continua y pública. A su vez, el artículo 799 del Código Sustantivo en cita, refiere que la posesión continua es aquella que no se ha interrumpido debido a que el poseedor haya sido privado de la cosa por más de un año; porque se interponga demanda o cualquier otro género de interpelación judicial hecha al poseedor; o bien, porque la persona a cuyo favor transcurra el término de la usucapión, reconozca expresa o tácitamente el derecho de la persona contra quien opere la usucapión, de acuerdo a lo que establece el artículo 926 del mismo ordenamiento legal. Por otra parte, la posesión se encuentra integrada por dos grandes elementos: uno material, que es la tenencia real, objetiva de la cosa y a la cual se le denomina *corpus*; y otro subjetivo, que se relaciona con la voluntad y que es la intención de tener la cosa, de poseerla, que es llamada *animus*. Sin embargo, aunque el *corpus* sea la base material de la posesión, no siempre se requiere que se tenga directamente, ya que la misma puede ejercerse en forma directa o por conducto de otro. Siendo el actor (y arrendador) además, un poseedor originario, ello le otorga facultades de gozar, disfrutar y sobre todo de disponer ampliamente del inmueble de su propiedad; de lo que se infiere que tal carácter le da derecho, entre otras cosas, a dar en arrendamiento el mismo, sin que dicha situación sea tomada como interrupción a su posesión; de esta forma, puede delegar el *corpus* en un tercero (arrendatario), sin que ello implique desprenderse de su posesión originaria; pues el arrendatario solamente ostenta una posesión derivada, demostrando así que el arrendador es el dominador de la cosa, el que manda en ella y el que dispone de la misma en su aprovechamiento, al recibir un importe en dinero por concepto de renta. Por tanto, el hecho de que el accionante en un juicio de usucapión haya dado en arrendamiento el inmueble motivo de la litis, no entraña una interrupción de la posesión.

Instancia: Primera Sala Colegiada Civil de Texcoco.

Toca: 196/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 27 de marzo de 2012.- **Ponente:** Jesús Contreras Suárez.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de mayo de 2012.



Materia Familiar

SEGUNDA ÉPOCA**SALAS COLEGIADAS****MATERIA: FAMILIAR****I.1SCF.005A.2ª**

RUBRO: VIOLACIONES PROCESALES. REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO CON REENVÍO AL JUZGADO DE ORIGEN POR AUSENCIA DE ALGÚN PRESUPUESTO PROCESAL O POR VIOLACIONES PROCESALES, DEBE APLICARSE ÚNICAMENTE EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS Y DEL DERECHO FAMILIAR, NO ASÍ EN CUESTIONES DEL DERECHO SUCESORIO.

TEXTO: Si bien el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México en su artículo 5.80 establece que sólo podrá decretarse la reposición del procedimiento con reenvío al Juzgado de origen por ausencia de algún presupuesto procesal esencial o por una violación procesal manifiesta, cuando haya trascendido al resultado de fallo, o incluso el desahogo de medios de convicción en suplencia de la queja de menores o incapaces, y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentista; sin embargo, tal reposición no puede recaer sobre las controversias relativas al derecho sucesorio, ya que éstas quedan exceptuadas por disposición expresa del artículo 5.2 fracción III segundo párrafo del Código mencionado; por tanto lo dispuesto en el proveído 5.80 primeramente citado debe aplicarse estrictamente a las Controversias sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar, como son: alimentos, guarda y custodia, convivencia, régimen patrimonial, patria potestad, parentesco, paternidad, nulidades relativas a dichas controversias y divorcio necesario; no así a las controversias sobre el derecho sucesorio.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca.

Toca: 902/2011.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 11 de enero de 2012.- **Ponente:** María del Rocío F. Ortega Gómez.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 16 de marzo de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: FAMILIAR

I.1SCF.006A.2ª

RUBRO: DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, CONVENIO CELEBRADO EN EL. CARECE DE EFICACIA JURÍDICA SI NO FUE APROBADO Y SANCIONADO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

TEXTO:. El artículo 2.275 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México, exige a los cónyuges que se divorcian por mutuo consentimiento, el convenio a que alude el artículo 4.102 del Código Civil en vigor, el cual debe concebirse como un requisito legal indispensable para la tramitación del procedimiento especial, entendiéndose como una manifestación de voluntades plasmada a través del consenso, con la finalidad de resolver todas aquellas cuestiones relativas a derechos y obligaciones que subsisten una vez disuelto el vínculo matrimonial que les unía, tales como la guarda y custodia, alimentos, etcétera. Sin embargo, ante el supuesto de no haberse concluido el procedimiento correspondiente, surge como consecuencia jurídica la no sanción judicial del convenio por no alcanzarse su objetivo, no obstante la posible intención de los solicitantes en la junta de avenencia de ratificarlo. Así, dicho documento innegablemente carece de eficacia jurídica al no haber sido aprobado y homologado a sentencia, mediante resolución que diera por concluido el matrimonio para hacerlo valer en juicio contencioso, pretendiendo la aplicación de las disposiciones relativas a los contratos, porque en éstas se regula todo lo concerniente a los derechos y obligaciones contraídas entre personas con la finalidad de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. En el caso del convenio allegado por los solicitantes del divorcio por mutuo consentimiento, se traduce como un consenso de voluntades con el fin de disolver el matrimonio, mas éste no deriva de un acto jurídico autónomo, sino que se encuentra supeditado a su aprobación o sanción jurisdiccional.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca.

Toca: 850/2011.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 7 de diciembre de 2011.- **Ponente:** María del Rocío F. Ortega Gómez.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 16 de marzo de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: FAMILIAR

II.1SCF.003A.2º

RUBRO: DIVORCIO. CAMBIO DE VÍA EN LA APELACIÓN.

TEXTO: El fin y espíritu de la oralidad en materia de familia consisten en la incorporación de mayor flexibilidad procesal, equidad de las partes, intermediación con los sujetos procesales, actuación oficiosa, suplencia de la queja, facultad para el desahogo de pruebas y, de manera particular, privilegiar el interés superior de los menores e incapaces. Por su parte, la exposición de motivos de la reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, Publicada en la Gaceta del Gobierno de 19 de febrero de 2009, dice con respecto de la conciliación y el cambio de vía, como nuevas corrientes doctrinales, que: *"...busca proporcionar a las partes involucradas en conflictos de esta naturaleza, procedimientos ágiles, sumarios, flexibles y transparentes, que permitan una pronta resolución a sus diferencias, pues no es aceptable en un estado democrático la dilación en la resolución definitiva de asuntos donde se decide sobre derechos de menores o del grupo familiar..."*. La exposición de motivos aludida, permite realizar una interpretación extensiva sobre el cambio de vía aplicable en segunda instancia. A partir de lo dispuesto en el artículo 5.6, la conciliación puede tener lugar en cualquier etapa del proceso, inclusive en segunda instancia hasta antes de dictar sentencia. La amplitud de la conciliación se conecta con el cambio de vía y enlaza los principios de celeridad, agilidad, flexibilidad, transparencia y brevedad, para una pronta resolución a las diferencias de las partes, en segunda instancia. El artículo 5.65, prevé la hipótesis del cambio de vía en los asuntos relacionados con divorcio necesario, desde la etapa de conciliación hasta la de alegatos, siempre que las partes expresen su voluntad de disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento. Luego, si en la Alzada las partes involucradas en un conflicto de divorcio necesario, en su afán de conciliar sus intereses deciden adoptar la vía especial de divorcio por mutuo consentimiento, no hay impedimento legal alguno para que en la Sala se decrete el cambio de vía y se privilegie la voluntad de las partes para generar mayor celeridad y seguridad jurídica, siempre y cuando concurren los elementos de procedencia establecidos en la ley: 1º. Acreditar la existencia del matrimonio; 2º. Que a la fecha de presentación de la solicitud haya transcurrido el plazo de un año establecido en el artículo 4.101 del Código Civil ; y 3º. Que el convenio exhibido satisfaga los extremos del artículo 4.102 del Código Sustantivo Civil.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Tlalnepantla.

Toca: 1491/2011.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 28 de febrero de 2012.- **Ponente:** Everardo Güitrón Guevara.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de mayo de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA

SALAS COLEGIADAS

MATERIA: FAMILIAR

II.1SCF.004A.2º

RUBRO: DIVORCIO, ES PROCEDENTE SU ADMISIÓN A TRÁMITE CUANDO SE GESTIONA A TRAVÉS DE REPRESENTANTE.

TEXTO: Si bien es cierto que el artículo 4.102 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México dispone que *"Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al juez competente..."*, sin mencionar para ello la procedencia o improcedencia de hacerlo mediante representante o apoderado legal; y, por su parte, el diverso 2.280 del mismo ordenamiento establece que *"Los cónyuges comparecerán personalmente a la junta de avenencia"*, ello debe interpretarse necesariamente en un sentido amplio, que sea coherente con lo dispuesto por otros preceptos del orden jurídico estatal, nacional e internacional, garantizando a las partes el respeto a sus derechos humanos, como lo son el derecho a comparecer ante un juez competente, el acceso a la justicia, un debido proceso y la protección a la familia y a los hijos. Derechos que se hallan consagrados por los artículos 8.1 y 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que son de observancia obligatoria en México por disposición de los artículos 1º y 133 de la Constitución General de la República, pero que igualmente se hallan tutelados por nuestras propias normas, tanto constitucionales como ordinarias, y tanto federales como estatales. Bajo esta perspectiva, tal interpretación debe favorecer y proteger en todo tiempo a los quejosos, a su familia y velar por el interés superior de los menores. Así, el sólo hecho de que un juicio de divorcio se lleve a trámite por medio de representante, sin contar con la presencia física de uno o ambos cónyuges, no impide la viabilidad de su procedencia, en atención a los principios y derechos ya expresados, y porque, además, ello es permitido por los artículos 1.77, 1.78 y 1.79 del Código Adjetivo Civil de nuestro Estado, que expresamente facultan a las partes para acudir a juicio por sí mismos o por intermediación de representante, mandatario o procurador.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Tlalnepantla.

Toca: 273/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 7 de marzo de 2012.- **Ponente:** Susana J. García Soto.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de julio de 2012.

SEGUNDA ÉPOCA**SALAS COLEGIADAS****MATERIA: FAMILIAR****III.1SCF.001A.2º**

RUBRO: GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE 10 AÑOS. PUEDE DECRETARSE A FAVOR DEL PADRE EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE EQUIDAD DE GÉNERO, SIEMPRE QUE ELLO COINCIDA CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CASO CONCRETO.

TEXTO: La fracción II, inciso a), del artículo 4.228 del Código Civil del Estado establece que, cuando los padres no llegaran a ningún acuerdo respecto de la custodia de sus hijos "Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor". Tal dispositivo obedece a la razón de que los menores de corta edad, en atención a la naturaleza de los cuidados y afecto que requieren, suelen estar mejor atendidos por sus madres. No obstante, los principios que rigen este tipo de decisiones judiciales, si bien deben observar la legislación que sobre el particular prevén las leyes de nuestro estado y a la lógica genérica que sobre las relaciones humanas y familiares existen en nuestra sociedad, también deben sujetarse primordialmente, de acuerdo al nuevo sistema de control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad que se ha implantado en nuestro país, a lo dispuesto por la Constitución General de la República, así como a las disposiciones obligatorias en materia de Derechos Humanos que se hallan consagrados en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano; normas, que en ambos casos, privilegian especialmente el bienestar físico, mental y emocional, los derechos humanos, y el interés superior del menor. Así, no obstante que dichas normas también establecen el principio universalmente reconocido a una auténtica equidad de género, en la que el padre pueda jugar un papel realmente inclusivo en el ejercicio de sus derechos y deberes paternales, frente al que tradicionalmente se ha reconocido en forma casi exclusiva a la mujer, es imperativo que sea, por sobre todas las cosas, el interés superior del menor, el que motive y justifique en cada caso concreto si la custodia de los menores debe decretarse a favor del padre, no obstante que aquéllos sean menores de 10 años de edad.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco.

Toca: 149/2012.- **Votación:** Unanimidad de Votos.- 10 de mayo de 2012.- **Ponente:** Armida Ramírez Dueñas.

Tesis publicada en el Boletín Judicial de fecha 17 de julio de 2012.



**CONVENCIÓN
INTERAMERICANA PARA
PREVENIR, SANCIONAR Y
ERRADICAR LA VIOLENCIA
CONTRA LA MUJER**

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

TEXTO ORIGINAL.

Convención publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el martes 19 de enero de 1999.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEÓN, PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, a sus habitantes, sabed:

El cuatro de junio de mil novecientos noventa y cinco, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto, firmó ad referéndum, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del doce de diciembre del propio año.

El instrumento de ratificación, firmado por mí el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho, fue depositado ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, el doce de noviembre del propio año, de conformidad con el artículo 16 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará".

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.- Ernesto Zedillo Ponce de León.- Rúbrica.- La Secretaría del Despacho de Relaciones Exteriores, Rosario Green.- Rúbrica.

CARLOS A. DE ICAZA GONZÁLEZ, SUBSECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA AMÉRICA LATINA Y ASIA-PACÍFICO,

CERTIFICA:

Que en los archivos de esta Secretaría obra copia certificada de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, cuyo texto en español es el siguiente:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

"CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ"

LOS ESTADOS PARTES DE LA PRESENTE CONVENCIÓN,

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y

CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer; en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución

para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

CAPÍTULO II

DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley; y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPÍTULO III

DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer;

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados

con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios; y

i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPÍTULO IV

MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas

para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, pueden presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimientos para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de enmienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que

rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas, depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELÉM DO PARÁ, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Extiendo la presente, en once páginas útiles, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación respectivo.- Conste.- Rúbrica.



**CONVENCIÓN SOBRE LA
ELIMINACIÓN DE TODAS
LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN
CONTRA LA MUJER**

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

TEXTO ORIGINAL.

Convención publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

JOSE LOPEZ PORTILLO, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

El día diecisiete del mes de julio del año de mil novecientos ochenta, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto, firmó, ad referendum, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y nueve, cuyo texto y forma en español constan en la copia certificada adjunta.

La citada Convención fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación del día nueve del mes de enero del año de mil novecientos ochenta y uno.

El Instrumento de Ratificación, firmado por mí el día dos del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y uno, fue depositado, ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas, el día veintitrés del mes de marzo del propio año.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Fracción Primera del Artículo Ochenta y Nueve de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los treinta días del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y uno.- José López Portillo.- Rúbrica.- El Secretario de Relaciones Exteriores, Jorge Castañeda.- Rúbrica.

La C. Aída González Martínez, Oficial Mayor de la Secretaría de Relaciones Exteriores, certifica:

Que en los archivos de esta Secretaría obra copia certificada de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y nueve, cuyo texto y forma en español son los siguientes:

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un

obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayando que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo y, en particular, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección

efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 4

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 6

(F. DE E., D.O.F. 18 DE JUNIO DE 1981)

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y de explotación de la prostitución de la mujer.

PARTE II

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;

b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 8

(F. DE E., D.O.F. 18 DE JUNIO DE 1981)

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la

mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

Artículo 9

1.- Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

PARTE III

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;

- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 11

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

(F. DE E., D.O.F. 18 DE JUNIO DE 1981)

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo o incluso la salvaguardia de la función de reproducción;

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes

garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares;
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Artículo 14

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;
- b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;

- d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
- e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
- f) Participar en todas las actividades comunitarias;
- g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
- h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

PARTE IV

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes, y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las Cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer, se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración de matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

PARTE V

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención se establecerá un comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.

3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección el Presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.

6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después de que el trigésimo quinto Estado Parte haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el Presidente del Comité, expirará al cabo de dos años.

7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el Estado Parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité, designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.

8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

9. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

Artículo 18

1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; y

b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando (sic) el Comité lo solicite.

2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

Artículo 19

1. El Comité aprobará su propio reglamento.

2. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

Artículo 20

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de

conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.

2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

Artículo 21

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades, y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.

2. El Secretario General transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

Artículo 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de sus actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

PARTE VI

Artículo 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado Parte; o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

Artículo 24

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias

en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 25

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al Secretario General de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en su caso, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

Artículo 27

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 28

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento

de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

Artículo 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones, se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo, podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 30

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y nueve.

Extiendo la presente, en veintidós páginas útiles, en Tlatelolco, Distrito Federal, a los veinticuatro días del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y uno, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación respectivo.- La Oficial Mayor de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Aída González Martínez.-
Rúbrica.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA
PARA LA ELIMINACIÓN DE
TODAS LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

TEXTO ORIGINAL.

Convención publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el lunes 12 de marzo de 2001.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

VICENTE FOX QUESADA, PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, a sus habitantes, sabed:

El ocho de junio de mil novecientos noventa y nueve, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, el siete de junio del propio año, cuyo texto en español consta en la copia certificada adjunta.

La Convención mencionada fue aprobada por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el veintiséis de abril de dos mil, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del nueve de agosto del propio año.

El instrumento de ratificación, firmado por el Ejecutivo Federal a mi cargo el seis de diciembre de dos mil, fue depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, el veinticinco de enero de dos mil uno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo X de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el trece de febrero de dos mil uno.- Vicente Fox Quesada.- Rúbrica.- El Secretario del Despacho de Relaciones Exteriores, Jorge Castañeda Gutman.- Rúbrica.

JUAN MANUEL GOMEZ ROBLEDO, CONSULTOR JURIDICO DE LA SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES,

CERTIFICA:

Que en los archivos de esta Secretaría obra copia certificada de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, el siete de junio de mil novecientos noventa y nueve, cuyo texto en español es el siguiente:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ARTÍCULO I

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

ARTÍCULO II

Los objetivos de la presente Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

ARTÍCULO III

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación

encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

ARTÍCULO IV

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.
2. Colaborar de manera efectiva en:
 - a) la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, el tratamiento, la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas con discapacidad; y
 - b) el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad.

ARTÍCULO V

1. Los Estados parte promoverán, en la medida en que sea compatible con sus respectivas legislaciones nacionales, la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo o, si no existieren dichas organizaciones, personas con discapacidad, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la presente Convención.
2. Los Estados parte crearán canales de comunicación eficaces que permitan difundir entre las organizaciones públicas y privadas que trabajan con las personas con discapacidad los avances normativos y jurídicos que se logren para la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad.

ARTÍCULO VI

1. Para dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la presente Convención se establecerá un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, integrado por un representante designado por cada Estado parte.

2. El Comité celebrará su primera reunión dentro de los 90 días siguientes al depósito del décimo primer instrumento de ratificación. Esta reunión será convocada por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y la misma se celebrará en su sede, a menos que un Estado parte ofrezca la sede.

3. Los Estados parte se comprometen en la primera reunión a presentar un informe al Secretario General de la Organización para que lo transmita al Comité para ser analizado y estudiado. En lo sucesivo, los informes se presentarán cada cuatro años.

4. Los informes preparados en virtud del párrafo anterior deberán incluir las medidas que los Estados miembros hayan adoptado en la aplicación de esta Convención y cualquier progreso que hayan realizado los Estados parte en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Los informes también contendrán cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la presente Convención.

5. El Comité será el foro para examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados parte. Los informes que elabore el Comité recogerán el debate e incluirán información sobre las medidas que los Estados parte hayan adoptado en aplicación de esta Convención, los progresos que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las circunstancias o dificultades que hayan tenido con la implementación de la Convención, así como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales del Comité para el cumplimiento progresivo de la misma.

6. El Comité elaborará su reglamento interno y lo aprobará por mayoría absoluta.

7. El Secretario General brindará al Comité el apoyo que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

ARTÍCULO VII

No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado.

ARTÍCULO VIII

1. La presente Convención estará abierta a todos los Estados miembros para su firma, en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 8 de junio de 1999 y, a partir de esa fecha, permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la sede de la Organización de los Estados Americanos hasta su entrada en vigor.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación.

3. La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el sexto instrumento de ratificación de un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO IX

Después de su entrada en vigor, la presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no la hayan firmado.

ARTÍCULO X

1. Los instrumentos de ratificación y adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

2. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de que se haya depositado el sexto instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTÍCULO XI

1. Cualquier Estado parte podrá formular propuestas de enmienda a esta Convención. Dichas propuestas serán presentadas a la Secretaría General de la OEA para su distribución a los Estados parte.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados parte hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados parte, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

ARTÍCULO XII

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

ARTÍCULO XIII

La presente Convención permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, y permanecerá en vigor para los demás Estados parte. Dicha denuncia no eximirá al Estado parte de las obligaciones que le impone la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia.

ARTÍCULO XIV

1. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto, para su registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

2. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiesen.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, el siete de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Extiendo la presente, en nueve páginas útiles, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el veintinueve de enero de dos mil uno, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación respectivo. Conste.- Rúbrica.

Instrucciones para los autores

Ex Legibus es una revista de derecho que se edita semestralmente, los meses de abril y octubre. Para publicar un artículo, ensayo o reseña, los autores deberán sujetarse al procedimiento y a las reglas técnicas que se indican enseguida:

Procedimiento

1. Se recibirán ensayos, artículos, comentarios y demás reflexiones de tipo teórico sobre aspectos filosóficos, sociológicos, antropológicos, lingüísticos, etc., relacionados con el derecho en sus múltiples dimensiones.
2. El envío de los materiales podrá realizarse en cualquier momento a las direcciones de correo electrónico:

**direccion.investigaciones@pjedomex.gob.mx ó
ramon.ortega@pjedomex.gob.mx**

3. Adjunto al archivo, los colaboradores enviarán una carta al Director del Centro de Investigaciones Judiciales, solicitando la publicación del trabajo.
4. El texto, en poder del Centro de Investigaciones Judiciales para su análisis y posterior dictamen, será turnado al Comité de Evaluación.
5. A los colaboradores se les enviará una notificación informándoles que el documento ha sido recibido y turnado al Comité.
6. El resultado del dictamen, considerando la calidad del trabajo, se puede dar en las siguientes modalidades: "No publicable", "Publicable con observaciones" o "Publicable".
7. En caso de que el artículo sea "Publicable con observaciones", una vez consideradas por el autor, el artículo podrá ser publicado.
8. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales, las colaboraciones de autores cuyo *curriculum vitae* o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento cultural e intelectual.
9. Una vez recibido el dictamen que defina al trabajo como publicable, quedará en el orden que le corresponda en la relación de los que esperan ser publicados.
10. En cualquier caso se hará del conocimiento de los colaboradores el resultado del dictamen.

Reglas técnicas

- Al inicio del texto, los autores deberán agregar un resumen (*abstract*) del contenido y cinco palabras clave (*key words*) que hagan referencia al tema que se analiza. Esta

información se expresará en español y en inglés.

- Las colaboraciones tendrán una extensión mínima de 8 cuartillas y una máxima de 50; redactadas con letra Arial de 12 puntos; 1.5 de interlineado. Se recomienda que la hoja sea tamaño carta, con los siguientes márgenes: 2.5 centímetros tanto para el superior como el inferior; en tanto que el derecho e izquierdo tendrán 3 centímetros cada uno. Los párrafos deberán estar justificados.
- Para las notas al pie de página, la letra será Arial de 8 puntos. La bibliografía que en ellas aparezca deberá seguir el siguiente modelo:

González Mejía, Eduardo, *Los valores éticos del juez*, Porrúa, México, 1995, p. 35.

- Si la obra tuviera dos o más autores, sólo al nombre del primero se antepondrán los apellidos; los subsecuentes se anotarán de la siguiente manera:

Robles Martínez, Reynaldo y José Jiménez Gorostieta, *La educación básica en México*, Trillas, México, 1980.

- Cuando la cita corresponda a un artículo incluido en algún libro u obra colectiva, el título del artículo deberá ir entrecomillado:

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

- Si la obra careciere de autor individual, la creación se adjudicará a quien la coordine, o compile, señalando entre paréntesis el dato correspondiente:

Castro Hernández, Crisóforo, Josefina Valencia y Fernando Gómez Servín (coords.), *Introducción a la oralidad judicial*, Porrúa, México, p. 32.

- El nombre del traductor, prologuista, presentador, etc., deberá aparecer siguiendo el orden que se enuncia:

Luther King, Martin, *Anoche tuve un sueño*, trad. de Luis Castro Ordorica, pról. de Artemio Parra Siles, IESP, México, 2010, p. 45.

- Si en las notas hubiese de mencionarse más de una vez la misma obra, se citará así:

Roa Bastos, Augusto, *ob. cit.*, p. 63.

- Si la nota refiere a la misma obra de la inmediata anterior, pero a otra página se usará:

***Ibidem*, p. 145**

- En cambio, si los datos son los mismos, se anotará:

Ídem

Los autores son responsables de las opiniones que expresen. Con el envío de sus trabajos se entiende que aceptan ceder los derechos patrimoniales sobre su creación.



PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

CONSEJO DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL



El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura del Estado de México,
a través de la Escuela Judicial

CONVOCAN

A intelectuales, juristas, académicos, barras, colegios y asociaciones de abogados, estudiantes, estudiosos de las ciencias sociales y funcionarios públicos a participar en la creación de los

Diccionarios Enciclopédicos de:

Oralidad Jurídica

y

**Mediación, Conciliación
y Justicia Restaurativa**



B A S E S

1. El contenido de las “Voces” deberá referirse a temas relacionados con la oralidad jurídica o con los métodos alternativos de solución de conflictos.
2. Los temas que se aborden pueden ser de toda índole, con la única restricción de que se refieran a las materias de cada diccionario.
3. Se podrá participar por separado en cada uno de los diccionarios.
4. El número de participaciones en cada diccionario es ilimitado.
5. Son admisibles participaciones colectivas (un mismo texto y más de un autor)
6. Podrán participar personas de cualquier nacionalidad.
7. Los trabajos deberán presentarse en el idioma español.
8. Los trabajos deberán presentarse en el formato en que comúnmente se estila formular “VOCES” en los diccionarios enciclopédicos.
9. Los lineamientos para elaboración y entrega-recepción podrán ser consultados en la página del Tribunal Superior de Justicia (link Escuela Judicial del Estado de México).
10. Fecha de entrega-recepción de colaboraciones: del 10 de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013 improrrogable (no se recibirán colaboraciones posteriores a esta fecha).
11. Toda colaboración será enviada vía Internet. No se recibirán colaboraciones de manera distinta.
12. Los autores cederán sus derechos al Tribunal Superior de Justicia del Estado de México para la publicación.
13. Los autores firmarán su obra y serán reconocidos como tales.
14. El Comité de Expertos seleccionará las aportaciones de los Autores.
15. Lo no sancionado en la convocatoria será resuelto por el Consejo de la Judicatura.

Para mayor información y consulta de los lineamientos, visite el portal web de la Escuela Judicial del Estado de México:

www.pjedomex.gob.mx/ejem



Escanea el código
con tu dispositivo móvil



- **La ideología de género: una explicación desde la filosofía;** *Ana Teresa López de Urrgo*
- **Las mujeres en el camino a la equidad de género: conflicto entre familia y trabajo;** *Graciela Vélez Bautista*
- **La mujer a través del personaje literario;** *Susana Barroso Montero*
- **Sistema de justicia penal en México y derechos humanos;** *Sergio Javier Medina Peñatoza*
- **Fiscales públicos y servicio de procuración de justicia en Finlandia;** *Jukka Rappe*
- **La buena administración y el Estado de derecho;** *Outi Suviranta*
- **La exigencia de una vida en condiciones ambientales adecuadas como derecho humano de carácter difuso;** *José Nieves Luna Castro*
- **La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano: un apunte (teórico-jurídico) sobre la reforma al artículo primero de la Constitución;** *Ramón Ortega García*
- **Los Tribunales Colegiados de Circuito en su actividad de intérpretes constitucionales terminales;** *Juan Carlos Ortega Castro*
- **Materialización del control difuso de la constitucionalidad de las normas generales relacionadas con la reincidencia y la habitualidad;** *Mauricio Moreno Vargas*
- **Actualidad y realidad en la educación judicial;** *Heriberto Benito López Aguilar*
- **Conclusiones del ciclo de mesas de trabajo sobre las reformas a la legislación civil mexiquense en materia de divorcio incausado**



PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO
 CONSEJO DE LA JUDICATURA
 ESCUELA JUDICIAL

