

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones



VII

SECCIÓN TERCERA

EXÉGESIS CONSTITUCIONAL

Introducción histórica, comentario
y trayectoria del articulado

Artículos 16 - 35

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

VII

SECCIÓN TERCERA



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación



CNDH
MÉXICO



INE
Instituto Nacional Electoral



MAPorrúa
librero-editor • México

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

VII

SECCIÓN TERCERA

EXÉGESIS CONSTITUCIONAL

Introducción histórica, comentario
y trayectoria del articulado

Artículos 16 - 35

EDICIÓN CONMEMORATIVA
CENTENARIO DE LA
CONSTITUCIÓN

DE 1917

MÉXICO • 2016

342.72
M611d
2016

Derechos del pueblo mexicano : México a través de sus constituciones -- 9ª ed. -- Ciudad de México : Miguel Ángel Porrúa, 2016

XII vol. : 17 × 23 cm.

Coedición: Cámara de Diputados, LXIII Legislatura : Suprema Corte de Justicia de la Nación : Senado de la República, LXIII Legislatura : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación : Instituto Nacional Electoral : Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Contenido: Vol. VII. Exégesis de los artículos 16° al 35° - - 877 p.

ISBN 978-607-524-073-2 (Obra completa)

ISBN 978-607-524-080-0 (Vol. VII)

1. Derecho constitucional -- México. 2. Historia constitucional -- México

Coeditores de la novena edición:

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN,
LXIII LEGISLATURA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
SENADO DE LA REPÚBLICA, LXIII LEGISLATURA
TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

© 1966-2016 CÁMARA DE DIPUTADOS
DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

1966, primera edición, XLVI Legislatura, VIII volúmenes
1978-1979, segunda edición, L Legislatura, XIII volúmenes
1985, tercera edición, LII Legislatura, XIX volúmenes
1994, cuarta edición, LV Legislatura, XII volúmenes
1997, LVI Legislatura, actualización volumen XIII
2000, quinta edición, LVII Legislatura, XV volúmenes
2003, sexta edición, LVIII Legislatura, XVI volúmenes
2006, séptima edición, LIX Legislatura, XXV volúmenes
2012, octava edición, LXI Legislatura, VII volúmenes
2016, novena edición, LXIII Legislatura, XII volúmenes

La novena edición de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, reproduce en su portada un fragmento de la obra de Jorge González Camarena: *Venustiano Carranza y la Constitución de 1917*, conservada en el Castillo de Chapultepec, sede del Museo Nacional de Historia. La obra representa al Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, quien erguido y con gran firmeza en su mano diestra sostiene la pluma que sirvió para rubricar la nueva Constitución.

Reproducción de la imagen fotográfica, autorizada por:

Secretaría de Cultura-INAH-Méx. y

Fundación Cultural Jorge González Camarena, A.C.

© 1985-2016 Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-607-524-073-2 OBRA COMPLETA
ISBN 978-607-524-080-0 VOLUMEN VII

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la *Ley Federal del Derecho de Autor* y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

LIBRO IMPRESO SOBRE PAPEL DE FABRICACIÓN ECOLÓGICA CON BULK A 60 GRAMOS
www.maporrúa.com.mx

Chihuahua 34, Progreso-San Ángel. Álvaro Obregón. 01080. CDMX

Contenido | Sección tercera

Hacia una Constitución reordenada y consolidada
Una propuesta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
HÉCTOR FIX-FIERRO | DIEGO VALADÉS

Tabla de reformas y modificaciones constitucionales

Exégesis constitucional

Introducción histórica, comentario y trayectoria del articulado constitucional

Artículos 1º - 136 | Transitorios 1º - 19

Volumen VI

Artículos constitucionales 1º - 15

Volumen VII

Artículos constitucionales 16 - 35

Volumen VIII

Artículos constitucionales 36 - 68

Volumen IX

Artículos constitucionales 69 - 95

Volumen X

Artículos constitucionales 96 - 115

Volumen XI

Artículos constitucionales 116 - 136

Contenido | Volumen VII

Exégesis constitucional

Artículos 16 - 35

Introducción histórica, comentario y trayectoria del articulado constitucional

Artículo 16

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	15
Texto constitucional vigente.....	20
Comentario	
José Ovalle Favela.....	23
Trayectoria constitucional.....	70

Artículo 17

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	73
Texto constitucional vigente.....	76
Comentario	
José Antonio Caballero.....	77
Trayectoria constitucional.....	117

Artículo 18

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	119
Texto constitucional vigente.....	123
Comentario	
Sergio García Ramírez.....	125
Trayectoria constitucional.....	169

Artículo 19

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	173
Texto constitucional vigente.....	177
Comentario	
Sergio García Ramírez.....	179
Trayectoria constitucional.....	200

Artículo 20

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	203
Texto constitucional vigente.....	207
Comentario	
Sergio García Ramírez.....	211
Trayectoria constitucional.....	249

Artículo 21

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	251
Texto constitucional vigente.....	255
Comentario	
Sergio García Ramírez.....	257
Trayectoria constitucional.....	291

Artículo 22

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	295
Texto constitucional vigente.....	299
Comentario	
Olga Islas de González Mariscal y Miguel Carbonell.....	300
Trayectoria constitucional.....	344

Artículo 23

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	347
Texto constitucional vigente.....	350
Comentario	
Jorge Ulises Carmona Tinoco	351
Trayectoria constitucional	376

Artículo 24

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	377
Texto constitucional vigente.....	382
Comentario	
Raúl González Schmal	383
Trayectoria constitucional	414

Artículo 25

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	415
Texto constitucional vigente.....	418
Comentario	
José Gamas Torruco	420
Trayectoria constitucional	450

Artículo 26

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	453
Texto constitucional vigente.....	456
Comentario	
José Gamas Torruco	459
Trayectoria constitucional	473

Artículo 27

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	475
Texto constitucional vigente.....	490
Comentarios	
Marisol Anglés Hernández.....	498
César Nava Escudero.....	520
Carla Huerta Ochoa.....	549
Gerardo Nicandro González Navarro.....	566
Isaías Rivera Rodríguez.....	578
Trayectoria constitucional.....	584

Artículo 28

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	593
Texto constitucional vigente.....	596
Comentario	
Daniel Márquez Gómez.....	604
Trayectoria constitucional.....	662

Artículo 29

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	665
Texto constitucional vigente.....	668
Comentario	
Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García.....	669
Trayectoria constitucional.....	695

Artículo 30

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	697
Texto constitucional vigente.....	701
Comentario	
Nuria González Martín.....	702
Trayectoria constitucional.....	728

Artículo 31

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	731
Texto constitucional vigente.....	735
Comentario	
Gabriela Ríos Granados y Míriam Guillermina Gómez Casas.....	736
Trayectoria constitucional.....	750

Artículo 32

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	751
Texto constitucional vigente.....	754
Comentario	
Nuria González Martín.....	755
Trayectoria constitucional.....	783

Artículo 33

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	785
Texto constitucional vigente.....	788
Comentario	
Miguel Carbonell.....	789
Trayectoria constitucional.....	812

Artículo 34

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores.....	813
Texto constitucional vigente.....	817
Comentario	
Francisco Ibarra Palafox y Aline Rivera Maldonado.....	818
Trayectoria constitucional.....	847

Artículo 35

Introducción histórica

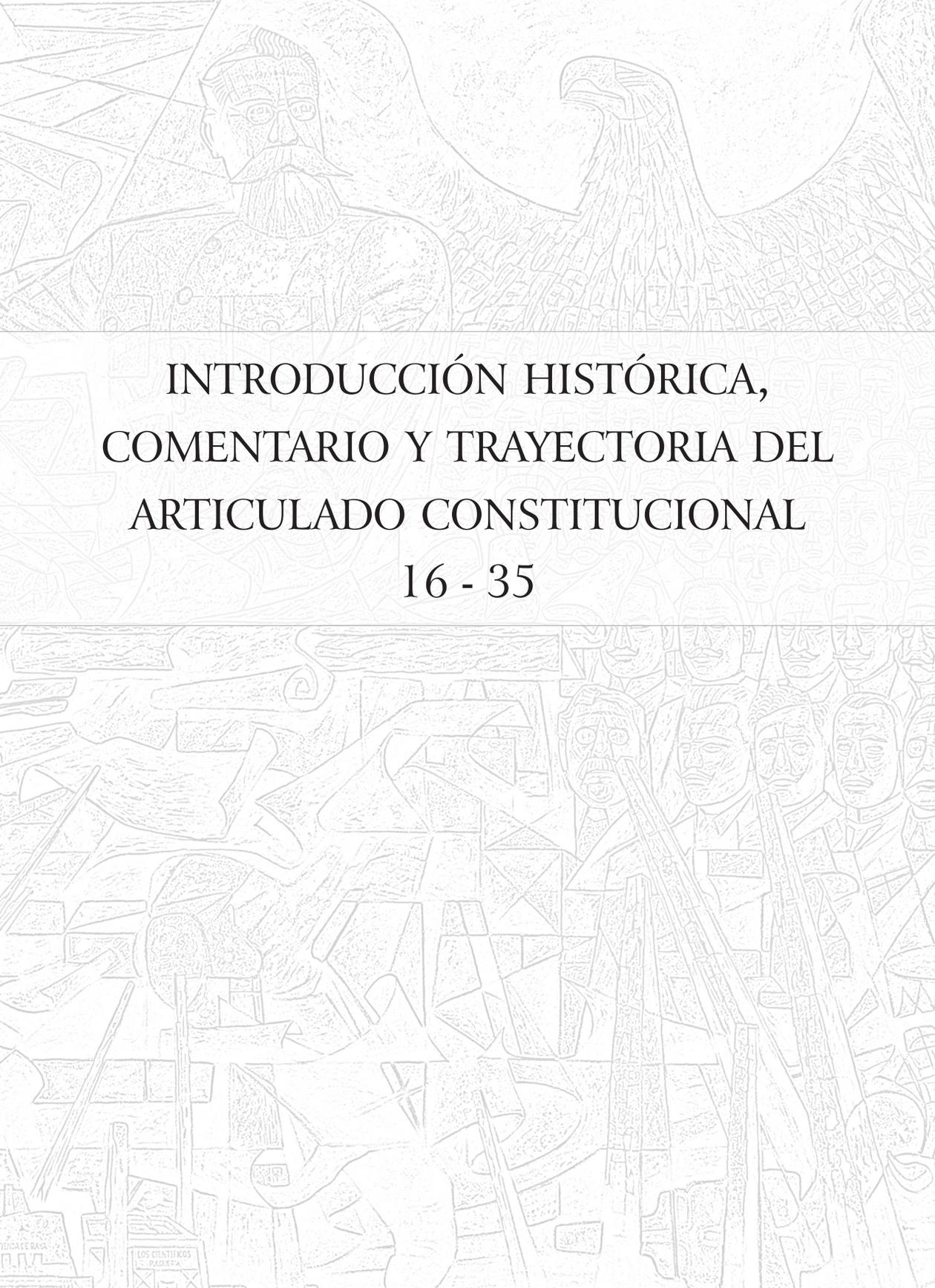
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores..... 849

Texto constitucional vigente..... 852

Comentario

Jesús Orozco Henríquez..... 854

Trayectoria constitucional..... 877



INTRODUCCIÓN HISTÓRICA,
COMENTARIO Y TRAYECTORIA DEL
ARTICULADO CONSTITUCIONAL

16 - 35

Artículo 16

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El derecho a no ser molestado en su persona, familia, papeles y posesiones, así como a no poder ser aprehendido sin una orden judicial, fue uno de los reclamos que cobraron importante vigor durante el siglo XVIII como una crítica a las prácticas judiciales del antiguo régimen. Notables autores ilustrados como Jean Jacques Rousseau señalaron la importancia de que todo Estado estuviera regido por leyes y no por la voluntad del príncipe. Críticas de este tipo se alzaron por diversos territorios europeos y más tarde se plasmaron en la propia Constitución de los Estados Unidos de América. También se asentaron, en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que emanó de la Revolución Francesa. En sus artículos 7º y 17 respaldó el derecho de los individuos a no ser detenidos o encarcelados ni privados de sus propiedades sino bajo las formas prescritas por las leyes.¹

Para el caso mexicano, uno de los primeros antecedentes sobre la materia lo tenemos en los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón de 1812, pues en el punto 31 señaló que a cada uno se le respetaría su casa como asilo sagrado, “y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcas las circunstancias de la célebre Ley Corpus de la Inglaterra”.² Con esto último se refirió a la ley del habeas corpus inglesa de 1640, aunque sus procedimientos correspondientes no se establecieron sino hasta 1679, que protegía a los individuos de ser objeto de detenciones arbitrarias.

¹Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

²Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, artículo 31, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

16

Sumario Artículo 16

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	15
Texto constitucional vigente.	20
Comentario	
José Ovalle Favela	
Introducción	23
Legalidad de los actos de autoridad.	24
Privación de libertad por causa penal	45
Flagrancia	53
Detención por orden del Ministerio Público.	55
Orden judicial de cateo	60
Intervención de comunicaciones privadas	61
Visitas domiciliarias	63
Inviolabilidad del domicilio.	66
Protección de datos personales	66
Bibliografía	67
Trayectoria constitucional	70

No obstante, será hasta la aparición del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 1814, cuando se plantee con mayor precisión la necesidad de proteger a los ciudadanos de cualquier atropello a su persona. En el artículo 28 contempló como “tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley”.³ Poco antes, la Constitución gaditana de 1812, también contempló algo sobre la materia.⁴ En su artículo 287, por ejemplo, se estipuló que ningún español podría ser preso sin la precedencia de información sumaria del hecho por el que, según la ley, mereciera ser castigado con pena corporal y un mandamiento del juez que se le debería notificar al momento de su prisión. Sin embargo, según el artículo 292, *in fraganti*, podrían ser omitidas las especificaciones anteriores y cualquier persona podría arrestar al delincuente y conducirlo a la presencia de un juez.

Por último, el artículo 306 también contempló aspectos que más tarde formarían parte del artículo 16. En dicho texto constitucional se señaló que no se podría allanar la casa de ningún español sino en los casos determinados por la ley. Como puede verse, estos aspectos, lo mismo que haría la Constitución de Apatzingán dos años más tarde, remarcaban ya la importancia de la formalidad legal ante todo acto ejercido contra un individuo o sus bienes. Esta última Constitución, por ejemplo, en su artículo 32 también defendió la inviolabilidad del domicilio, señalando que a éste sólo se podría entrar en casos de emergencia como un incendio o inundación. Cuando se hiciera esto por cuestiones de asunto criminal, deberían preceder los actos legales formales. Asimismo, en su artículo 166 decretó que el Supremo Gobierno no podría arrestar a ningún ciudadano por más de 48 horas sin remitirlo al tribunal competente.

En 1822, dentro del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano,⁵ se conservó lo estipulado hasta entonces y se señaló la casa de todo ciudadano como un asilo inviolable al que sólo se podría allanar bajo las precedencias legales correspondientes (artículo 10). Asimismo, se garantizó la libertad de la persona estipulando que nadie podría ser preso sino conforme a lo establecido por la ley (artículo 11), por esta razón ningún mexicano sería aprehendido por queja de otro sino cuando constara en el mismo acto, razón por la cual, si esto no se hacía, el quejoso debería probar la culpabilidad, y no haciéndolo, retribuir los daños ocasionados por dicho acto (artículo 72). No obstante, nuevamente las formalidades de la ley podrían ser omitidas cuando el acto delictuoso fuera sorprendido *in fraganti* (artículo 73).

Estos puntos considerados en el Reglamento Provisional pasarían más tarde a la Constitución de 1824, que en su artículo 112 puso como una de las restricciones al presidente de la República el no poder privar a nadie de su libertad ni imponerle pena alguna sin remitirle en el término de 48 horas al tribunal o juez competente.⁶ De la misma manera, la Constitución ordenó que ninguna persona podría ser detenida sin

³Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2014.

⁴Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

⁵Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁶Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

pruebas de que fuera un delincuente (artículo 150). También defendió el derecho de que no se librara orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República sino en los casos expresamente dispuestos por la ley y en la forma que ésta determinara. Como puede observarse, en el texto constitucional de 1824 se sumó la protección sobre los “papeles y otros efectos”, de los individuos, añadiendo la protección sobre la privacidad de las personas. Esto se ratificó por la Providencia de la Secretaría de Hacienda de 1829, en que se señaló que toda correspondencia sin dirección alguna o sobre en blanco debería ser quemada en público por un juez de distrito ante el hecho de que era violatorio abrirla y leerla.⁷

Otro importante antecedente del artículo 16 lo encontramos en las Leyes Constitucionales de la República Mexicana suscritas en 1836.⁸ La ley primera, por ejemplo, señaló en su artículo 2º, fracciones 1 y 2, el derecho del mexicano a no ser arrestado sino por mandamiento de juez competente dado por escrito, exceptuando sólo el delito *in fraganti*. Tampoco se le podría detener por más de tres días por ninguna autoridad política sin ser entregado, con los datos de su detención, a la autoridad judicial, al mismo tiempo que esta última tampoco podría retenerle por más de 10 días sin proveer el auto motivado de prisión. Por su parte, las fracciones 3 y 4 del mismo artículo repararon en la imposibilidad para que una persona fuera privada de su propiedad o su casa y sus papeles cateados sino en los casos y con los requisitos prevenidos en las leyes.

Por su parte, el artículo 18, fracción dos de la cuarta ley señaló como limitante para el presidente el poder privar a alguien de su libertad o imponerle por sí pena alguna. Pero cuando lo exigiera el bien o la seguridad pública podría arrestar a cualquier sospechoso debiendo ponerlo a disposición del tribunal o juez competente. Por último, la quinta ley, que se dedicó al Supremo Poder Judicial de la Federación, señaló en el apartado dedicado a los jueces subalternos de primera instancia varios aspectos relacionados con la detención de las personas. En los artículos 41 a 44 se trató todo lo referente a la forma de proceder en la detención de las personas, para lo cual debería preceder mandamiento escrito y firmado del juez. Para proceder a la detención debería haber con antelación información sumaria e indicios suficientes para creer que tal persona habría cometido un hecho criminal.

Para la década de 1840-1850, prácticamente se había definido la protección de las personas, sus papeles, bienes y domicilio así como su derecho a la libertad y no ser aprehendido sino bajo los procedimientos legales correspondientes. Esto mismo se contempló en el primero y segundo proyecto de Constitución de 1842 y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.⁹ Para entonces se insistió en el artículo 40 que nadie podría ser detenido sino por los:

⁷*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, México, 2012, p. 65.

⁸Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁹Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

[...] agentes que la ley establezca o por las personas comisionadas para tal efecto y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuman ser reo de determinado delito que se haya cometido.

Como complemento a lo anterior, se estipuló que las formalidades legales señaladas sólo podrían ser omitidas cuando se hubiera cometido un delito *in fraganti*, entonces cualquier ciudadano podría arrestar a otro, también se contemplaría esto en los casos en que se tratara de un reo fugado o del reo ausente que es llamado por pregones públicos (artículo 41). En cuanto al cateo de domicilios se estipuló en el artículo 59 que éste sólo se podría hacer por la “autoridad política superior de cada lugar, o por el juez del fuero del que habita la casa, o en virtud de su orden escrita y mediante una información sumaria o datos fundados para creer que en aquellas se encuentra algún criminal, o las pruebas o materia de algún delito”. Como puede apreciarse, para 1856 ya se habían estipulado las diferentes protecciones legales que protegían al individuo ante la justicia. Todo ello se condensó y se plasmó en el artículo 16 de la Constitución Política de 1857. En el texto constitucional se plasmó lo siguiente:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.¹⁰

No obstante, todavía en 1860 Ignacio Zaragoza, general segundo en jefe del Ejército federal, tuvo que emitir una orden prohibiendo el cateo de domicilios sin orden escrita por el cuartel general pues, señaló, era común que, pretextando ocultación de armas o municiones en ellas, algunos individuos se presentaban a catearlas.¹¹ La importancia de estas medidas era de tal relevancia, que aún durante la instauración del Segundo Imperio se mantuvieron vigentes. En los artículos 60-63 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1865, se mantuvieron los lineamientos anteriores en materia de protección ante cualquier agravio por parte de las autoridades judiciales. Se conservó la necesidad de las formalidades legales para poder aprehender a una persona, salvo en caso de delito *in fraganti* y se prohibió el cateo de domicilios y papeles sin mandato por escrito.¹²

La llegada a su fin del imperio de Maximiliano restituyó la Constitución de 1857 por lo que su texto se mantuvo vigente hasta mediados de la segunda década del siglo XX. Algunas otras disposiciones complementaron al artículo 16 con el paso de los años. En

¹⁰Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹¹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 70.

¹²Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, título XV, De las garantías individuales, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

1884, por ejemplo, se emitió el Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos que en su capítulo VI consideró la “inviolabilidad de la correspondencia”. En él se estipuló todo lo referente a las prohibiciones sobre la violación de la correspondencia.¹³ Más allá de estos textos que complementaron los derechos al respecto, el texto de 1857 sufrió modificaciones sólo en 1917 al proclamarse la nueva Constitución en los tiempos postrevolucionarios.

Basándose en el proyecto de Constitución de 1916, el texto constitucional agregó la necesidad de que en casos de cateos se asentara en la orden escrita la persona que habría de aprehenderse, los objetos que se buscaban y el domicilio exacto a catear. Además, al finalizar el cateo se debía generar un acta ante testigos que señalara los resultados del mismo. También la Constitución de 1917 añadió el señalamiento de que la autoridad administrativa podría practicar visitas domiciliarias aunque solamente para cerciorarse de que se hubieran cumplido los reglamentos sanitarios y de policía. En esos casos, dichas autoridades podrían “exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se hubieran acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos”.¹⁴

¹³*Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁴Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, texto conforme al *Diario Oficial*, tomo V, 4a. época, núm. 30, 5 de febrero de 1917, pp.149-161, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

Artículo 16

Texto constitucional vigente

16 *Artículo 16.* Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.¹⁵

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.¹⁶

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre

¹⁵Párrafo adicionado, *DOF*: 01-06-2009.

¹⁶Párrafo reformado, *DOF*: 01-06-2009. Fe de erratas, *DOF*: 25-06-2009.

que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.¹⁷

¹⁷Artículo reformado, *DOF*: 03-02-1983, 03-09-1993, 03-07-1996, 08-03-1999 y 18-06-2008.

Artículo 16

Comentario por **José Ovalle Favela**

Introducción

16

Podemos dividir el estudio del artículo 16 constitucional en dos grandes partes. La primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero. En la segunda se deben contemplar las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad: las órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención, la orden judicial de “arraigo”, la intervención de las comunicaciones privadas y las visitas domiciliarias. Al iniciar su análisis del precepto equivalente en la Constitución de 1857, José María Lozano advertía con toda razón: “Pocos artículos de nuestra Constitución parecen tan sencillos y fáciles de comprender como el presente; y sin embargo, pocos necesitan de un estudio tan concienzudo para determinar su buena inteligencia y los casos de su recta aplicación”.¹⁸

La exigencia de un estudio cuidadoso es ahora mayor si se toma en cuenta que sólo los actuales párrafos primero y quinto del artículo 16 de la Constitución vigente provienen, con sus modificaciones, del artículo que comentaba Lozano. Este precepto constitucional es de los que más han acumulado reformas y adiciones, las cuales lo han hecho completamente diferente del artículo 16 de la Constitución Política de 1917. Este último contenía originalmente sólo dos párrafos, sin bien es cierto que el primero de ellos podía subdividirse en los que serían los párrafos segundo a quinto, conforme al decreto publicado en el *DOF* del 3 de septiembre de 1993. Los dos (o cinco) párrafos originales de este artículo han pasado a ser nada menos que 18, por los diversos decretos de reformas y adiciones, particularmente el publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008, que lo han hecho crecer en forma desmesurada y lo han convertido prácticamente en un texto reglamentario, ya no constitucional.

El texto original de los actuales párrafos primero, tercero, quinto y sexto provienen de la Constitución de 1917. Los párrafos décimo séptimo y décimo octavo provienen de los artículos 25 y 26 de la Constitución de 1857 y fueron trasladados al artículo 16 con motivo de la reforma publicada en el *DOF* del 3 de febrero de 1983. El decreto publicado en el *DOF* del 3 de septiembre de 1993 reformó los párrafos tercero, quinto y sexto, y adicionó los párrafos cuarto, séptimo y décimo. Los párrafos décimo segundo,

¹⁸José María Lozano, *Tratado de los derechos del hombre*, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, México, 1876, p. 108.

décimo tercero y décimo quinto fueron adicionados por el decreto publicado en el *DOF* del 3 de julio de 1996. El párrafo tercero fue modificado por el decreto publicado en el *DOF* del 8 de marzo de 1999. El decreto publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008 modificó los párrafos tercero, quinto y décimo segundo y adicionó los párrafos octavo, noveno y décimo cuarto. Por último, el párrafo segundo fue adicionado por el decreto publicado en el *DOF* del 1 de junio de 2009.

La diversidad de los orígenes del artículo 16 y sus modificaciones le dan un contenido muy poco homogéneo y dificultan su examen general. Sin embargo, es posible afirmar que los derechos fundamentales que establece se dirigen a asegurar la *legalidad de los actos de autoridad* (primer párrafo); a proteger la *libertad individual* (párrafos tercero a décimo primero); y a garantizar la *inviolabilidad del domicilio* (párrafos primero, décimo primero y décimo sexto), de las *comunicaciones privadas* (párrafos décimo segundo, décimo tercero y décimo quinto) y de los *datos personales* (párrafo segundo).

Legalidad de los actos de autoridad

El primer párrafo del artículo 16 fue aprobado tanto por el Congreso Constituyente de 1856-1857 como por el de 1916-1917, pero lamentablemente en ninguno de los dos congresos se debatió sobre su contenido. El texto del proyecto de 1856 era diverso, pero tenía una finalidad similar. La parte inicial del artículo 5º del proyecto señalaba:

Todos los habitantes de la República, así en su persona y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con las indispensables condiciones de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento.

Aunque Ponciano Arriaga aclaró que con este artículo del proyecto se quería “evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos”, los diputados constituyentes acordaron que el proyecto fuera retirado para que la Comisión precisara su redacción. El 20 de noviembre de 1856 la Comisión presentó el nuevo texto del artículo 5º, el cual fue aprobado sin discusión; y quedó con el número 16 en la versión final de la Constitución de 1857.¹⁹ La primera parte del texto revisado por la Comisión y aprobado por el Constituyente de 1857 es precisamente el primer párrafo del actual artículo 16.

El proyecto de Venustiano Carranza no contenía la primera parte del artículo 16; pero la Comisión de Constitución, atendiendo las observaciones formuladas por varios diputados constituyentes, decidió incluirla en el tercer dictamen que sometió al Con-

¹⁹Cfr. Francisco Zarco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México, 1957, pp. 263-268 y 766.

greso, el cual fue aprobado sin discusión.²⁰ El primer párrafo del artículo 16 tuvo como finalidad original la de proteger a las personas frente a actos arbitrarios de la autoridad que pudiesen afectar su libertad, su familia, su domicilio o sus derechos, actos que se vinculaban particularmente con el derecho penal. Además del texto del proyecto de 1856 y de las aclaraciones de Arriaga a que hicimos referencia, se debe tener presente que en la Constitución de 1857 este párrafo agregaba a continuación que, en caso de delito *in flagranti*, toda persona podía aprehender al delincuente y a sus cómplices, con el deber de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad competente. Y aquí concluía todo el artículo 16.

Por esta razón, los comentaristas de la Constitución de 1857 consideraron que el derecho fundamental reconocido en el artículo 16 era el de la *seguridad personal y real*.

Este artículo —afirmaba Mariano Coronado— garantiza a los individuos la seguridad personal y real; por tanto, las molestias de que habla pueden referirse a la persona, como en los casos de aprehensiones, cateos y visitas domiciliarias, o a las cosas que aquélla posee, como el allanamiento de morada, el registro de papeles o la privación de los bienes.²¹

Con anterioridad, José María Lozano explicaba que por la garantía de seguridad contenida en el artículo 16:

[...] el hombre no puede ser molestado, esto es, aprehendido, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; tampoco su familia, su domicilio, papeles y posesiones pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros o secuestros sino con el propio requisito.²²

No obstante que la parte inicial del artículo 16 la Constitución de 1917 se limita a repetir textualmente el precepto equivalente de la Constitución de 1857, su significado y alcance va a ser mucho más amplio. Por un lado, en el artículo 16 de la Constitución de 1917 se hizo una regulación específica de la privación de la libertad mediante orden judicial de aprehensión y en casos de urgencia, así como de las visitas domiciliarias, lo que trajo como consecuencia que se considere al primer párrafo como una disposición general aplicable a cualquier acto de autoridad que pueda afectar derechos de los particulares. Por otro lado, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido este amplio significado del primer párrafo del artículo 16 constitucional. Así, nuestro más alto tribunal ha sostenido, en tesis de jurisprudencia, que:

²⁰Cfr. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, tomo II, Imprenta de la Cámara de Diputados, México, 1922, pp. 22-29 y 225-226; Félix F. Palavicini, *Historia de la Constitución de 1917*, Consejo Editorial del Gobierno de Tabasco, México, 1980, tomo I, pp. 417-419.

²¹Mariano Coronado, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, Escuela de Artes y Oficios del Estado, Guadalajara, 1899, p. 50.

²²*Ibidem*, nota 1, pp. 111-112.

[...] las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite;²³ [y asimismo que dentro del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la ley;²⁴ [que] el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional [...] implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que éstas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución [...];²⁵ [que] dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley, [y que] los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías.²⁶

El primer párrafo del artículo 16, tal como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia, recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales del Estado de derecho. Este principio, como es sabido, tiene sus orígenes modernos en el pensamiento de los filósofos y juristas de la Ilustración, para quienes la ley era la expresión de la voluntad general, de la razón y de la soberanía; y por lo mismo, a ella debían sujetarse los actos de autoridad.

La ley, en general —afirmaba Montesquieu—, es la razón humana en cuanto se aplica a todos los pueblos de la tierra; y las leyes civiles y políticas de cada nación, no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana.²⁷

Pero, sin duda, fue Jean Jacques Rousseau quien expresó con mayor precisión este principio y le dio un sustento democrático. Rousseau entendía por República:

[...] todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea la forma bajo la cual se administre, pues sólo así el interés público y la cosa pública tiene alguna significación.²⁸ [Para el pensador ginebrino la república era:] todo gobierno atento a la voluntad popular, que es la ley. [Pero esta ley no debe ser el resultado de la voluntad particular del príncipe y de quienes gobiernan, sino de la voluntad general del pueblo:] porque según el pacto fundamental solamente la voluntad general puede obligar a los particulares, y nunca puede asegurarse que una voluntad particular esté conforme con aquélla sino después de haberla sometido al *suffragio libre del pueblo*.²⁹

El principio de legalidad previsto en el primer párrafo del artículo 16 debe ser entendido dentro de estas ideas, pues son las que han inspirado el surgimiento del Estado de derecho. La ley a que se refiere este precepto es la disposición general,

²³Tesis de jurisprudencia 87 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo VI, pp. 69-70, AUTORIDADES.

²⁴*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo XXXI (1931), p. 2406, AUTORIDADES.

²⁵*Idem*, Sexta Época, tomo CXI, septiembre de 1966, 3ª parte, p. 32, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. GARANTÍAS DE.

²⁶*Idem*, Séptima Época, vol. 80, 3ª parte, p. 35 FUNDAMENTO DE ACTOS DE AUTORIDAD; y también de la misma época, tomo 145-150, 3ª parte, p. 60, AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, ACTOS DE LAS. DEBEN APOYARSE EN LEY.

²⁷*Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, Claridad, Buenos Aires, 1971, p. 54.

²⁸*El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, Sarpe, Madrid, 1983, p. 71.

²⁹*Idem*, p. 75. Cursivas nuestras.

abstracta e impersonal aprobada por el órgano legislativo, electo por el *sufragio libre* del pueblo.³⁰

Para delimitar el ámbito de aplicación de la garantía de legalidad, y distinguirlo del que corresponde a la garantía de audiencia prevista en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, la Suprema Corte ha señalado que tal garantía de audiencia es exigible sólo a los actos de autoridad que priven de sus derechos a los particulares (*actos privativos*); en tanto que la garantía de legalidad es aplicable a cualquier acto de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia a los particulares, sin privarlos de sus derechos (*acto de molestia*).³¹ Cabe aclarar, sin embargo, que si bien los actos de molestia están sujetos sólo a la garantía de legalidad establecida en el artículo 16, los actos privativos deben someterse tanto a las garantías de audiencia y legalidad contenidas en el artículo 14 como a la de legalidad del artículo 16, ya que todo acto privativo es necesariamente, además, un acto de molestia.

Así, por ejemplo, las sentencias de los tribunales, en tanto que son actos privativos, deben ser resultado de un proceso jurisdiccional que satisfaga la garantía de audiencia conforme al párrafo segundo del artículo 14 constitucional y deben apegarse a la legalidad señalada en alguno de los dos últimos párrafos de dicho precepto (según se trate de procesos penales o civiles en sentido amplio); pero, en tanto que también son actos de molestia, deben cumplir además con la legalidad exigida en el primer párrafo del artículo 16 constitucional. Las condiciones que el artículo 16 impone a los actos de autoridad de molestia, son tres:

³⁰ Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia: Para que una disposición dictada por el poder público tenga el carácter de ley, se necesita no solamente que sea de naturaleza general, abstracta, imperativa e impersonal, sino que, además, emane del órgano constitucionalmente facultado para legislar, ya que en nuestro sistema de gobierno se ha otorgado exclusivamente al Poder Legislativo la facultad de legislar; está prohibido delegar esta facultad y enfáticamente está prohibida la concesión al Ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar, salvo casos graves y excepcionales señalados expresamente. En consecuencia, la autoridad formal de una disposición, es requisito forzoso para que tenga carácter de ley. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CXIX, febrero de 1954, pp. 3278-3279, LEY, CARÁCTER DE LA. Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte ha considerado que la expedición del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, aun fuera del supuesto de suspensión de garantías previsto en el artículo 29 constitucional, fue constitucional. *Cfr.* la tesis de jurisprudencia P/J.12/93, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 71, noviembre de 1993, pp. 10-11, CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. SU EXPEDICIÓN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS ES CONSTITUCIONAL.

³¹ El precedente en cuestión expresa: AUDIENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍAS DE. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA DE BIENES O DERECHOS. DISTINCIÓN. ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES. “En los términos del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, la audiencia previa a la emisión del acto de autoridad [...] como garantía del gobernado es de observancia obligatoria únicamente tratándose de actos privativos, sea de la vida, de la libertad, de propiedades, posesiones o derechos de particulares, más no así cuando se trata de actos de molestia que no tengan la finalidad de privar al afectado de algunos de sus bienes o derechos, pues tales actos se rigen solamente por la garantía de seguridad jurídica (fundamentación y motivación) que establece el artículo 16 constitucional”. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época. vol. 81, septiembre de 1975, 3a. parte, p. 15, AUDIENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍAS DE. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA DE BIENES O DERECHOS. DISTINCIÓN. ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES. El Pleno de la Suprema Corte ha establecido las bases para distinguir entre los actos de privación y los actos de molestia, en la tesis de jurisprudencia 71 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo I, materia constitucional, jurisprudencia, pp. 100-101, ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN.

- a) Que se exprese *por escrito*;
- b) Que provenga de *autoridad competente*, y
- c) Que en el documento escrito que contenga el acto, se *funde y motive la causa legal del procedimiento*. Nos referiremos a cada una de estas tres condiciones.

Mandamiento escrito

La primera condición que debe satisfacer el acto de autoridad de molestia, es que debe constar por escrito. Es una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene el acto y cuáles son el contenido y las consecuencias jurídicas de éste. La omisión de este requisito tiene como resultado que el afectado por el acto de autoridad no sólo no esté obligado a obedecerlo, sino que, además, debe ser protegido a través del Juicio de Amparo, por la inconstitucionalidad manifiesta del acto.³²

El mandamiento escrito debe contener la *firma original o autógrafa* de la autoridad competente que emita el acto de molestia, por ser sólo ese tipo de firma lo que le da autenticidad al documento en el que se expresa el acto; por la misma razón, cuando en el documento no aparezca la firma original o autógrafa de la autoridad, o aparezca pero en facsímil, impresa o en cualquier otra forma de reproducción, no se satisfará la condición de que el acto conste por escrito.³³ Para que se pueda cumplir con la finalidad de la exigencia del documento escrito, es necesario que aquél se notifique adecuadamente al afectado, a quien, además, se debe entregar precisamente el documento escrito, con la firma autógrafa de la autoridad competente.

Durante algún tiempo el Primer y el Segundo Tribunales Colegiados del Sexto Circuito sostuvieron tesis contradictorias sobre la clase de firma que debía tener el documento que se entregaba al afectado, cuando se le notificaba un crédito fiscal. El Primer

³²En este sentido, podemos citar la tesis de jurisprudencia XXI.Io.J/6 del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, que aparece con el rubro: SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍA DE. LAS ÓRDENES VERBALES DE AUTORIDAD SON VIOLATORIAS EN SÍ MISMAS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 65, mayo de 1993, p. 61. En el mismo sentido, también podemos citar el precedente del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito publicado con el título ACTOS ADMINISTRATIVOS. ÓRDENES VERBALES, DESALOJO Y DEMOLICIÓN, SON VIOLATORIOS DE LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo VIII, octubre de 1991, p. 126.

³³En relación con los documentos a través de los cuales se hagan cobros fiscales, la anterior Segunda Sala de la Suprema Corte estimó que la firma que a dichos documentos estampe la autoridad, debe ser siempre auténtica, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos escritos en que se requiere la forma escrita, de tal manera que carece de valor una copia facsímil, sin la firma auténtica del original del documento en que la autoridad impone un crédito a cargo del causante, por no constar en mandamiento debidamente fundado y motivado. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, p. 297, tesis 282, FIRMA FACSIMILAR. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD EN QUE SE ESTAMPA CARECE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. En el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales Colegiados de circuito: *cf.*, en mismo Apéndice y tomo, la tesis de jurisprudencia 415, p. 456, FIRMA. MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD COMPETENTE; la tesis de jurisprudencia 668 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo III, p. 487, FIRMA AUTÓGRAFA. RESOLUCIÓN CARENTE DE. ES INCONSTITUCIONAL; así como los precedentes publicados en *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 76, abril de 1975, 6a. parte, p. 37; vols. 133-138, febrero de 1980, 6a. parte, p. 68; y en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo III, marzo de 1996, p. 946, FIRMA AUTÓGRAFA. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD DEBE CONTENERLA.

Tribunal consideró que se debía entregar al afectado el documento con la firma autógrafa, para cumplir con el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 16.³⁴ En cambio, el Segundo Tribunal Colegiado estimó que bastaba que constara en el expediente el documento con firma autógrafa, por lo que podía entregarse al afectado una copia sin firma autógrafa.³⁵ La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió esta contradicción en favor de la tesis sostenida por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. La tesis de jurisprudencia que resolvió la contradicción afirma que:

[...] para que un mandamiento de autoridad esté fundado y motivado, debe constar en el documento la firma autógrafa del servidor público que lo expida y no un facsímil, por consiguiente, tratándose de un cobro fiscal, el documento que se entregue al causante para efectos de notificación debe contener la firma autógrafa, ya que ésta es un signo gráfico que da validez a los actos de autoridad, razón por la cual debe estimarse que no es válida la firma facsimilar que ostente el referido mandamiento de autoridad.³⁶

Es claro que si bien esta tesis de jurisprudencia se refiere específicamente a la notificación de créditos fiscales, la misma se sustenta en la regla general de que el mandamiento de autoridad debe expresarse en un documento que contenga la firma autógrafa del servidor público que lo expida. Las posibles excepciones a esta regla general tendrían que ser plenamente justificadas con argumentos que no resulten contrarios a la garantía de legalidad y seguridad jurídica que consigna el artículo 16.

Autoridad competente

Bajo la vigencia de la Constitución de 1857 se debatió ampliamente el alcance de la expresión “autoridad competente”. El primer debate se dio en torno al concepto mismo de “competencia”, con motivo de la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de Justicia el 11 de abril de 1874, en un Juicio de Amparo en el que se impugnó una ley fiscal expedida por el Congreso del Estado de Morelos, por no haberse integrado legítimamente éste y por haber sido promulgada por un gobernador que había sido reelegido contra prohibición constitucional expresa. En esa sentencia la Corte sostuvo que:

[...] la incompetencia por ilegitimidad o por falta de todo título legal, que con razón se ha llamado incompetencia absoluta, debe entenderse comprendida lo mismo que otra cual-

³⁴Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo VIII, octubre de 1991, p. 183, FIRMA AUTÓGRAFA. DEBE APARECER EN EL PROVEÍDO QUE SE NOTIFICA AL PARTICULAR.

³⁵Cfr. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 43, julio de 1991, p. 98, FIRMA FACSIMILAR DE FUNCIONARIO PÚBLICO. BASTA CON QUE CONSTE EN EL ORIGINAL DE LA RESOLUCIÓN.

³⁶La resolución a la contradicción 16/90 puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo X, agosto de 1992, p. 66; la tesis de jurisprudencia 2/92, que se transcribe parcialmente, fue publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 56, agosto de 1992, p. 15. También ha sido publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, p. 297, tesis 283, FIRMA FACSIMILAR. DOCUMENTOS PARA LA NOTIFICACIÓN DE CRÉDITOS FISCALES.

quiera en el artículo 16 de la Constitución, puesto que no hace excepción ni distinción alguna.³⁷

Si bien en un principio la Suprema Corte consideró que la ilegitimidad de la autoridad, a la que impropriamente se llamó “incompetencia de origen”, afectaba la competencia requerida por el artículo 16, posteriormente abandonó este criterio, bajo la influencia de las ideas de Ignacio L. Vallarta. Con toda razón, el ilustre jurista jalisciense puso de manifiesto las diferencias que existen entre los requisitos que debe satisfacer una persona para ser electa o designada para una función pública (*legitimidad*) y el conjunto de atribuciones que la ley otorga a un órgano del Estado (*competencia*). Vallarta escribía:

El nombramiento, la elección hecha en términos legales en persona que posea los requisitos necesarios, constituye la *legitimidad* de una autoridad; a la vez que su *competencia* no es más que la suma de facultades que la ley le da para ejercer ciertas atribuciones. La legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público; y la competencia se relaciona con la entidad moral que se llama autoridad, y abstracción hecha de las cualidades personales del individuo, no mira sino a las atribuciones que esa entidad moral pueda ejercer.³⁸

Las ideas de Vallarta han continuado influyendo en la interpretación que la Suprema Corte de Justicia ha hecho del artículo 16 de la Constitución de 1917, en la que se sostiene que la garantía que establece dicho precepto concierne sólo a la competencia del órgano del Estado, con exclusión de cualquier consideración sobre la legitimidad de la persona a cuyo cargo se encuentre dicho órgano.³⁹ La segunda cuestión que abordaron los comentaristas de la Constitución de 1857 fue la concerniente a si la competencia exigida en el artículo 16 comprendía sólo las atribuciones otorgadas en la Constitución (la llamada *competencia constitucional*) o si incluía, más ampliamente, las conferidas en la ley (la llamada *competencia jurisdiccional*, que en realidad equivaldría a la *competencia legal*). Sobre este segundo tema prevalecieron las ideas de José María Lozano, quien fue el autor de esta distinción:

¿Qué entiende nuestro artículo constitucional por autoridad competente? —Se interrogaba Lozano y así respondía—: en nuestro concepto se trata aquí de la competencia constitucional con relación al objeto o materia del mandamiento expedido [...] Cuando estos Po-

³⁷Cfr. Ignacio L. Vallarta, *Cuestiones constitucionales (Votos)*, Imprenta Particular a Cargo de A. García, México, 1894, p. 75.

³⁸*Ibidem*, p. 65.

³⁹En la tesis de jurisprudencia 243 que aparece en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo VI, pp. 199-200, INCOMPETENCIA DE ORIGEN, la Suprema Corte afirma que en el Amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia [...] Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un Poder que, como el Judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de poderes que deben ser independientes de él.

deres (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) obran dentro de los límites constitucionales de sus funciones, son competentes.⁴⁰

En cambio, para Lozano la llamada competencia jurisdiccional era: “propia de la ley secundaria que fija a cada tribunal los límites de su jurisdicción, tanto con relación a la materia del juicio, como al territorio en que debe ejercerse y algunas veces a las personas que le están sometidas”.⁴¹

Esta competencia, para nuestro autor, no estaba garantizada por el artículo 16 de la Constitución, sino que podía ser exigida a través de los medios ordinarios (excepción de incompetencia por declinatoria, inhibitoria, etcétera) establecidos en las leyes secundarias. El concepto de “competencia jurisdiccional” era muy cuestionable. En primer lugar, porque si para su primera definición Lozano calificaba la competencia por su fuente (“constitucional”), no había ninguna razón para que a la segunda “clase” de competencia ya no la calificara por su fuente (la pudo llamar con más propiedad “legal”), sino por los órganos específicos a los que se confería (los órganos jurisdiccionales). En segundo lugar, el concepto era reduccionista pues se limitaba a los órganos jurisdiccionales, como si éstos fueran los únicos órganos del Estado, por lo que dejaba fuera la competencia legal de los órganos Legislativos y Ejecutivos. Por último, la distinción formulada por Lozano carecía de apoyo en el texto del artículo 16, en donde no se establecía ninguna diferencia ni limitación entre una y otra competencia.

Con todo, la interpretación de Lozano fue asumida por la Suprema Corte, y la sostuvo reiteradamente. Todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1917, la Suprema Corte llegó a afirmar que “la competencia constitucional, o sea, la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos Poderes, es la única que está protegida por medio de las garantías individuales”.⁴² Sin embargo, en las compilaciones publicadas después del apéndice citado en la nota anterior, el texto de la tesis fue modificado para quedar en los siguientes términos: “La competencia constitucional puede ser reclamada en vía de Amparo”.⁴³ El cambio es muy significativo, pues se deja de afirmar que esta competencia es la única protegida por las garantías individuales, por lo que implícitamente se acepta que también puede estar garantizada por el artículo 16, la competencia fundada en la ley.

La distinción entre competencia constitucional y competencia jurisdiccional ha dejado de ser un criterio para determinar cuál de los dos tipos de competencia debe ser protegida por medio del Juicio de Amparo, pues es evidente que la garantía de autoridad competente se refiere a los dos tipos de competencia. Quizá la única razón para conservar esta distinción convencional resida en que, cuando se alegue en el Amparo una violación a la competencia constitucional, no será necesario haber combatido previamente ese tipo de incompetencia en el juicio o procedimiento natural, en

⁴⁰Lozano, *op. cit.*, nota 1, pp. 115-116.

⁴¹*Idem*, p. 117.

⁴²Tesis de jurisprudencia 223 del *Apéndice al tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, p. 431, COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.

⁴³Este es el texto de la tesis de jurisprudencia que aparece con el número 129 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo VI, p. 83, COMPETENCIA CONSTITUCIONAL. Esta tesis ya no aparece en el *Apéndice 1917-2000*.

tanto que cuando se alegue una incompetencia jurisdiccional particularmente en asuntos civiles y mercantiles sí será requisito indispensable haberla impugnado a través de los procedimientos ordinarios (declinatoria o inhibitoria). En este sentido, la Suprema Corte ha admitido explícitamente que “Puede alegarse como concepto de violación la incompetencia, aun la jurisdiccional, de la autoridad responsable, cuando este punto ya fue estudiado y decidido previamente a la interposición de la demanda de garantías”.⁴⁴

Por otro lado, la propia Suprema Corte de Justicia ha sostenido que la competencia constitucional, por ser de orden público:

[...] puede ser propuesta como problema de violación de garantías, por infracción al artículo 16 constitucional, directamente ante el órgano de control constitucional, aun cuando la violación no se haya planteado en el procedimiento que culminó con el acto reclamado.⁴⁵ [En materia penal, la anterior Primera Sala afirmaba que] la competencia es un presupuesto sin el cual no puede existir el proceso, [lo cual es acorde con la teoría de los presupuestos procesales de Oskar Von Bülow.⁴⁶ Y agregaba:] El artículo 16 de nuestra Constitución subordina la eficacia de la actuación de las autoridades, a la *competencia que solamente la ley puede conferirles* [...] La garantía constitucional del artículo 16 no puede, en cuanto a su validez y fiel observancia, condicionarse al previo requisito de la tramitación de los procedimientos inhibitorio o declinatorio estatuidos por la legislación procesal federal penal, sin desconocer la naturaleza sustancial o material del derecho en que consiste la garantía de que se trata.⁴⁷

En materia administrativa, en donde la competencia de la autoridad es un requisito esencial para la eficacia jurídica del acto, cada vez es más evidente la necesidad de superar la distinción entre competencia constitucional y competencia jurisdiccional. En este sentido, debemos destacar la interpretación formulada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el que ha afirmado que “la competencia de las autoridades estatales es uno de los elementos esenciales del acto administrativo, que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 16 de la Carta Magna”; y ha señalado que entre sus características más importantes se encuentra que “requiere siempre de un texto expreso de la ley para poder existir”, por lo que no puede derivar de un contrato por no ser la competencia un objeto que esté dentro del comercio.⁴⁸

⁴⁴Tesis de jurisprudencia 151 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo VI, p. 100, COMPETENCIA JURISDICCIONAL, CUÁNDO PUEDE RECLAMARSE EN EL AMPARO. Esta tesis ya no aparece en el *Apéndice 1917-2000*.

⁴⁵*Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, tomo 97-102, 3ª parte, p. 53, COMPETENCIA CONSTITUCIONAL. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDEPENDIENTEMENTE DE QUE SE HAYA O NO PLANTEADO AQUÉLLA ANTE LA AUTORIDAD DE QUIEN EMANÓ EL ACTO Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIONAL. CUÁNDO PUEDEN PLANTEARSE EN JUICIO DE GARANTÍAS.

⁴⁶*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. de Miguel Ángel Rosas Liechtschein, Ejea, Buenos Aires, 1964, pp. 5-6.

⁴⁷*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CXVII, junio de 1953, p. 1440, COMPETENCIA, ESTUDIO DE LA, EN EL AMPARO. Cursivas nuestras. En similar sentido, véase el mismo tomo, julio de 1953, p. 1580, COMPETENCIA, ESTUDIO DE LAS CUESTIONES DE, EN EL AMPARO.

⁴⁸*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo II, julio de 1988, Segunda parte-1, p. 170, COMPETENCIA. NO PUEDE FUNDARSE EN UN CONTRATO. SÓLO DEBE EMANAR DE UN ACTO LEGISLATIVO FORMAL O MATERIAL; en igual sentido, tomo III, enero de 1989, segunda parte-2, p. 991, COMPETENCIA. SOLO DERIVA DE LA LEY NO DE UN CONTRATO. Y si bien es cierto que el propio Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito ha afirmado que la competencia de las

Fundamentación y motivación

El deber de expresar los motivos de hecho y las razones de derecho que tomó en cuenta la autoridad para emitir el acto de molestia, surge a partir de la legislación revolucionaria francesa, como una reacción frente al autoritarismo y la arbitrariedad del *ancien régime*. Voltaire criticaba las grandes diferencias y contradicciones que existían en la justicia penal:

¿Se juzgará siempre —se preguntaba— de un modo diferente la misma causa en provincias que en la capital? ¿Es posible que un mismo hombre tenga razón en Bretaña y sea condenado en el Languedoc? ¡Pero, qué digo!, hay tantas jurisprudencias como ciudades; y aun en el mismo parlamento (Tribunal Superior de Justicia) las máximas de una sala no son las mismas que en la otra. [El propio Voltaire se interrogaba:] ¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza de dar el motivo de un juicio?⁴⁹

Y Condorcet, quien criticaba los procesos penales porque terminaban a través de un juicio o razonamiento secreto una instrucción también secreta, invocaba el derecho natural, conforme al cual todo hombre que emplea contra los miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le debe rendir cuenta de las causas o razones que lo han determinado.⁵⁰

En Francia, el principio de la obligatoriedad de la motivación fue establecido en el artículo 15, título V, de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, sobre la organización judicial, y posteriormente fue confirmado en el artículo 208 de la Constitución del año III (22 de agosto de 1795).⁵¹ En la propia Ley de 16-24 de agosto de 1790, con el objeto de asegurar su correcta aplicación por parte de los jueces, se creó el Tribunal de Casación, originalmente como un organismo dependiente de la Asamblea Nacional, el cual conocía de un recurso de carácter general a través del cual podía anular o *casar* las sentencias que se apartaran de la Ley. La base para resolver el recurso era precisamente el

autoridades administrativas también puede establecerse en acuerdos delegatorios de facultades, ello supone lógicamente que las facultades que se delegan están previstas en la ley (*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo I, enero de 1988, 2a. parte, p. 144), AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, COMPETENCIA DE LAS. PUEDE ESTABLECERSE TAMBIÉN EN UN ACUERDO DELEGATORIO DE FACULTADES.

⁴⁹Voltaire, *Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias*, en Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 159.

⁵⁰Cfr. Philippe Godding, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle*, en Ch. Perelman, et Foirs, *La motivation de décisions des justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 66.

⁵¹*Idem*, p. 67; en el mismo sentido, Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 236, y CHhPerelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas Padua, 1979, p. 29. El artículo 208 de la Constitución del año III, ubicado dentro de las disposiciones generales del título VIII, referente al Poder Judicial, establecía: Las sesiones de los tribunales son públicas; los jueces deliberan en secreto; las sentencias son pronunciadas en voz alta; son motivadas, y en ellas son expresados los preceptos de la ley aplicada. Cfr. Armando Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale* (1789-1875), Giuffrè, Milán, 1975, pp. 486-487. *Cursivas* nuestras.

análisis de la motivación de la sentencia.⁵² Por esta razón, Taruffo considera que la motivación era concebida, por los legisladores revolucionarios franceses, “esencialmente como el momento fundamental de la garantía de legalidad de la decisión, en una situación histórica en la cual era evidente la clara connotación política del mismo principio de legalidad”.⁵³

Perelman afirma que la obligación de motivar impuesta por la Revolución Francesa se dirigía esencialmente a someter a los jueces, demasiado independientes, a la voluntad de la nación, es decir, a aquella que el legislador encarna:

El Tribunal de Casación fue instaurado, al mismo tiempo, para vigilar que las cortes y tribunales, encargados de aplicar la ley, no usen su poder para violarla. *La motivación, tal como fue concebida por la Asamblea Constituyente, debía garantizar al Poder Legislativo la obediencia incondicional de los jueces a la ley.*⁵⁴

El propio filósofo belga ha puesto de manifiesto cómo la idea misma de motivación, de justificación de una decisión judicial, cambia de acuerdo con el tipo de auditorio al que se dirige. Así cuando el juez no tenía que justificarse sino frente al legislador, para mostrar que no violaba la ley, le bastaba con indicar los textos legales que aplicaba dentro de su resolución. Pero si la motivación se dirige hacia la opinión pública, como ocurre en las sociedades democráticas, entonces deberá demostrar, además, que la interpretación de la ley hecha por el juez es la más conforme tanto a la equidad como al interés general.⁵⁵

En Inglaterra, Jeremy Bentham fue uno de los más destacados defensores del principio de la motivación de las sentencias. Este autor ubicó a la motivación como uno de los modos de manifestación del principio de la publicidad del proceso y la consideró como un medio de control del ejercicio del poder: “*Good decisions —afirmaba— are such decisions for which good reasons can be given*”.⁵⁶ La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer, sobre bases objetivas, la racionalidad y la legalidad de aquéllos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstas y al órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad.⁵⁷

⁵²Cfr. Perelman, *Idem*; y Héctor Fix-Zamudio, “Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano”, en *Bicentenario de la Revolución Francesa*, UNAM, México, 1991, pp. 65-66.

⁵³Taruffo, *op. cit.*, nota 34, p. 327. Por un lado —escribe el procesalista italiano—, el principio de la supremacía de la ley, en el significado claramente político que asumía en el momento de reacción contra el *ancien régime*, postulaba un instrumento que hiciese posible el control sobre la legalidad del juicio; por el otro, análogas exigencias se traducían en la institución de un juzgador supremo de legalidad en el *Tribunal de Cassation*, originalmente entendido como emanación del Poder Legislativo y como destinatario principal, si bien no exclusivo, de la motivación (*Idem*).

⁵⁴Chaïm Perelman, *Ethique et droit*, Bruselas, Editions de L’Université de Bruxelles, 1990, p. 670.

⁵⁵*Idem*, p. 674.

⁵⁶Jeremy Bentham, “Rationale of judicial evidence, specially applied to English Practice”, en *The works of Jeremy Bentham*, Bowring, Nueva York, 1962, tomo VI, pp. 356 y ss., cit. por Taruffo, *op. cit.*, nota 34, p. 351.

⁵⁷En relación con la motivación de las sentencias civiles, Taruffo distingue su función al interior del proceso (o *endoprocessuale*) y su función externa (o *extraprocessuale*). La primera consiste esencialmente: “a) en permitir a las partes el más

En nuestro país, el único antecedente previo al artículo 16 de la Constitución de 1857 que hemos podido encontrar sobre este tema, es el artículo 28 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, promulgado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, el cual si bien no contempla directamente el principio de la motivación, si recoge su propósito fundamental: “Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley”.⁵⁸ En el artículo 16 de la Constitución de 1857, al igual que en ese mismo artículo de la Constitución de 1917, la exigencia de justificar racionalmente los actos de autoridad que impliquen alguna molestia para los particulares (dentro de los cuales quedan comprendidas las sentencias), se manifiesta en dos requisitos esenciales que deben concurrir necesariamente: *fundar y motivar* la causa legal del procedimiento.

Desde un principio la exigencia de *fundamentación* ha sido entendida como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los *preceptos legales* que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad; por su parte, la exigencia de *motivación* ha sido referida a la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los *hechos* en que se basa se encuentran *probados* y son precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar. Como puede observarse, ambos requisitos se suponen mutuamente, pues no es posible lógicamente citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos de que se trate, ni exponer razones sobre hechos que carezcan de relevancia para dichas disposiciones.⁵⁹ Esta correlación entre los fundamentos jurídicos y los motivos de hecho supone necesariamente un razonamiento de la autoridad para demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate.

José María Lozano resumía con gran claridad estos requisitos: “La Constitución quiere que se funde y motive la causa del procedimiento, esto es, que se exprese el *motivo de hecho* que lo autoriza y el *derecho* con que se procede”.⁶⁰ Bentham también distinguía entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho:

A fin de asegurarse de que actúa conforme a la ley —afirmaba—, el juez, en todas las ocasiones, tiene que considerar dos puntos: el uno es la *cuestión de hecho*; el otro es la *cuestión de derecho*. El primero consiste en cerciorarse de que tal hecho ha existido en un determinado lugar y en tiempo cierto. El segundo consiste en asegurarse que la ley contiene una disposición de esta o aquella naturaleza, aplicable al hecho individual.⁶¹

eficaz ejercicio del derecho de impugnación, a través del conocimiento de los motivos de la decisión; b) en facilitar el control del juzgador de la impugnación sobre la misma decisión. La función extraprocésal consiste en asegurar la controlabilidad sobre el modo en el cual los órganos jurisdiccionales ejercen el poder que se les atribuye, en el ámbito de un más general principio de controlabilidad que caracteriza la noción moderna del Estado de derecho”. Cfr. Michele Taruffo, La fisonomía della sentenza in Italia, en *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padua, 1988, pp. 187-189.

⁵⁸Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, Porrúa, México, 1999, p. 35.

⁵⁹En este sentido, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito ha sostenido que se incurre en violación de la garantía de legalidad cuando no hay correlación entre fundamentación y motivación. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo IX, enero de 1992, p. 277, VIOLACIÓN FORMAL DE GARANTÍAS. SE INCURRE EN ELLA CUANDO NO HAY CORRELACIÓN ENTRE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

⁶⁰*Op. cit.*, nota 1, pp. 129-130. Cursivas nuestras.

⁶¹*Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de Manuel Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, vol. 1, p. 26.

La interpretación judicial más clara y precisa de los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución de 1917, es la que ha hecho la anterior Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia en la tesis de jurisprudencia siguiente:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución federal, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.⁶²

Aunque la tesis de la Segunda Sala se refiere a “todo acto de autoridad”, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia ha sido diversa, según la establezca el Pleno o cada una de las Salas. Así, el Pleno ha considerado que las leyes no requieren de fundamentación y motivación a través de una exposición de motivos, sino que dicha garantía se cumple cuando el Congreso actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le confiere (fundamentación) y cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación).⁶³ La anterior Primera Sala sostuvo el mismo criterio respecto de los reglamentos expedidos por el presidente de la República.⁶⁴

La anterior Segunda Sala, por su parte, estimaba que los acuerdos presidenciales con efectos particulares sí deben estar fundados.⁶⁵ Por lo que se refiere a los demás actos de autoridad con efectos concretos, determinados y particulares, la anterior Segunda Sala de la Suprema Corte fue muy precisa para determinar los requisitos que deben satisfacer aquéllos para que se puedan *considerar fundados*. Por una parte, señaló que en el mandamiento escrito se deben citar tanto la *ley* como los *artículos* específicos de ésta que la autoridad estime aplicables al hecho o caso de que se trate.⁶⁶ La Segunda Sala consideraba insuficiente que se invoque globalmente una ley, un código

⁶²Tesis de jurisprudencia 40 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, pp.46-47, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. En algunas ocasiones los Tribunales Colegiados se limitan a reproducir las tesis de jurisprudencia de las Salas. Tal acontece con la tesis citada, que es reiterada por las tesis de jurisprudencia VI. 2o. J/31 del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y V. 2o. 32 del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, publicadas en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núms. 22-24, octubre-diciembre de 1989, y 54, junio de 1992, pp. 259 y 49, respectivamente, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

⁶³Tesis de jurisprudencia 226 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, p.269, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE LA AUTORIDAD LEGISLATIVA.

⁶⁴*Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo VI, julio-diciembre de 1990, 1a. parte, p. 103, REGLAMENTOS. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

⁶⁵*Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. I, 3a. parte (julio de 1957), p. 15. ACUERDOS PRESIDENCIALES, FALTA DE FUNDAMENTO DE LOS.

⁶⁶*Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. XXVI, 3a. parte (agosto de 1959), p. 13; AUTORIDADES FUNDAMENTACIÓN DE SUS ACTOS; Séptima Época, vol. 80, 3a. parte (agosto de 1975), p. 35. FUNDAMENTACIÓN DE ACTOS DE AUTORIDAD.

o un cuerpo de disposiciones legales, por lo que se debían especificar los preceptos legales que la autoridad pretende aplicar.⁶⁷

Por otra parte, la propia Segunda Sala determinó que dentro de la fundamentación de los actos de autoridad se deben incluir no sólo los *preceptos legales aplicables a los hechos* o al caso de que se trate, sino también *los que determinen la competencia* del órgano de autoridad para emitir el acto.⁶⁸ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, al resolver la contradicción de tesis 29/90, reiteró sustancialmente el criterio sostenido originalmente por la Segunda Sala:

Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales —afirmó—, se advierte que los actos de molestia y de privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado, expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación. De lo contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión.⁶⁹

El Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito ha podido resumir los requisitos que debe reunir el acto de autoridad para cumplir con la exigencia de la fundamentación legal:

En materia administrativa, específicamente, para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: *a)* Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y *b)* Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.⁷⁰

⁶⁷Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. XV (septiembre de 1958), 3a. parte, p. 9, ACTO RECLAMADO FUNDAMENTACIÓN DEL; vol. XLIII (enero de 1961), 3a. parte, p. 14, AUTORIDADES. FUNDAMENTACIÓN DE SUS ACTOS; vol. CXXVIII (febrero de 1968), 3a. parte, p. 54, LEGALIDAD, GARANTÍA DE. ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. LA AUTORIDAD DEBE CITAR LOS PRECEPTOS CONCRETOS QUE SIRVEN DE APOYO A LOS ACTOS DE MOLESTIA.

⁶⁸En una ejecutoria pronunciada el 18 de febrero de 1982, la Segunda Sala sostuvo que los actos de molestia y privación requieren para ser legales, entre otros requisitos e imprescindiblemente, que sean emitidos por autoridad competente y cumpliéndose las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté legitimado, expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que la autoridad respectiva lo suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación, pues de lo contrario se dejaría al afectado en estado de indefensión. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 157-162, 3a. parte, p. 72 COMPETENCIA, FUNDAMENTACIÓN DE LA; también se publicó en el *Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1982*, 2a. parte, pp. 94-95.

⁶⁹Tesis de jurisprudencia P/J.10/94, publicada en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 77, mayo de 1994, pp. 12-13, COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD.

⁷⁰Tesis de jurisprudencia VI.2o.J/248 publicada en *idem*, núm. 64, abril de 1993, pp. 43-44, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En el mismo sentido, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sostiene que la garantía de fundamentación y motivación “exige a las autoridades no simplemente citen los preceptos de la ley aplicable, sino que también precisen con claridad y detalle la fracción o fracciones en que apoyan sus determinaciones”.⁷¹ Por otro lado, la anterior Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia también determinó con precisión cómo debe entenderse la exigencia de *motivación* prevista en el artículo 16 constitucional. En este sentido, afirmó que:

[...] la motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario, según el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto es externar las consideraciones de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal.⁷²

De modo que para la Segunda Sala la motivación consiste en la manifestación que debe hacer la autoridad, en el texto del acto de molestia, de los razonamientos con base en los cuales llegó a la conclusión de que los hechos que tomó en cuenta para realizar dicho acto son ciertos y son precisamente los previstos en el precepto legal en el que afirma fundarse. La motivación se refiere a las cuestiones de hecho de que hablaba Bentham, pero tiene que ser vinculada necesariamente a la fundamentación, a las cuestiones de derecho. Estos razonamientos sobre la cuestión de hecho tienen que apoyarse necesariamente en medios de prueba o, al menos, en un principio de prueba que asegure que los hechos sobre los que la autoridad actúa son ciertos. Así se puede deducir del siguiente precedente de la propia Segunda Sala:

Para cumplir lo preceptuado por el artículo 16 de la Constitución federal, que exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron a su emisión. Para integrar el segundo elemento, *es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de autoridad.*⁷³

Además de estas exigencias para que los actos de autoridad cumplan con la debida fundamentación y motivación legal, la actual Segunda Sala de la Suprema Corte ha de-

⁷¹Tesis de jurisprudencia 562 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 444-445, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DEL ACTO, GARANTÍA DE LA AUTORIDAD AL EMITIRLO DEBE CITAR EL NUMERAL EN QUE FUNDAMENTE SU ACTUACIÓN Y PRECISAR LAS FRACCIONES DE TAL NUMERAL. Seguramente por un error se publicó esta tesis en el tomo correspondiente a la materia penal, cuando debería haber sido incluida en el tomo III.

⁷²Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, tomo LV (enero de 1962), 3a. parte, p. 30, MOTIVACIÓN DEL ACTO RECLAMADO; tomo LXXVI (octubre de 1963), 3a. parte, p. 64, Séptima Época, vols. 121-126 (agosto de 1979), 3a. parte, p. 70, SENTENCIAS DE AMPARO, ALCANCE LEGAL DE LAS.

⁷³*Ibidem*, Sexta Época, tomo CXXVII (enero de 1988), 3a. parte, p. 21, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE.

terminado que los actos administrativos deben contener *el lugar y la fecha de su emisión*, a fin de que el particular esté en posibilidad de conocer si la autoridad que lo emitió “actuó dentro de su circunscripción territorial”.⁷⁴ La interpretación que hicieron las demás Salas anteriores de la Suprema Corte de Justicia sobre la fundamentación y motivación establecida en el primer párrafo del artículo 16, no alcanzó los niveles de precisión y exigencia de las tesis y precedentes que hemos citado en materia administrativa. Por un lado, tanto la Primera como la Tercera Sala sostuvieron que la cita equivocada o errónea de preceptos legales en una resolución no basta para conceder el Amparo, si se advierte que aquélla tiene su apoyo en otras disposiciones o razones legales.⁷⁵

Este criterio de interpretación es admisible, porque en este supuesto el juzgador responsable cumple parcialmente el requisito de fundamentación y la concesión de Amparo tendría sólo el efecto de que se corrigiesen en la sentencia impugnada los errores en la cita de los preceptos legales. Pero para otorgar la seguridad jurídica requerida por el artículo 16, sería pertinente que el propio juzgador de Amparo precisara las disposiciones legales que debió invocar la autoridad judicial responsable. En situación muy distinta se coloca el juzgador que en su resolución no invoca ningún precepto legal, pues en este caso no cumple en modo alguno con la exigencia de fundamentación legal e infringe la garantía de legalidad estatuida en el primer párrafo del artículo 16. Sin embargo, la anterior Tercera Sala sostuvo que en este supuesto, aunque se citen los preceptos legales aplicables conforme al artículo 16 constitucional, no debe concederse el Amparo, pues:

[...] extrañaría una flagrante denegación de justicia, ya que haría perder un litigio a quien lo tenía ganado en la primera instancia, por actos que ni siquiera le son imputables, pues la falta de cita de los preceptos legales aplicables es imputable al Juez o a la Sala, pero no a la parte que obtuvo.⁷⁶

En realidad, en este supuesto lo que se manifiesta es una violación al artículo 16 constitucional frente a una supuesta denegación de justicia, que no lo es en sentido estricto. Denegar significa no conceder lo que se pide o solicita, y en este caso el que pide es el quejoso; la denegación de justicia consiste en impedir a una persona el acceso a los tribunales o en hacer irregular el desarrollo del proceso. Si se concede el Amparo porque el juez natural, violando lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, no expresó los preceptos legales en que fundó su resolución, no se va a producir ninguna denegación de justicia, sino simplemente a dejar sin efecto un acto evidentemente

⁷⁴Tesis de jurisprudencia 2ª./J: 61/2000, publicada con el rubro ACTOS ADMINISTRATIVOS. PARA CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE LEGALIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, DEBEN CONTENER EL LUGAR Y LA FECHA DE SU EMISIÓN, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, julio de 2000, p. 5.

⁷⁵Cfr. Tesis de jurisprudencia 366 de la Primera Sala publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t, II, pp. 266-267, SENTENCIAS, CITA ERRÓNEA DE PRECEPTOS LEGALES EN ELLA; y tesis de jurisprudencia 373 de la Tercera Sala dentro del mismo *Apéndice*, tomo III, pp. 315-316, SENTENCIAS, CITA EQUIVOCADA EN ELLAS, DE PRECEPTOS LEGALES INAPLICABLES.

⁷⁶Cfr. tesis de jurisprudencia 360 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo IV, p. 242, SENTENCIAS, FALTA DE CITA DE PRECEPTOS LEGALES EN LA EFECTOS. Esta tesis no aparece en el *Apéndice 1917-2000*.

contrario al artículo 16 constitucional, para que el juez natural cumpla con la obligación constitucional de fundar sus resoluciones. En cambio, sí se deniega la justicia constitucional cuando a un quejoso no se concede el Amparo, a pesar de que demuestre que el acto reclamado es violatorio del artículo 16 constitucional.

Es muy probable que por la omisión del juez natural, la parte que haya obtenido sentencia favorable resulte perjudicada por la demora en el pronunciamiento de la sentencia fundada; pero es más grave permitir que se dicten sentencias que no cumplan con la exigencia de fundamentación legal que estatuye el artículo 16 constitucional. Si ha habido una violación constitucional al dictarse una resolución, es de elemental justicia que debe subsanarse; si esta violación causa perjuicio a alguna o a ambas partes, debe ser motivo para exigir la responsabilidad del juzgador que incurrió en ella.

La tesis de jurisprudencia de la anterior Tercera Sala que hemos citado no es congruente con las tesis de la también anterior Segunda Sala que señala que, para cumplir con el requisito de fundamentación legal, el texto del acto de molestia debe contener la referencia precisa a las disposiciones legales que regulen tanto el caso de que se trate, como la competencia del órgano de autoridad que lo emite. Y es claro que, parafraseando a Voltaire, no se puede permitir que haya tantas jurisprudencias como Salas tenga la Suprema Corte; o que “las máximas de una Sala no sean las mismas en la otra”.

Sin embargo, la tesis de la anterior Tercera Sala ya ha sido adoptada, también como tesis de jurisprudencia, por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Para este Tribunal, en los asuntos del orden civil la garantía de:

[...] debida fundamentación legal [...] se satisface con el hecho de que la resolución encuentre su fundamento en la ley, aunque no se invoquen expresamente los preceptos que la sustenten. [El Tribunal pretende apoyar su tesis afirmando que] en materia civil, las leyes gozan de unidad en sus ordenamientos, de sistematización en su materia, y de una mayor permanencia en sus instituciones, que permite a los afectados defenderse apropiadamente, aunque el acto respectivo no contenga la cita de los preceptos legales aplicables, a diferencia de los actos emitidos por las autoridades administrativas, en los cuales tiene aplicación más estricta la garantía de fundamentación legal, debido a que en esta materia son múltiples y variadas las disposiciones que se afirman, las cuales además por su propia naturaleza, se encuentran en constante renovación y, por ello, deben invocarse expresamente.⁷⁷

Tampoco compartimos los argumentos que el Quinto Tribunal Colegiado expone para tratar de justificar su no exigencia de la garantía de fundamentación legal a los juzgadores civiles. La permanencia de los ordenamientos civiles y la sistematización de su materia son más aparentes que reales y no pueden disculpar a los juzgadores de su obligación constitucional de fundar legalmente sus resoluciones. Desde luego está

⁷⁷Tesis de jurisprudencia 639 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo IV, pp. 603-604, SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL. GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN, SE SATISFACE AUN CUANDO SE OMITI LA CITA DE PRECEPTOS LEGALES. También el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostiene una tesis similar, con el rubro FUNDAMENTACIÓN. GARANTÍA DE. SE CUMPLE AUN CUANDO LA AUTORIDAD OMITI CITAR LOS PRECEPTOS LEGALES QUE APOYAN SU DECISIÓN, publicada en el mismo *Apéndice*, pp. 503-504, tesis 559.

el hecho de que el Congreso Constituyente determinó que todas las autoridades, sin hacer las excepciones que ahora pretende la jurisprudencia civil, deben fundar y motivar sus resoluciones. El deber de fundar y motivar viene impuesto no sólo para que las partes puedan hacer valer sus derechos, sino también, y sobre todo, para acreditar en el acto mismo de molestia su legalidad y racionalidad; como garantía de sujeción al imperio de la ley.

Pero tampoco es exacto que sea más fácil para un afectado defenderse de un acto fundado en un ordenamiento más sistematizado y estable que de uno basado en un ordenamiento que no tenga esas características, cuando la autoridad no invoca los preceptos legales que aplica. En ambos casos se coloca al particular en un estado de indefensión, pues en los dos tiene que imaginar o adivinar cuáles fueron los posibles fundamentos legales de la resolución. Tanto en uno como en otro caso se viola el artículo 16 constitucional. Nos parece más acertada la interpretación que había dado anteriormente la propia Tercera Sala, cuando sostuvo que el deber de fundar y motivar la causa legal del procedimiento, implicaba:

[...] la exigencia de que las autoridades no simplemente se apeguen a una ley, según criterio oculto y mediante argumentos de propia autoridad, sin que se conozca de qué ley se trata, ni los preceptos que sirvan de apoyo al mandamiento relativo, ni las causas por las que los consideran aplicables; sino que las aludidas disposiciones constitucionales (artículos 14 y 16) *exigen que sean citados tanto la ley como los artículos en que las autoridades se apoyen, y que sean expresadas las razones o motivos por los que esa ley y sus artículos tengan aplicación en el caso de que se trate.*⁷⁸

Sin embargo, el Pleno actual de la Suprema Corte ha confirmado el criterio de la anterior Tercera Sala, al sostener que en el acto administrativo la autoridad sí debe precisar los fundamentos legales; pero que, en cambio, en la resolución jurisdiccional, aun cuando por regla la autoridad emisora tiene el deber de fundar tal acto, citando los preceptos con los que se cumpla ese requisito:

[...] excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de la formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia (fundamentación) sin necesidad de invocar de manera expresa los preceptos en que se fundan, cuando de la resolución se advierta con claridad el artículo en que se basa.⁷⁹

La interpretación que la anterior Primera Sala había hecho del requisito de la fundamentación legal se aproximaba más a la jurisprudencia administrativa y se ale-

⁷⁸*Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, tomo CXXVII (enero de 1988), 3a. parte, p. 21, SENTENCIAS CIVILES. LOS PRECEPTOS EN QUE SE FUNDAN DEBEN SER ARGUMENTADOS.

⁷⁹*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, agosto de 2000, pp. 143-144, tesis aislada P/CXVI, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS.

jaba, por tanto, de la civil. Así, por ejemplo, la Primera Sala afirmó que “para una correcta individualización de la pena *no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial*”;⁸⁰ y señaló que el deber de fundar y motivar no sólo corresponde al juzgador, sino también al Ministerio Público.⁸¹ En el mismo sentido, el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito ha sostenido que una sentencia penal carece de fundamentación si no “cita los preceptos legales conducentes”.⁸² En materia laboral, donde durante algún tiempo se difundió la idea de que las juntas de conciliación y arbitraje eran tribunales de equidad,⁸³ la interpretación de los Tribunales Colegiados exige que los laudos, aunque se dicten “a verdad sabida y buena fe guardada”, citen los fundamentos legales en que se basen, para cumplir con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional.⁸⁴

De acuerdo con lo que hemos expuesto, la garantía de *fundamentación* impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate y que sustenten su competencia, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una *argumentación o juicio de derecho*. Pero de igual manera, la garantía de *motivación* exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que tales hechos son ciertos, normalmente con base

⁸⁰Tesis de jurisprudencia 241 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 179, PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. REQUISITOS. Cursivas nuestras.

⁸¹*Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. LXII (agosto de 1962), 3a. parte, p. 40, MINISTERIO PÚBLICO, DEBE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ÓRDENES; e *Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia la Nación 1988*, 3a. parte, p. 784, MINISTERIO PÚBLICO, CITATORIOS DEL. SIN FUNDAMENTACIÓN NI MOTIVACIÓN.

⁸²*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo III, enero de 1989, 2a. Parte-2, p. 777, SENTENCIA PENAL, FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN LA. En el mismo sentido véase la tesis de jurisprudencia XII.2º J/13 publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, tomo XII, agosto de 2000, pp. 1123-1124, SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, SI CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO; así como la tesis de jurisprudencia III.2o. P. J/11, publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, diciembre de 2000, pp. 1231-1232, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, LA JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS 40/97, SUSTENTADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, NO TIENE LOS ALCANCES DE EXIMIR AL TRIBUNAL DE ALZADA DE CUMPLIR CON LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

⁸³*Cfr.* Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, *La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje*, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, México, 1975, pp. 22-29.

⁸⁴En este sentido, el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito expresa: Cuando la Junta responsable no cita el precepto legal conducente, ni expresa los razonamientos en los cuales apoya su laudo, éste adolece de falta de fundamentación y motivación, a las que se refiere el artículo 16 constitucional. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo X, octubre de 1992, p. 342, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, FALTA DE. En similar sentido pueden citarse los precedentes que aparecen en los siguientes tomos de la misma publicación, correspondientes a la Octava Época: tomo III, enero de 1989, 2a. Parte-1, p. 435, LAUDO, CASO DE FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN ÉL; tomo V, enero de 1990, 2a. Parte-1, p. 280, LAUDOS DICTADOS A VERDAD SABIDA Y BUENA FE GUARDADA. TAMBIÉN DEBEN SER MOTIVADOS Y FUNDADOS; tomo VIII, diciembre de 1991, p. 240, LAUDOS. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN; y tomo X, agosto de 1992, p. 559, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DEL LAUDO, FALTA DE. POR CONDENAS CON BASE EN LA EQUIDAD. En sentido contrario, sin embargo, existe un precedente del Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito que aplica en materia laboral la tesis de jurisprudencia de la Tercera Sala: *cfr. Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1988*, 3a. parte, p. 867, LAUDOS. FALTA DE CITA DE LOS PRECEPTOS LEGALES EN QUE SE FUNDA. NO AMERITA LA CONCESIÓN DEL AMPARO. Este último precedente, además de infringir la garantía de fundamentación legal contenida en el artículo 16 constitucional, contraviene también el texto expreso del artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo.

en el análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una *argumentación o juicio de hecho*. En suma, tanto fundar como motivar consisten en la exposición de los argumentos o razonamientos de la autoridad —las buenas razones de que hablaba Bentham— dirigidos a demostrar la aplicabilidad de los preceptos jurídicos invocados y la certeza de los hechos en los que se basen.

La interpretación que la Suprema Corte de Justicia ha hecho del requisito de motivación de la sentencia responde, en términos generales, a la exigencia de que el juzgador analice y valore razonadamente cada uno de los medios de prueba, para determinar si quedaron probadas las hipótesis de hecho. La anterior Primera Sala sostuvo la siguiente tesis de jurisprudencia:

Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatoria de garantías la sentencia que en perjuicio del reo deja de considerar una o varias que podían favorecerle.⁸⁵

La redacción no es muy acertada, pues no solamente se deben analizar todas las pruebas que puedan influir en la *condena del acusado*, sino también todas aquellas que puedan conducir a su *absolución*, sobre todo en un proceso como el penal, en el que debe regir el principio *in dubio pro reo*,⁸⁶ conforme al cual la duda respecto de la comisión del delito (o la plena responsabilidad o culpabilidad del imputado) debe tener como consecuencia su absolución.⁸⁷

La anterior Primera Sala también exigió, para la individualización de la pena, que la autoridad judicial razone pormenorizadamente “las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera como influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto entre el mínimo y el máximo”.⁸⁸

La jurisprudencia de los tribunales colegiados también ha precisado que en la orden de aprehensión,⁸⁹ en el auto de formal prisión,⁹⁰ así como en la sentencia,⁹¹ el

⁸⁵Tesis de jurisprudencia 284 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 207, PRUEBAS, VALORACIÓN DE LAS.

⁸⁶*Cfr.* Jaén Vallejo, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, pp. 19-22; Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, Ejea, Buenos Aires, 1971; Francisco Tomás y Valiente, Francisco, “*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20; y Jesús Zamora Pierce, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1990, pp. 503-504.

⁸⁷*Cfr.* Tesis de jurisprudencia 130 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 89, DUDA ABSOLUTORIA; así como la tesis de jurisprudencia 278 del mismo *Apéndice*, p. 203, PRUEBA INSUFICIENTE, CONCEPTO DE, en la que se afirma que la sentencia condenatoria dictada con base en prueba insuficiente es violatoria de garantías.

⁸⁸Tesis de jurisprudencia 241 *cit.*, nota 63.

⁸⁹*Cfr.* Las tesis de jurisprudencia que aparecen publicadas con los números 615,616 y 618 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 501-503, con los rubros ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA, ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA. NO BASTA CON UNA SIMPLE RELACIÓN DE CONSTANCIAS Y ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS, respectivamente.

⁹⁰*Cfr.* Tesis de jurisprudencia 456 del *Apéndice cit.*, pp. 342 y 343, AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUANDO CARECE DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN ÉL.

⁹¹Tesis de jurisprudencia XII.2º J/13 publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, agosto de 2000, pp. 1123 y 1124, SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMEN-

juzgador debe analizar y valorar las pruebas y no limitarse a hacer una mera enunciación o descripción de las mismas, como lamentablemente suele ocurrir. Igualmente, la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció en tesis de jurisprudencia que el juzgador tiene: “El deber de examinar absolutamente todas las pruebas de autos, a fin de determinar con el resultado de ese análisis si se probaron o no y en qué medida los hechos fundatorios del derecho exigido o de las excepciones o defensas opuestas”.⁹²

Dicha Sala consideró que el examen de las pruebas debe ser hecho por el juzgador, no en su conjunto, sino separadamente, para determinar el valor de cada una de ellas.⁹³ Sin embargo, en aquellos casos en que la legislación estatuye expresamente que la valoración debe ser hecha “en conjunto”, la Sala consideró con acierto que la apreciación debe realizarse primero separadamente, para formular después un “estudio de conjunto” de los medios de prueba practicados.⁹⁴ Por último, también la Cuarta Sala estableció que en los laudos se examinen por separado cada una de las pruebas aportadas y se expresen las razones por las que se conceda o niegue valor probatorio a las mismas.⁹⁵ La valoración de las pruebas por el juzgador en la sentencia, se podrá realizar básicamente por alguno de los tres sistemas siguientes:

- a) El de la prueba legal, en el que el legislador establece el valor que se debe dar a cada uno de los medios de prueba practicados;⁹⁶
- b) El de *libre apreciación razonada o sana crítica*, que faculta al juzgador para determinar en forma concreta la fuerza probatoria de cada una de las pruebas aportadas,⁹⁷ y
- c) Un *sistema mixto* que combina los dos anteriores.

A pesar de su denominación, los tres sistemas están sujetos a los principios y disposiciones jurídicos que regulan la prueba y el proceso. En este sentido, Francesco Carrara escribía con todo acierto: “En cuanto al juicio sobre el hecho, el juez no tiene

TACIÓN Y MOTIVACIÓN, SI CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO.

⁹²Cfr. tesis 243 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, pp. 285-286, PRUEBAS, EXAMEN DE LAS, INDEPENDIEMENTE DE QUE FAVOREZCAN A QUIEN NO LAS OFRECIÓ.

⁹³*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, 3ª parte, p. 674, PRUEBAS.

⁹⁴Cfr. Tesis de jurisprudencia 1491 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, parte II, p. 2376, PRUEBAS, Apreciación de las. DEBE HACERSE SEPARADAMENTE Y TAMBIÉN EN CONJUNTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA); así como *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 181-186, enero-junio de 1984, 4a. parte, p. 238.

⁹⁵Cfr. Tesis de jurisprudencia 474, 475 y 476 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo V, pp. 388-389, las tres con el rubro PRUEBAS, Apreciación de las, POR LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. También pueden consultarse las tesis de jurisprudencia 1082, 1083 y 1084 del mismo *Apéndice* y tomo, pp. 944-947, las dos primeras con el mismo rubro y la tercera con el rubro PRUEBAS, Apreciación en conciencia de las, POR LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

⁹⁶Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, sistemas y criterios para la apreciación de la prueba, en *Estudios de derecho probatorio*, Concepción (Chile), 1965, pp. 35-43, y José Ovalle Favela, El sistema de la prueba legal, en *Boletín del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, número especial de homenaje a Adolfo Maldonado, 1984, pp. 6-19.

⁹⁷Cfr. Alcalá-Zamora, *op. cit.*, nota anterior, pp. 49-52; Massimo Nobile, *Il principio del libero convincimento*, Giuffrè, Milán, 1974, y Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, trad. de Tomás Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985.

verdadero arbitrio ni aun donde se acepta la libre apreciación; porque debe siempre convencerse según el proceso y según la razón”.⁹⁸ En cualquiera de los tres sistemas, la valoración del juzgador estará sujeta al principio de legalidad en su más amplio sentido. Aun en el sistema de la libre apreciación razonada, el juzgador no podrá concederle fuerza probatoria a aquellos medios de prueba obtenidos con infracción de una disposición constitucional o legal, pues no podría convalidar una prueba ilícita o ilegítima;⁹⁹ no podrá desconocer las reglas legales que distribuyen la carga de la prueba entre las partes, al momento de resolver un litigio en el que no se hayan aportado las pruebas correspondientes (*non liquet*); ni podrá contrariar las reglas lógicas y las máximas de la experiencia que deben regir la valoración de la pruebas.¹⁰⁰

Privación de libertad por causa penal

El párrafo primero del artículo 16 constitucional establece los requisitos generales (mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación) que deben satisfacer todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los particulares. Los párrafos siguientes del propio artículo 16 prevén, además, requisitos específicos que deben cumplir determinados actos de autoridad: los actos de privación de la libertad por causa penal (la orden judicial de aprehensión, la detención en flagrante delito, la detención por orden del Ministerio Público y el arraigo), la intervención de comunicaciones privadas y las visitas domiciliarias.

Podemos afirmar que a estos actos de autoridad determinados les son exigibles los requisitos generales del primer párrafo, y además, los requisitos específicos contenidos en los párrafos que les son aplicables, con excepción de la detención en flagrante delito, la cual sólo se encuentra sujeta a lo que disponen los párrafos quinto y séptimo. En el texto original del artículo 16 en la Constitución de 1857 sólo se contemplaba

⁹⁸Cfr. Nobili, *op. cit.*, nota anterior, p. 1.

⁹⁹Cfr. Pietro Nuvolone, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, Padua, núm. 3, pp. 442-475; José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., Oxford University Press, México, 2005, p. 323; Ada Pellegrini Grinover, “Provas ilícitas”, en *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, núm. 16, Sao Paulo, junio de 1980, pp. 97-108; *idem*, *Liberdades públicas e processo penal*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, pp. 113-145; Giulio Ubertis, “Riflessioni sulle prove vietate”, en *Rivista Penale*, Plasencia, 1975, pp. 701-717; Jaime Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 120-128; y Enrique Véscovi, “Provas ilícitas”, en *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, núm. 13-15, Sao Paulo diciembre de 1978 a diciembre de 1979, pp. 369-387.

¹⁰⁰En este sentido, la anterior Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo la siguiente tesis de jurisprudencia: PRUEBAS, APRECIACIÓN DE LAS, EN EL AMPARO. El tribunal constitucional no puede válidamente sustituir al juez natural en la apreciación de los elementos de convicción, a menos que advierta alteración de los hechos, infracción a los dispositivos que norman el ejercicio del arbitrio judicial sobre el valor jurídico de la prueba, o infracción a las reglas fundamentales de la lógica. Tesis de jurisprudencia 280 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 204-205. También la anterior Tercera Sala sostuvo un criterio jurisprudencial similar, pues consideró que el arbitrio que las leyes otorgan al juzgador para apreciar ciertas pruebas no es absoluto, sino restringido por determinadas reglas basadas en los principios de la lógica, de las cuales no debe separarse, pues al hacerlo, su apreciación, aunque no infrinja directamente la ley, sí viola los principios lógicos en que descansa, y dicha violación puede dar materia al examen constitucional. Cfr. tesis de jurisprudencia 338 del *Apéndice cit.*, tomo IV, pp. 284-285, PRUEBAS, APRECIACIÓN DE LAS, POR AUTORIDAD JUDICIAL.

expresamente la detención en caso de delito *in flagranti*, aunque los requisitos establecidos en la parte inicial de dicho artículo se consideraron aplicables a las órdenes de aprehensión y de cateo.¹⁰¹

Fue en el Congreso Constituyente de 1917 cuando se adicionaron las reglas específicas sobre las órdenes judiciales de aprehensión y de cateo (introducidas con la finalidad de evitar las arbitrariedades de las autoridades políticas y administrativas), la detención por autoridades administrativas en casos urgentes (motivo de las principales discusiones) y las visitas domiciliarias. La regulación de estas órdenes y detenciones fue modificada por los decretos publicados en el *DOF* del 3 de septiembre de 1993, el 8 de marzo de 1999 y el 18 de junio de 2008. A continuación nos referiremos a cada uno de estos actos de autoridad y sus requisitos específicos.

Orden judicial de aprehensión

En el Congreso Constituyente de 1916-1917 hubo pleno acuerdo sobre la necesidad de atribuir la exclusividad para la emisión de las órdenes de aprehensión a la autoridad judicial. Seguramente, quien mejor expresó este acuerdo fue el diputado Colunga:

Hay que examinar la idea sustancial, esto es, que nadie puede ser aprehendido ni nadie puede ser obligado a responder de una acusación criminal, ni ser puesto en prisión, si no es por orden de la autoridad judicial; en seguida —agregaba—, debe cuidarse que esa orden sea librada por escrito, constando en la misma orden los motivos por los cuales se procede y los fundamentos legales que funden la aprehensión.¹⁰²

Por eso, al analizar el texto original del artículo 16 en la Constitución de 1917, Zamora Pierce afirmaba que el principio fundamental del sistema establecido en este precepto, consistía en que “de todas las autoridades del Estado, únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de su libertad a una persona”. Y consideraba que frente a esta regla general, el propio artículo 16 preveía como excepciones, los casos de flagrancia y urgencia.¹⁰³ Nos parece que este criterio corresponde a la finalidad original del artículo 16, y que sigue siendo válido para el texto reformado en 1993 y 1999, pues el supuesto de urgencia modificado tiene carácter de excepción frente a la regla general de la orden judicial de aprehensión, como lo veremos al analizarlo.

Lamentablemente el decreto de reformas y adiciones a la Constitución publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008 agregó una nueva excepción, esta vez de mayor gravedad que las anteriores. El actual párrafo octavo, adicionado por dicho Decreto, prevé que la autoridad judicial puede decretar el arraigo de una persona hasta por 40

¹⁰¹ Cfr. Lozano, *op. cit.*, nota 1, pp. 111-112; Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales*, Porrúa, México, 1991 (edición facsimilar de la de 1873), pp. 335-337.

¹⁰² Cfr. *Diario de los Debates cit.* nota 3, p. 27; y Palavicini, *op. cit.*, nota 3, p. 414.

¹⁰³ Zamora Pierce, *op. cit.*, nota 69, pp. 13 y ss.

días, siempre que sea necesario para “el éxito de la investigación, la protección de personas y bienes jurídicos y cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”. Este arraigo se puede prolongar por otros 40 días. Aunque el párrafo adicionado prevé que esta medida privativa de la libertad sólo se aplicará tratándose de delincuencia organizada, el párrafo noveno contiene una definición muy amplia y vaga de lo que considera delincuencia organizada, pues como tal entiende “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Con esta definición se puede aplicar el arraigo a cualquier grupo integrado por tres o más personas, con independencia de la gravedad que puedan revestir los delitos que cometan.

La introducción del arraigo en la Constitución, sobre todo después de que la Suprema Corte había declarado la inconstitucionalidad de esta medida prevista en las leyes ordinarias, constituye uno de los más graves retrocesos y atentados en contra de la libertad de las personas. La adición de los párrafos octavo y noveno al artículo 16 de la Constitución responde a una concepción autoritaria y policiaca del Estado, que hace retroceder el derecho procesal penal hasta los tiempos del procedimiento inquisitorio de la Nueva España. Los requisitos que el párrafo tercero del artículo 16 establece para que pueda expedirse la orden de aprehensión son los siguientes:

1. *Que preceda denuncia o querrela.* En el texto original se exigía que precediera denuncia, *acusación* o querrela. Aunque un sector de la doctrina ha estimado que en el texto constitucional se emplean como sinónimos las palabras “acusación o querrela”,¹⁰⁴ no lo fueron históricamente. La palabra acusación tuvo y tiene un significado más amplio que el de la querrela. En el *Febrero* de García Goyena y Aguirre se explicaba que la acusación era “la reclamación que se hace para que se persiga un delito y se castigue un delincuente, formando parte en dicha persecución”, y se aclaraba que dentro de este concepto quedaba comprendida tanto la acusación hecha por un particular para que se persiguiera un delito privado, en el que aquél fuera ofendido (equivalente a la querrela), como la reclamación que hacía el ministerio fiscal o cualquier persona capaz para que se persiguiera y castigara un delito público.¹⁰⁵

Jacinto Pallares señalaba que “se llama acusación al ejercicio judicial de la acción que tiene alguno para pedir el castigo de un delito”; y que los acusadores eran “verdaderos actores en juicio criminal que deducen una acción penal”.¹⁰⁶ La función de la querrela y del querellante, como la de la denuncia y el denunciante, son más reducidas, en cuanto que se limitan a poner en conocimiento del órgano de la acusación la *noticia criminis*, con las características que expondremos.

El artículo 16, conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, sólo reconoce como medios de iniciación del procedimiento

¹⁰⁴Cfr. *ibidem*, p. 14; y Manuel Rivera Silva, *El procedimiento penal*, Porrúa, México, 1967, pp. 105-106.

¹⁰⁵Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo V, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1852, p. 448.

¹⁰⁶Jacinto Pallares, *El Poder Judicial o Tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, Imprenta de Comercio de Nabor Chávez, México, 1874.

penal a la denuncia y la querrela, por lo que cualquiera de estos medios es indispensable para que se pueda dictar una orden de aprehensión. Al establecer esta limitación a la denuncia y la querrela, el artículo 16 está prohibiendo en forma implícita que el procedimiento penal se inicie por algunos de los otros medios que fueron característicos del sistema inquisitorio: la delación y la pesquisa (tanto general como particular).¹⁰⁷

La *denuncia* es el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguar, y en su caso, de ejercer la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al proceso promovido.

La *querrela*, al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito; pero, a diferencia de la denuncia, sólo puede ser presentada por la persona afectada por el delito, es decir, por el ofendido (o por su representante) y debe contener la expresión de voluntad de aquél para que se sancione al o a los responsables.¹⁰⁸ A diferencia del denunciante, el querellante conserva un poder de disposición sobre la averiguación previa y el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva, con tal de que se conceda antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia (artículo 93 del Código Penal Federal).

La regla general es que la iniciación de la persecución de los delitos se debe hacer por medio de denuncia, de modo que sólo son perseguibles por querrela aquellos delitos que de manera expresa determinen las leyes. Cabe señalar que las últimas reformas a las leyes penales han tendido a incrementar los supuestos en que es necesaria la querrela del ofendido para la iniciación del procedimiento, particularmente tratándose de delitos patrimoniales.

2. *Que la denuncia o la querrela se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.* En el texto original de la Constitución de 1917 se hablaba sólo de “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”. En el texto reformado en 1993 se precisa, por una parte, que el hecho debe ser señalado por la ley como delito (reiterando el principio de legalidad penal contenido en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución), y por la otra, se sustituye la expresión “pena corporal” por la más propia de “pena privativa de libertad”. La indicación “sancionado cuando menos” con esta última pena, significa que, como lo

¹⁰⁷ Cfr. Nicolau Eymeric, *Manual de inquisidores*, Fontamara, Madrid, 1982, pp. 21 y 22.

¹⁰⁸ Sin embargo, la anterior Primera Sala de la Suprema Corte estimó que es suficiente con la participación de los hechos, por lo que no es necesaria la expresión de voluntad para que se sancione al responsable. Cfr. tesis de jurisprudencia 286 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 210, QUERRELA NECESARIA.

habían previsto en el propio Congreso Constituyente¹⁰⁹ y lo ha sostenido la Suprema Corte,¹¹⁰ no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa (prisión o multa) o no privativa de libertad, pues lo que procede en estos casos es dictar una orden de comparecencia.¹¹¹

3. *Que obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.* La reforma de 1993 aclaró, por un lado, que para que se pudiera dictar la orden de aprehensión no era suficiente que se acreditara la probable responsabilidad del indiciado, como llegó a sostener la Suprema Corte con base en el texto original,¹¹² sino que, además, se requería probar el cuerpo del delito, como lo consideró un sector de la doctrina,¹¹³ con la importante modificación de que sustituyó precisamente la expresión *cuerpo del delito*, por la de *elementos que integran el tipo penal*.

Introducida originalmente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856 y recogida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, la expresión *cuerpo del delito* había sido objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, que se había iniciado a partir del concepto sostenido por la Suprema Corte, la cual, siguiendo las ideas de Ortolán, lo identificaba como el “conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.¹¹⁴

La doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales, como los subjetivos y los normativos.¹¹⁵ Esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federal como del Distrito Federal: “El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal” (artículos 168 del Código Federal

¹⁰⁹Así lo advirtió el diputado Colunga: “En el proyecto del Primer Jefe se faculta a la autoridad judicial para dictar órdenes de aprehensión, cuando se trata de un hecho que la ley castiga con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. La Comisión suprimió esta segunda frase por esta razón. Se llama pena alternativa de pecuniaria y corporal la que consiste en multa o prisión, y al mandarse aprehender a una persona, el juez todavía no sabe cuál de las dos penas deberá aplicar. Por esta razón suprimió la Comisión estas palabras: “pena alternativa de pecuniaria y corporal” *Cfr. op. et loc. cit.*, nota 85.

¹¹⁰La tesis de jurisprudencia 227 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 168-169, expresa: ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENA ALTERNATIVA. Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional.

¹¹¹*Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989, pp. 515-516.

¹¹²La tesis de jurisprudencia 83 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, 9a. parte, p. 128. ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 constitucional. Con la reforma constitucional de 1993, esta tesis quedó completamente sin sustento. Por esa razón aparece con el número 181 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 736, como tesis histórica.

¹¹³*Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, nota 94, p. 505; y Zamora Pierce, *op. cit.*, nota 69, pp. 20-26.

¹¹⁴Tesis de jurisprudencia 81 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, 2a. parte, p. 183. CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. En virtud de las reformas de 1993 y 1999 al artículo 16 de la Constitución, esta tesis aparece como histórica en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 678-679, tesis 66 (H).

¹¹⁵*Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, nota 94, pp. 466-469.

y 122 del Código del Distrito Federal). El 10 de enero de 1994 se publicaron los decretos que reformaron estos últimos preceptos legales, para establecer que los *elementos del tipo penal* de que se trate, eran los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos, y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

En esta descripción de los elementos del tipo penal, los contenidos en las fracciones II y III parecían referirse más a la probable responsabilidad que a dichos elementos. Por contra, en la determinación de la probable responsabilidad se hacía referencia a la inexistencia de causas de licitud, las cuales, de acuerdo con las reformas de la misma fecha al Código Penal, ahora son “causas de exclusión del delito”, y no ya de “responsabilidad” (art. 15). El penúltimo y último párrafo de los artículos 168 y 122 que venimos citando expresaban:

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Como puede advertirse, los conceptos de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad señalados en el artículo 16 constitucional no parecían haber quedado claramente deslindados en la legislación secundaria, al menos no como ya lo estaban los de cuerpo del delito y probable responsabilidad, como consecuencia de una esforzada elaboración doctrinal, legislativa y jurisprudencial, que la reforma constitucional pareció desconocer.¹¹⁶

¹¹⁶Sobre esta sustitución, Sergio García Ramírez expresó: “La reforma, que pondera la existencia —real o supuesta— de distancias y contradicciones, ha olvidado o soslayado que el trabajo del procesalismo mexicano estableció con suficiente claridad, después de una elaboración técnica desarrollada durante mucho tiempo, el alcance de ciertas nociones utilizadas en la Constitución, entre ellas la de “cuerpo del delito” [...] Lejos de culminar aquí el esfuerzo de muchas décadas, como

La sustitución de un concepto procesal como el de cuerpo del delito por el concepto de “elementos del tipo penal”, de origen netamente dogmático sustantivo, era innecesaria, pues si lo que se deseaba era precisar cuáles eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto de cuerpo del delito, la cual resultó sumamente confusa en la práctica.

Las reformas constitucional y legal de 1993 y 1994 plantearon el grave problema de que, al exigir que, desde que se dictara la orden de aprehensión, estuvieran acreditados todos los elementos que integran el tipo penal, prácticamente convirtieron esta medida cautelar emitida al inicio del proceso penal, en una verdadera sentencia de condena, con lo cual se obstruyó la persecución de los delitos y se incrementó la impunidad y la inseguridad pública.

Al exigirse que desde el inicio del proceso se acreditaran todos los elementos del tipo penal se dificultaba excesivamente la expedición de órdenes de aprehensión y se facilitaba la impugnación de cualquier orden de aprehensión (o auto de formal prisión) ante la posible falta de cualquiera de los elementos señalados en los artículos 168 y 122, que han quedado transcritos. Igualmente, si tales elementos debían quedar acreditados desde el principio, prácticamente se vaciaba de contenido al proceso penal, desplazando hacia la averiguación previa la prueba de todos esos elementos, y se dejaba sin ningún sentido práctico a la presunción de inocencia: ¿cómo se podría presumir inocente a una persona respecto de la cual habían quedado acreditados todos los elementos del tipo penal?

Seguramente estas circunstancias motivaron la nueva reforma al entonces párrafo segundo (actualmente, tercero) del artículo 16 de la Constitución, que fue publicada en el *DOF* del 8 de marzo de 1999, en la que se sustituyó el requisito de los elementos que integran el tipo por el de *cuerpo del delito*, con lo cual se regresó, en alguna medida, al texto anterior a la reforma de 1993. Sin embargo, cabe aclarar que en el texto anterior no se exigía expresamente que, para que pudiera librarse la orden de aprehensión, se acreditara el cuerpo del delito sino sólo la probable responsabilidad. El texto reformado en 1999 establece que, para que pueda librarse orden de aprehensión, se requiere, entre otras cosas, que existan datos que acrediten tanto el *cuerpo del delito* como la *probable responsabilidad* del indiciado.

Por decreto publicado en el *DOF* del 18 de mayo de 1999 se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo párrafo segundo define el cuerpo del delito en los siguientes términos: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”. El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

pretende el dictamen, se ignora y extravía el resultado de ese mismo esfuerzo en el ámbito del derecho mexicano”. *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, Porrúa, México, 1994, pp. 13-14.

Federal fue reformado por decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal del 2 de mayo de 1999, en términos muy similares.

El decreto de reformas y adiciones a la Constitución publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008 suprimió los requisitos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, para permitir que la orden judicial de aprehensión pueda ser dictada cuando obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley sancione como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Frente a la garantía de que no podía dictarse orden judicial de aprehensión, sin que existieran pruebas que acreditaran los elementos que integraban el tipo penal o el cuerpo del delito e hicieran probable la responsabilidad del indiciado, el decreto 2008 permite que la orden judicial de aprehensión pueda ser dictada simplemente porque obren datos que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Esta modificación lleva al artículo 16 al extremo contrario de la garantía del cuerpo del delito o de los elementos del tipo penal, que ofrecían la certeza jurídica de que no podía dictarse la orden judicial de aprehensión sin que existieran pruebas que acreditaran la existencia del cuerpo del delito o de los elementos del tipo penal, y que además hicieran probable la responsabilidad del indiciado. El texto reformado ya no exige pruebas que acrediten tales requisitos, sino simplemente “datos” que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. ¿Cuáles pueden ser esos “datos”? ¿Qué es lo que deben establecer del hecho señalado por la ley como delito? El texto reformado no ofrece respuestas a estas preguntas, por lo que tales respuestas tendrán que ser dadas por cada uno de los 33 códigos procesales penales y por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito.

Por otra parte, entre la probable responsabilidad que preveía anteriormente el artículo 16 constitucional y el que “exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, existe una diferencia lógica fundamental, pues para acreditar la probable responsabilidad del indiciado se requiere aportar pruebas que permitan deducir que tal indiciado participó responsablemente en la comisión del delito; en cambio, establecer que exista la probabilidad de que el indiciado cometió el delito no hace referencia a ninguna prueba sino a una simple probabilidad lógica. Lo que sí es muy probable es que con esta reforma se va a permitir que se dicten órdenes judiciales de aprehensión sin que exista ninguna certeza jurídica, como la ofrecida por los elementos que integran el tipo penal o por el cuerpo del delito. Esta reforma constituye una regresión a las épocas en las cuales se decía que un vaso de agua y una orden de aprehensión a nadie se le niega.

4. *Por último, la orden de aprehensión “debe ser dictada por la autoridad judicial competente (supra 2.2),¹¹⁷ a solicitud del Ministerio Público, por ser éste el titular de la acción*

¹¹⁷Cfr. Tesis de jurisprudencia 223 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, 164-165, ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD COMPETENTE.

penal".¹¹⁸ Como acto de autoridad que es, la orden judicial de aprehensión también debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe ser entregada físicamente a la persona afectada y tiene que estar debidamente fundada y motivada (*supra* 2.1 y 2.3).¹¹⁹

Con la reforma de 1993 se derogó el tercer párrafo de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, del que se hacía derivar un plazo máximo de 24 horas para que el responsable de una aprehensión pusiese al detenido a disposición del juzgador. En su lugar se adicionó el entonces párrafo tercero (actualmente, cuarto) del artículo 16, que ordena a la autoridad ejecutora de una orden judicial de aprehensión poner al inculcado a disposición del juzgador "sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad". Se prescinde así de un plazo máximo y se establece que la autoridad ejecutora deberá poner de inmediato al inculcado a disposición del juzgador, sin más diferencia de tiempo que la que implique el traslado físico del inculcado y los trámites necesarios para formalizar esa puesta a disposición.

Flagrancia

Como hemos expresado, el supuesto de detención por cualquier persona en caso de delito flagrante fue previsto originalmente en el artículo 16 de la Constitución de 1857, recogiendo el contenido del artículo 292 de la Constitución de Cádiz, que disponía: "En *in fraganti* todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez". La segunda parte del artículo 16 de la Constitución de 1857 expresaba: "En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata". Esta parte del artículo 16 no ameritó ningún debate en el Congreso Constituyente de 1856-1857, pues nadie discutió ni su necesidad —a todas luces indiscutible— ni su contenido. Con algunas ligeras modificaciones de estilo, pero también sin ningún debate, fue aprobado por el Congreso Constituyente de 1916-1917.

Con motivo de la reforma de 1993 esta parte del artículo 16 pasó a ser su párrafo cuarto (actualmente, quinto), con algunas precisiones. En el texto reformado en 1993 se dejó de emplear el verbo "aprehender" —que se reservó para la ejecución de una orden judicial de aprehensión— y en su lugar se utilizó el de "detener"; y la acción de detener ya no se refiere "al delincuente y a sus cómplices", sino "al indiciado", pues aun en el supuesto de delito flagrante debe respetarse el principio de presunción de inocencia, hasta que no se dicte sentencia condenatoria, así como los derechos que la Constitución y los tratados internacionales otorgan al inculcado. Por último, en el texto modificado en 1993 se prevé el deber de la autoridad inmediata que reciba al indiciado, de ponerlo a disposición del Ministerio Público, también sin demora ("con la misma prontitud", textualmente).

¹¹⁸Cfr. tesis de jurisprudencia 222 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 164, ORDEN DE APREHENSIÓN.

¹¹⁹Véase la jurisprudencia citada en la nota 72.

Se considera que existe flagrancia cuando el indiciado es sorprendido en el momento mismo en que está cometiendo el delito. De acuerdo con Escriche:

Flagrante es participio activo del verbo *flagar*, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en *flagrante* cuando se le sorprende en el mismo hecho, como *v. gr.* en el acto de robar o con las cosas robadas en el mismo lugar en que se ha cometido el robo, o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato.¹²⁰

En el derecho procesal penal mexicano se distinguen tres supuestos en los que procede la detención por flagrante delito:

- a) La *flagrancia en sentido estricto*, que ocurre cuando el indiciado es sorprendido precisamente en el momento en que está cometiendo el delito;
- b) La *cuasiflagrancia*, que se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente, y
- c) La *presunción de flagrancia*, que se actualiza cuando el inculpaado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con el inculpaado en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o instrumentos del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito (artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).¹²¹

Para cuando se detenga a una persona en alguno de estos supuestos de flagrancia (en sentido amplio), el párrafo séptimo establece que el juzgador deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de la ley. De este modo, es el juzgador quien en definitiva debe resolver si la detención se llevó a cabo en alguno de los supuestos de flagrancia que la ley prevé. El decreto de reformas y adiciones a la Constitución publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008 modificó el entonces párrafo cuarto (actualmente quinto) del artículo 16 para definir la flagrancia, en los siguientes términos:

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en el que está cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana, y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público. Esta definición pretende excluir el supuesto de la presunción de flagrancia (inciso c).

¹²⁰ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo II, Manuel Porrúa, México, 1970, p. 708.

¹²¹ *Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, nota 94, pp. 465-466.

Detención por orden del Ministerio Público

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes, fue introducida en los entonces párrafos quinto, sexto y séptimo (actualmente sexto, séptimo y décimo) del artículo 16, con motivo de la reforma constitucional de 1993. En el texto original de la Constitución de 1917 también se preveía la detención en casos urgentes, pero decretada genéricamente por “la autoridad administrativa”, cuando no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratara de delitos que se persiguen de oficio. Ésta fue la parte del artículo 16 que más se discutió en el Congreso Constituyente. En el texto del proyecto de reformas de Venustiano Carranza se preveía que “solamente en los casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial”.¹²²

Pero la Comisión de Constitución decidió suprimir esta parte del proyecto en el primer dictamen que sometió al Congreso:

Juzgamos peligroso —afirmaba la Comisión— dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aun en casos urgentes [...] Por otra parte la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto más de temerse cuanto que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuánta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de las facultades que se les han concedido de ordenar aprehensiones.¹²³

Jara consideró que no se justificaba esta supresión, porque entendía que la facultad que el proyecto de Carranza otorgaba a las autoridades administrativas en casos de urgencia, era necesaria para poder detener al probable responsable no en el momento de la comisión del delito, como ya estaba previsto en la Constitución de 1857:

[...] sino porque se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho o diez días o un mes se encuentra en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga, porque ya está ensillando un caballo, porque ya está cerca de un tren para fugarse.¹²⁴

El debate se entabló sobre todo con Múgica, quien defendió el dictamen afirmando que la Comisión había considerado que el único caso urgente en que se podía detener sin orden judicial de aprehensión era el de delito flagrante. Después de otras intervenciones y a sugerencia de varios diputados, la Comisión retiró su primer dictamen, y en el segundo recogió el texto del proyecto de Carranza, pero tuvo que retirarlo porque fue rechazado por el Congreso. En el tercer y último dictamen la Comisión

¹²²Cfr. Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 41, p. 767.

¹²³*Diario de los debates cit.*, nota 3, tomo I, p. 620.

¹²⁴*Ibidem*, p. 627.

introdujo dos requisitos: que no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y que se tratara de delitos que se persiguieran de oficio. En su parte conducente, el tercer dictamen expresaba:

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.¹²⁵

El tercer dictamen fue aprobado sin discusión. Éste fue el texto que estuvo vigente hasta el 3 de septiembre de 1993. El texto adolecía de cuando menos dos graves deficiencias que finalmente lo hicieron inaplicable: la primera fue su vaguedad en cuanto a la autoridad facultada para ordenar detenciones, pues dentro de la expresión “autoridad administrativa” se podían ubicar prácticamente todas las que dependieran de los gobiernos federal, estatales y municipales; la segunda fue la condición introducida en el tercer dictamen —que no hubiera ninguna autoridad judicial en el lugar— que impedía que la casi totalidad de las autoridades administrativas pudieran ordenar detenciones en casos urgentes. Para complicar más las cosas, en el texto no se indicó qué debía entenderse por “casos urgentes”, pero tampoco lo hizo el legislador ordinario, que no se ocupó de reglamentar esta parte del artículo 16.

En la práctica, lamentablemente, el propósito del Constituyente de sujetar la privación de la libertad por causa penal al cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión, no se pudo alcanzar en alguna medida razonable, porque los agentes del Ministerio Público, los agentes de la policía judicial y otras autoridades siguieron llevando a cabo detenciones o retenciones sin dichas órdenes¹²⁶ y la jurisprudencia de los tribunales federales consideró válidas las declaraciones de los detenidos y los demás actos procesales, no obstante la inconstitucionalidad de las detenciones.¹²⁷

¹²⁵*Ibidem*, tomo II, p.226.

¹²⁶*Cfr.* Zamora Pierce, *op. cit.*, nota 69, pp. 34-36.

¹²⁷De manera expresa, la Suprema Corte sostuvo el siguiente precedente: CONFESIÓN. DETENCIÓN ARBITRARIA. No estando probada la existencia de coacción alguna, la sola detención arbitraria no es suficiente para estimar que la confesión rendida ante el Ministerio Público y la autoridad judicial lo fue bajo un estado psicológico anormal producido por violencia, ya sea de orden físico o moral. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, 2a. parte, p. 163. Este criterio ha sido asumido como tesis de jurisprudencia por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito: *cf.* *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, p. 376, tesis 491. También se pueden citar las tesis de jurisprudencia 66, 67, 70 y 71 de la primera compilación citada, con los rubros CONFESIÓN ANTE AUTORIDAD INCOMPETENTE PARA RECIBIRLA, CONFESIÓN ANTE LA POLICÍA JUDICIAL, CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO y CONFESIÓN COACCIONADA. PRUEBA DE LA, respectivamente, que no analizaban directamente el problema, pero al soslayarlo convalidaban actuaciones que normalmente provenían de detenciones inconstitucionales. Siguiendo las orientaciones de la Suprema Corte, el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primero del Sexto Circuito establecieron tesis de jurisprudencia en la que afirmaron, incluso con las mismas palabras, que la detención sin órdenes de aprehensión ni de cateo no nulifica la confesión del inculcado. *Cfr. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núms. 61, enero de 1993, pp. 87-88, DETENCIÓN SIN ÓRDENES DE APREHENSIÓN Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INculpado; y 65, mayo de 1993, pp. 51-52, con el mismo rubro que la anterior. En el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 419-420, tesis 537, sólo se reproduce la tesis del Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Se debe aclarar que la reforma del 3 de septiembre de 1993 al artículo 16 de la Constitución, que precisó los supuestos de privación de libertad por orden judicial de aprehensión y por orden ministerial de detención, así como el momento en que las personas aprehendidas, detenidas o retenidas deben ser puestas a disposición de la autoridad judicial, y la reforma de la misma fecha al artículo 20, fracción II (actualmente artículo 20, apartado A, fracción II), que prevé que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio, han venido a reorientar el sentido de la jurisprudencia en este tema.¹²⁸

De esta manera se vino a producir una situación exactamente contraria a la buscada por el Constituyente, que en sus debates manifestó su más abierta oposición a las detenciones arbitrarias y para ello estableció como regla general la orden judicial de aprehensión. Pero también la práctica imponía la necesidad de determinadas detenciones, sobre todo cuando existiese temor fundado de fuga, como lo había advertido Heriberto Jara. La ausencia de regulación efectiva propició la discrecionalidad y el abuso en este tipo de detenciones. En este sentido, resulta muy interesante el autorizado comentario que Sergio García Ramírez formulaba sobre esta:

[...] constante antinomia entre el Derecho y la práctica; mientras la legislación ordena que la aprehensión se realice sólo por mandamiento de la autoridad judicial, salvo los casos de flagrancia y de urgencia (esta última de difícil concreción en la realidad), constantemente se practican capturas por disposición del M. P. o, al menos, por obra directa de la Policía Judicial, movidas, en numerosos casos, por la necesidad de asegurar la persecución de los delitos. Evidentemente, no son infrecuentes las arbitrariedades cometidas al amparo de este objetivo.

Para evitar esta constante antinomia y estas arbitrariedades, García Ramírez proponía reflexionar sobre la posibilidad y necesidad de incorporar reformas en la Constitución, que permitiesen al Ministerio Público disponer la detención de una persona, cuando se compruebe su participación en la comisión de un delito.

Se trataría, en todo caso —sostenía—, de una captura por breve tiempo, legalmente determinada, rodeada de garantías y sujeta, claro está, a confirmación por parte de la autoridad judicial. El MP procedería sólo en supuestos que permitieran presumir, razonablemente, que la demora derivada de un procedimiento normal de consignación y obtención de la orden de captura haría probable la sustracción del indiciado a la acción de la justicia.

¹²⁸Cfr. tesis de jurisprudencia 486, 487, 493 y 536 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 371-373, 377-380 y 418-419, con los rubros CONFESIÓN. CARECE DE VALOR PROBATORIO POR SÍ SOLA CUANDO EL ACUSADO ESTUVO DETENIDO DURANTE CINCO DÍAS, O MÁS, SIN SER PUESTO A DISPOSICIÓN DEL JUEZ RESPECTIVO, PUES ELLO HACE PRESUMIR COACCIÓN MORAL EN EL RENDIMIENTO DE SU DECLARACIÓN; CONFESIÓN. COACCIÓN MORAL POR CONSIGNACIÓN TARDÍA; CONFESIÓN MINISTERIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIRLA NO RECAE EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO; DETENCIÓN SIN ORDEN DE APREHENSIÓN DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 16 SI NO REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN ÉSTE Y SU CORRELATIVO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ.

Quedaría sujeto el MP a la obligación perentoria de consignar al responsable dentro de las veinticuatro horas siguientes a su aprehensión.¹²⁹

En buena medida, la reforma de 1993, particularmente por lo que se refiere a los entonces párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16, respondió a estas reflexiones. De acuerdo con el entonces párrafo quinto (actualmente sexto), para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1. *Que se trate de delito grave así calificado por la ley.* Los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal califican cuáles delitos se consideran graves para este fin. Los códigos de cada Estado, de la misma manera, prevén qué delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio.
2. *Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.* Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas que consten en el expediente de averiguación previa, las que se deduzca que efectivamente el riesgo existe, por lo que no deberá basarse en meras apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.
3. *Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.* Esta condición se traduce en dos requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia (obviamente similar), exista imposibilidad para que el Ministerio ocurra ante la autoridad judicial; el segundo requisito es de carácter positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias, debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo tercero del artículo 16.

Hemos afirmado que en el texto reformado en 1993 del artículo 16 se conservó la regla general de que sólo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de aprehensión; y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden del Ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto. El carácter excepcional de la flagrancia deriva de su propia naturaleza: lo normal no es que se pueda sorprender al indiciado en el momento de cometer el crimen o inmediatamente después, cuando es perseguido materialmente o cuando el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con el inculpado en la comisión del delito, o se encuentra en su poder el objeto, instrumento o instrumentos del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito. Lo normal, por el contrario, es que el autor del delito no sea sorprendido *in flagranti*.

Pero también la orden de detención por el Ministerio Público debe tener un carácter excepcional. Ello lo confirma el simple enunciado del párrafo sexto: “sólo en casos

¹²⁹S. García Ramírez, *op. cit.*, nota 94, p. 576. Por una reforma similar también se pronunciaba Zamora Pierce, *op. cit.*, nota 69, pp. 35 y 36.

urgentes” y las tres condiciones a que nos hemos referido, especialmente la tercera. Si sólo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia similar el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que ya debe tener satisfechos todos los requisitos que establece el párrafo tercero del propio artículo 16 para solicitar la orden de aprehensión, pues de otra forma no tendría para qué acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar o circunstancia similar.

La parte final del párrafo sexto impone al Ministerio Público que ordene la detención, el deber de fundar su resolución y expresar los indicios que motiven su parecer. Como hemos señalado, los actos de autoridad regulados de manera específica en el artículo 16 quedan sujetos a los requisitos generales previstos en el párrafo primero y a los particulares que establezca el párrafo o los párrafos que se les apliquen. En este sentido, es evidente que la orden de detención del Ministerio Público debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe provenir de autoridad competente, debe ser entregada físicamente a la persona contra la que se dirija y tiene que estar debidamente fundada y motivada (*supra* 2.1, 2.2 y 2.3).

La fundamentación específica que exige la parte final del párrafo sexto se refiere primordialmente a la primera condición que el mismo párrafo establece para que se pueda dictar la orden de detención: que se trate de delito grave así calificado por la ley. Por su parte, los indicios sólo conciernen a la segunda condición específica que dicho párrafo señala: que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Las circunstancias de hora, lugar o alguna otra similar que impidan al Ministerio Público acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, deben quedar plenamente acreditadas en la resolución, pues de otra forma quedaría al arbitrio de dicho órgano decidir si solicita la orden de aprehensión o si ordena directamente la detención.

No desvirtúa esta interpretación el hecho de que el artículo 193 bis, inciso *a*), del Código Federal de Procedimientos Penales establezca que los indicios también deben acreditar “que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente”, pues si se exigen indicios para acreditar la intervención del indiciado en la comisión de un delito de los calificados como graves, ello no impide sino que supone necesariamente que se debe comprobar la comisión de alguno de esos delitos.

La orden de detención que dicte el Ministerio Público sólo se justifica cuando se cumplen las tres condiciones que exige el párrafo sexto del artículo 16, y la tercera con toda claridad supone que el Ministerio Público cuenta con todos los requisitos para solicitar la orden judicial de aprehensión, pero que no puede acudir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia similar. Así lo interpreta el artículo 193 bis, inciso *b*), del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando prescribe que el Ministerio Público debe acreditar (si bien afirma que mediante indicios) “que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial *para solicitar la orden de aprehensión*”.

La detención por orden del Ministerio Público tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia cuando se satisfagan las condiciones previstas en el párrafo sexto, pero no puede ni debe utilizarse para “continuar o completar una averiguación”, pues es evidente que ésta no es su finalidad. Al igual que cuando se trata de delito flagrante, en los casos de urgencia el juzgador que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Se debe tener presente que el párrafo final del artículo 193 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la violación a dicho precepto, que regula los requisitos de la orden de detención, “hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad”.

Una vez ejecutada la orden de detención, el Ministerio Público tiene un plazo de 48 horas para consignar al detenido a la autoridad judicial o, en su defecto, para ordenar su libertad. Este plazo puede duplicarse, señala el párrafo décimo del artículo 16, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Es claro que desde que se inicie la detención, se deberán hacer saber al indiciado los derechos que le confiere la Constitución y los tratados internacionales, facilitándole las condiciones para su ejercicio, particularmente los señalados en los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código del Distrito Federal.

Por último, es evidente que si el artículo 16 de la Constitución establece que la privación de la libertad por causa penal deberá fundarse, por regla general, en una orden judicial de aprehensión, y sólo por excepción en la flagrancia o en una orden ministerial de detención, cualquier otra forma de privación de la libertad por causa penal distinta de las anteriores, no está autorizada en la Constitución. Tal es el caso del llamado *arraigo*, que no es realmente un arraigo, pues no se limita a ordenar a una persona que no se ausente del lugar sin dejar apoderado debidamente instruido y expensado, sino que se traduce en la reclusión del indiciado en cuartos de hoteles, casas de seguridad o centros de detención, con permanente vigilancia de la autoridad. Aunque las leyes ordinarias autoricen a los jueces para ordenar tal tipo de arraigo, éste es claramente anticonstitucional porque constituye una forma de privación de la libertad que no sólo no está prevista en el artículo 16 de la Constitución, sino que es contraria a las reglas y a los fines de este precepto.

Orden judicial de cateo

En el proyecto de reformas de Venustiano Carranza se contemplaba la necesidad de precisar en las órdenes de cateo el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debía limitarse la diligencia; al concluir ésta, debía levantarse acta circunstanciada, en presencia de los testigos que intervinieran en ella, que serían cuando menos dos personas honorables. La comisión de Constitución en su primer dictamen estimó necesario regular las órdenes de cateo:

Sin duda que las disposiciones que contiene el artículo —afirmaba—, en lo relativo a la práctica de los cateos, pueden estimarse como reglamentarias; pero creemos muy cuerdo establecerlas, porque en la práctica de esas diligencias se han cometido casi siempre no sólo abusos, sino verdaderos atropellos, que importa evitar en lo sucesivo, fijando las reglas esenciales a las que deberán sujetarse en esta materia las legislaciones locales.¹³⁰

Sin embargo, la Comisión introdujo dos modificaciones fundamentales: la primera *reservó de manera expresa a la autoridad judicial*, la facultad de expedir órdenes de cateo; y la segunda estableció que los *dos testigos ante los cuales se debía practicar la diligencia, debían ser propuestos por el dueño del lugar cateado*. El diputado Recio explicó al Congreso la finalidad de esta segunda modificación:

Por eso la comisión ha creído pertinente que sea el propietario de la casa cateada quien proporcione a los testigos, porque seguramente se fijará en las personas de más confianza para él y estos individuos no se prestarán gustosos a firmar un acta levantada al capricho de la autoridad que verifique el cateo, sino que sólo pondrán su firma en lo que verdaderamente les conste. Con esto se evitarán muchísimos abusos y muchos atropellos.¹³¹

En el segundo dictamen, la Comisión de Constitución se refirió a la primera modificación de la siguiente manera:

[...] nos parece oportuno *reconocer terminantemente la inviolabilidad del domicilio*, dejando a salvo el derecho de la autoridad judicial para practicar cateos, mediante los requisitos que la propia Asamblea ha aceptado como necesarios, para librar así a los particulares de los abusos que suelen cometerse en la práctica de tales diligencias.¹³²

El texto que aprobó el Congreso Constituyente de 1916-1917 es el que se encuentra vigente y corresponde al párrafo décimo primero del artículo 16.

Intervención de comunicaciones privadas

En el *DOF* del 3 de julio de 1996 se publicó el Decreto por el que se adicionaron dos párrafos al artículo 16, que pasaron a ser entonces el noveno y el décimo (actualmente, décimo segundo y décimo tercero), por lo que con motivo de esta reforma se recorrieron en orden progresivo los entonces tres últimos párrafos. La primera parte del párrafo décimo segundo establece, como regla general, el *carácter inviolable de cualquier tipo de comunicación privada*, dentro de las cuales quedan incluidas las telefónicas y radiotelefónicas (las cuales se mencionan en forma expresa en la exposición de motivos). La inviolabilidad de las comunicaciones privadas forma parte del *derecho a la intimidad*

¹³⁰ *Diario de los debates cit.* nota 3, tomo I, p. 620.

¹³¹ *Ibidem*, p. 625.

¹³² *Ibidem*, p. 696.

o a la *privacía*, que ya se encontraba implícito en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, en cuanto prevé la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Este derecho ha sido reconocido por los artículos 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero de estos preceptos dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. El artículo 11.2 de la Convención Americana es muy similar.

El párrafo décimo tercero del artículo 16 prevé la posibilidad de que la *autoridad judicial federal* autorice la intervención de cualquier comunicación privada. Esta autorización debía haber quedado prevista como una *excepción* frente a la regla general de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sin embargo, la redacción del párrafo no resulta precisa, pues no regula la autorización de la intervención como una verdadera excepción, sino como una muy amplia posibilidad sujeta a lo que dispongan las leyes ordinarias. El párrafo décimo tercero indica que sólo pueden solicitar la autorización: a) la autoridad federal que faculte la ley, y b) el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente.

Por la amplitud de la redacción del párrafo, dentro de la expresión “autoridad federal que faculte la ley” pueden quedar no sólo el Ministerio Público federal, sino prácticamente cualquier autoridad federal, con la única condición de que la faculte la ley para tal fin. La facultad para otorgar la autorización se atribuye exclusivamente a la “autoridad judicial federal”, es decir, a los órganos del Poder Judicial federal. El problema fundamental de la reforma es el de que no precisó en qué tipo de asuntos y bajo qué condiciones la autoridad judicial federal podrá autorizar o denegar la intervención de las comunicaciones privadas.

El párrafo décimo tercero se limita a señalar que la autoridad competente que solicite la autorización deberá “fundar y motivar las causas legales de su solicitud”, requisito que resulta innecesario por estar ya previsto en el primer párrafo del artículo 16; y agrega que la solicitud deberá expresar “además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración”, datos formales que fácilmente podrá proporcionar la autoridad solicitante.

En vez de precisar en qué tipo de asuntos y para qué fines la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de las comunicaciones privadas, los autores de la reforma prefirieron decir en cuáles materias no se pueden otorgar las autorizaciones: “cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”. Esta exclusión de materias es una forma de eludir la precisión, que tiene, además, el riesgo de omitir materias. ¿En los asuntos agrarios, de seguridad social, familiares y constitucionales, que no están expresamente excluidos, sí podrán autorizarse las intervenciones de las comunicaciones privadas?

Esta grave indeterminación no limita sino propicia intervenciones indebidas en las comunicaciones privadas, que de este modo pueden dejar de ser excepción al derecho a la *privacía* de las comunicaciones privadas que se reconoce al inicio del párrafo

décimo segundo, para convertirse en su abierta negación. Por eso consideramos que la reforma debió haber precisado los requisitos o condiciones mínimas para que la autoridad judicial federal autorizara al Ministerio Público (y sólo a éste) para solicitar la intervención de las comunicaciones privadas, y que dentro de dichos requisitos debió haber incluido los siguientes:

- a) Que se trate de averiguaciones previas sobre delitos que la ley califique como graves;
- b) Que existan pruebas o indicios que señalen la probable participación en tales delitos de la persona contra la que se solicite la intervención;
- c) Que se acredite la necesidad de la medida, por no existir otros medios adecuados o suficientes para averiguar los hechos, pues de lo contrario, una medida que debe tener carácter excepcional se puede convertir en un medio ordinario de investigación, en demérito del derecho a la intimidad, y
- d) Que se registre y documente la ejecución de la medida, para su posterior utilización como medio de prueba.

La actual Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ha estimado que el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas impone la obligación de respetar ese derecho, tanto a las autoridades como a los propios gobernados, por lo que si un gobernado interviene alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso de quienes la entablan, incurre en un ilícito constitucional. En caso de que el gobernado ofrezca como prueba dentro de un juicio civil la grabación de la comunicación obtenida en forma ilícita, el juzgador debe desechar tal prueba por ser contraria a derecho.¹³³

El decreto de reformas y adiciones a la Constitución publicado en el *DOF* del 18 de junio de 2008 modificó lo que fue el párrafo noveno del artículo 16, al cual dividió en los actuales párrafos décimo segundo y décimo tercero. En el párrafo décimo segundo se prevé que cualquier acto que atente contra privacía de las comunicaciones privadas: “excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por algunos de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito”.

Visitas domiciliarias

En el proyecto de reformas de Venustiano Carranza se facultaba a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias, con la finalidad de comprobar el cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía; y se agregaba que dicha autoridad

¹³³Tesis aislada 2ª CLXI/2000, publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, diciembre de 2000, pp. 428-429, COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.

también podía exigir la exhibición de libros y papeles, para comprobar el cumplimiento de las disposiciones fiscales.¹³⁴

En los debates, el diputado Mercado solicitó que se precisara que las visitas sólo podían practicarse “cuando la ley lo ordene y, además, que (las autoridades) no puedan exigir más papeles que aquellos que tienen exacta relación con el objeto de la visita”.¹³⁵ En atención a esta observación, en el tercer dictamen de la Comisión de Constitución se agregó al texto del proyecto, que la autoridad administrativa debía sujetarse “en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos”.¹³⁶ Esta parte del artículo 16 se conserva vigente y corresponde al actual párrafo décimo sexto de dicho precepto.

La materia sobre la que puede recaer la visita domiciliaria no se limita a la verificación del cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía, entendida esta última como vigilancia del orden público, y de las leyes fiscales. La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que este párrafo se refiere a reglamentos de policía en sentido amplio y que los mismos abarcan:

[...] todas aquellas disposiciones dictadas con el objeto de que las autoridades administrativas vigilen la conducta de los particulares, a fin de que ésta se ajuste a las normas legales de orden público y de obediencia obligatoria, previniendo, en tal forma, la alteración de dicho orden.¹³⁷

Por otro lado, la anterior Segunda Sala de la Suprema Corte estableció que, para que una orden de visita domiciliaria cumpla con lo dispuesto por el artículo 16, debe reunir los siguientes requisitos:

1. Constar en mandamiento escrito;
2. Ser emitida por autoridad competente;
3. Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena y el lugar que ha de inspeccionarse;
4. Precisar el objeto que persiga la visita, y
5. Llenar los demás requisitos que fijen las leyes de la materia.¹³⁸

En relación al cuarto requisito, la misma Segunda Sala de la Suprema Corte consideró que, cuando se trate de órdenes de visita que tengan por objeto verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales:

[...] aquéllas deben expresar por su nombre los impuestos cuyo cumplimiento las autoridades fiscales pretenden verificar, pues ello permitirá que la persona visitada conozca

¹³⁴ Cfr. Tena Ramírez, *op. cit.* 41, p. 767.

¹³⁵ *Diario de los debates cit.*, nota 3, tomo II, p. 24.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 261.

¹³⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, 3a. parte, vol. LXXX, p. 43, VISITAS A LOS COMERCIOS.

¹³⁸ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo II, pp. 134-135, tesis 120 VISITA DOMICILIARIA, ORDEN DE. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER.

cabalmente las obligaciones a su cargo que se van a revisar y que los visitadores se ajusten estrictamente a los renglones establecidos en la orden.¹³⁹

La Suprema Corte ha reiterado que la orden de visita, como acto de molestia que es, debe constar en mandamiento escrito de autoridad competente, en el que se exprese el nombre del visitado, el domicilio en el que debe llevarse a cabo la visita y su objeto; pero que también debe indicar los fundamentos y motivos de la orden respectiva, así como el periodo sujeto a revisión.¹⁴⁰ En cuanto a la práctica de las visitas domiciliarias, la Suprema Corte ha estimado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 16, los visitadores deben identificarse con su credencial vigente y que en el acta se deben asentar todos los datos necesarios que permitan una plena seguridad de que el visitado se encuentra ante personas que efectivamente representan a la autoridad que ordena la visita, incluyendo la fecha de las credenciales y el nombre de quien las expide.

Además de todos los datos relativos a la personalidad de los visitadores y su representación;¹⁴¹ que se entregue al visitado el mandamiento escrito que contenga la orden de visita, para que conozca pormenorizadamente su contenido y lo pueda confrontar con las disposiciones aplicables, a fin de preparar una adecuada defensa;¹⁴² que las visitas domiciliarias deben verificarse única y exclusivamente en el domicilio del visitado y la función del visitador debe limitarse a inspeccionar los papeles y libros, sin poder sustraerlos del domicilio en que se actúa¹⁴³ y, en fin, que para que las actas de las visitas domiciliarias tengan validez y eficacia probatoria en juicio, deben haber sido levantadas en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.¹⁴⁴

¹³⁹Tesis de jurisprudencia 7/93 publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 68, agosto de 1993, pp. 13-14, ÓRDENES DE VISITA DOMICILIARIA, REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS. También se publicó en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo VIII, p. 367, tesis 509.

¹⁴⁰Tesis de jurisprudencia 359 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, pp. 385-386, VISITA DOMICILIARIA. LA ORDEN EMITIDA PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA EXPEDICIÓN DE COMPROBANTES FISCALES, DEBE PRECISAR EL PERIODO SUJETO A REVISIÓN.

¹⁴¹*Cfr.* tesis de jurisprudencia 6/89 de la Segunda Sala publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 35, noviembre de 1990, p. 72, VISITAS DOMICILIARIAS. REQUISITOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INSPECTORES QUE LAS PRACTICAN. También se publica en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, p. 390, tesis 363.

¹⁴²El Pleno de la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 31, fracción III, del Reglamento para Establecimientos Mercantiles y Espectáculos Públicos en el Distrito Federal, por prescribir que la orden de inspección sólo se mostraría al visitado. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo III, enero de 1989, 1a. parte, p. 383, ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS EN EL DISTRITO FEDERAL, INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN III, DEL REGLAMENTO PARA, EN CUANTO PRESCRIBE QUE LA ORDEN DE INSPECCIÓN SÓLO SE MOSTRARÁ AL VISITADO.

¹⁴³Tesis de jurisprudencia XCI/92 del Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 59, noviembre de 1992, p. 32, VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 45, FRACCIONES II, V Y VI DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE AUTORIZA A LOS VISITADORES A RECOGER LA CONTABILIDAD PARA EXAMINARLA EN LAS OFICINAS DE LA AUTORIDAD FISCAL ES INCONSTITUCIONAL.

¹⁴⁴Tesis de jurisprudencia 121 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, p. 135, VISITAS DOMICILIARIAS, ACTAS LEVANTADAS CON MOTIVO DE LAS. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito exige que en el acta de la visita domiciliaria se asiente que se requirió al ocupante para que designara a los dos testigos y se indique expresamente si los nombró o se negó a hacerlo; y si, ante la negativa, la autoridad los designó. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, tomo III, p. 582, tesis 772, VISITAS DOMICILIARIAS. TESTIGOS.

Inviolabilidad del domicilio

Como dijimos al inicio del comentario de este artículo, la inviolabilidad del domicilio está garantizada por los párrafos primero (legalidad de los actos de autoridad), décimo primero (órdenes de cateo), décimo sexto (visitas domiciliarias) y décimo octavo, que prohíbe en tiempo de paz a los miembros del Ejército alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponerle prestación alguna. En cambio, este párrafo autoriza a los militares para que, en tiempo de guerra, puedan exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente. Esta disposición tiene sus orígenes en el artículo 7° del proyecto de Constitución de 1856. En el Congreso Constituyente, Ponciano Arriaga expresó que el objetivo de la Comisión de Constitución era “librar al pueblo de los atropellamientos de los militares y que para dar a las tropas posada y bagajes intervenga la autoridad civil”. Pero también señaló que:

[...] en tiempo de guerra es indispensable establecer excepciones: que el servicio de las armas no debe verse bajo un aspecto odioso, sino bajo un carácter honorífico cuando se trata de combatir contra los enemigos de la patria; que en caso de guerra es menester que los ciudadanos todos ayuden al Ejército, y que, aun para entonces, no se quiere que decida la autoridad militar, sino que una ley establezca el modo de dar alojamientos y bagajes, ley que debe establecer el principio de la indemnización.¹⁴⁵

En el Congreso Constituyente de 1916-1917, la Comisión de Constitución expuso razones muy similares a las de Arriaga:

El respeto de las garantías individuales es el fundamento del artículo 26 del proyecto de Constitución, que prohíbe a los militares exigir de los particulares alojamientos u otra prestación cualquiera en tiempo de paz, pues entonces no hay ninguna razón que impida al Gobierno proveer a las necesidades de la clase militar. No sucede lo mismo en tiempo de guerra, en que surgen necesidades fuera de toda previsión y en que la acción del Gobierno no puede alcanzar a satisfacerlas con prontitud y eficacia debidas. En tales casos, es justo que los particulares contribuyan al sostenimiento de la clase a quienes están encomendadas, en primer término, la defensa del territorio y de las instituciones; pero la obligación que entonces se imponga a los particulares, no debe quedar al arbitrio de la misma clase militar, sino ceñirse a los términos de una ley general.¹⁴⁶

Protección de datos personales

El decreto publicado en el *DOF* adicionó el actual párrafo segundo del artículo 16 constitucional, conforme al cual:

¹⁴⁵ *Cfr.* Zarco, *op. cit.* nota 2, pp. 272-273.

¹⁴⁶ *Diario de los Debates, op. cit.*, nota 3, tomo II, p. 89.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

En alguna medida, la protección de los datos personales ya había sido anticipada por el decreto publicado en el *DOF* del 20 de junio de 2007, que adicionó el artículo 6º de la Constitución para establecer los principios y bases a las cuales se deben sujetar la Federación, los estados y el Distrito Federal para respetar el ejercicio del derecho de acceso a la información. En la fracción III se estableció que: “La información que se refiera a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”.

En su sentido amplio, el derecho a la protección de la vida privada y los datos personales, al igual que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, forma parte del *derecho a la intimidad o a la privacidad*, que ya se encontraba implícito en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, en cuanto prevé la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Este derecho ha sido reconocido por los artículos 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero de estos preceptos dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. El artículo 11.2 de la Convención Americana es muy similar.

El párrafo segundo adicionado al artículo 16 reconoce fundamentalmente tres tipos de derechos:

- a) El de acceder a los datos que sobre una persona existan en un registro o banco de datos;
- b) El de solicitar la corrección de datos inexactos o perjudiciales, y
- c) El de manifestar su oposición a que sus datos se utilicen en el registro o banco de datos y a pedir la cancelación de tales datos.

Este conjunto de derechos conforman lo que se ha denominado el *habeas data*.¹⁴⁷ Sin embargo, el propio párrafo adicionado permite que la ley establezca excepciones al tratamiento de los datos personales, “por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

Bibliografía

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, “Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba”, en *Estudios de derecho probatorio*, Chile, Concepción, 1965.

¹⁴⁷Cfr. Marcia Muñoz de Alba Medrano, “Habeas data”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, tomo IV, México, UNAM/Porrúa, 2002, pp. 274-285.

- BERMÚDEZ MOLINA, Estuardo Mario, *La libertad penal. (Cuerpo del delito y responsabilidad penal)*, tesis doctoral, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2001.
- BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales* (1823), trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ejea, 1971.
- BÜLOW, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, Ejea, 1964.
- CORONADO, Mariano (trad.), *Elementos de derecho constitucional mexicano*, Guadalajara, Escuela de Artes y Oficios del Estado, 1899.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, México, Manuel Porrúa, 1970.
- EYMERIC, Nicolau, *Manual de inquisidores*, Madrid, Fontamara, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Jorge Carpizo, *La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975.
- GARCÍA GOYENA, Florencio y Joaquín Aguirre, *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig Editores, 1852.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989.
- , *El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994*, México, Porrúa, 1994.
- GODDING, Philippe, “Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18 siècle”, en Ch. Perelman y F. Foch, *La motivation de décisions des justice*, Bruselas, Établissements Émile Bruylant, 1978.
- LOZANO, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévez, Buenos Aires, Claridad, 1971.
- MONTIEL y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales* (edición facsimilar de la de 1873), México, Porrúa, 1991.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, “Habeas data”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, tomo IV, México, UNAM-Porrúa, 2002, pp. 274-285.
- NOBILI, Massimo, *Il principio del libero convincimento*, Milán, Giuffrè, 1974.
- NUVOLONE, Pietro, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, Padua, 1966.
- OVALLE FAVELA, José, “El sistema de la prueba legal”, en *Boletín del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, 1984.
- , *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- , *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005.
- PALLARES, Jacinto, *El Poder Judicial o Tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, México, Imprenta de Comercio de Nabor Chávez, 1874.
- PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- , *Ethique et droit*, Bruselas, Editions de L'Université de Bruxelles, 1990.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Liberdades públicas e processo penal*, *Revista Dos Tribunais*, Sao Paulo, 1982.
- ROUSSEAU, JEAN, Jacques, *El contrato social*, trad. Enrique Azcoaga, Madrid, Sarpe, 1983.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, Ejea, 1971.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, México, Porrúa, 1999.

- TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padua, Cedam, 1975.
- , “La fisonomía della sentenza in Italia”, en *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padua, Cedam, 1988.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20.
- UBERTIS, Giulio, “Riflessioni sulle prove vietate”, en *Rivista Penale*, Plascencia, 1975.
- VALLEJO, Jaén, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Akal, 1987.
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993.
- VÉSCOVI, Enrique, “Provas ilícitas”, en *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, núms. 13-15, diciembre de 1978-diciembre de 1979, Sao Paulo, 1978 y 1979.
- VOLTAIRE, “Comentario sobre el libro *De los delitos y de las penas por un abogado de provincias*”, en Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968.
- VALLARTA, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales (Votos)*, México, Imprenta particular a cargo de A. García, 1894.
- WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 1990, pp. 503-504.
- ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1957.

Artículo 16

Trayectoria constitucional

16 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 3-II-1983

LII LEGISLATURA (01-IX-1983/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 01-XII-1983/30-XI-1988

Se aumentan dos párrafos al artículo, los cuales antes se ubicaban en los artículos 25 y 26. Se establece en el artículo la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio de particulares por miembros del Ejército en tiempos de paz; en tiempos de guerra los militares sí podrán alojarse y exigir bagajes, alimentos y otras prestaciones.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-XI-1993

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 01-XII-1988/30-XI-1994

Se simplifica la redacción del ahora párrafo segundo del artículo para señalar que no se podrá librar orden de aprehensión sin que se acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Se establece que se sancionará a la autoridad por cualquier dilación de presentación ante el juez de un aprehendido que sea injustificada. Se faculta al Ministerio Público contra cualquier garantía, a que ordene la detención de una persona por temor a que ésta se sustraiga de la acción de la justicia o por delito grave, teniendo que fundar y motivar su proceder. Se afirma que el juez que reciba la consignación en caso de flagrancia deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad. Se concede la facultad al Ministerio Público de retener por 48 horas de arresto constitucional a un indiciado sin orden, investigación previa o reparación del daño en caso de ser inocente; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que se prevea delincuencia organizada.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-VII-1996

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 01-XII-1994/30-XI-2000

Se adicionan los párrafos noveno y décimo; se establece el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como los requisitos a que deben sujetarse las órdenes de intervención que extiende la autoridad judicial federal competente. Además de la procedencia de las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, con las excepciones en las materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral y administrativo, así como en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Del mismo modo se ajustan las intervenciones autorizadas a ciertos requisitos y límites que no prevé la reforma, y se les resta total valor probatorio a las intervenciones que no cumplan con los requisitos constitucionales.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 8-III-1999

LVII LEGISLATURA (1-IX-1997/31-VIII-2000)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se reforma el segundo párrafo del artículo en el que se establece el derecho al debido proceso del indiciado en un proceso penal.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-1997/31-VIII-2000)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se establece el sistema procesal penal acusatorio. Se prevé la creación de un registro inmediato de detención; se incluye la facultad de la autoridad judicial a petición del Ministerio Público, para los casos de delincuencia organizada, de decretar un arraigo constitucional de 40 días. Se funda la definición de delincuencia organizada; se conforman las características de la orden de cateo, así como la aportación de los particulares dentro de un juicio; se prevé la creación de jueces de control y de un registro de comunicaciones entre jueces, ministerios públicos y las demás autoridades del sistema penal judicial.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 1-VI-2009

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se adiciona un segundo párrafo estableciendo la protección de todas las personas respecto de sus datos personales, acceso, rectificación y cancelación de los mismos; se faculta a la ley para establecer las excepciones a los principios que rijan dicho procedimiento ya sea por cuestiones de seguridad nacional, orden público, seguridad, salud públicas o bien para la protección de los derechos de terceros.

Artículo 17

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Los temas abordados por el artículo 17 marcaron una importante diferencia con el antiguo régimen, al prohibir la prisión por deudas y la justicia por propia mano, algo usual en ese entonces; éste último fue un tema de gran relevancia para la conservación del Estado y la vida en sociedad. Más tarde, la teoría sociológica señalaría que este mecanismo fue usado también por el Estado para apropiarse del monopolio del uso de la fuerza.¹ Asimismo, el artículo señala la obligación de los tribunales de expedir justicia en los plazos y términos que fije la ley, además de indicar la gratuidad de su servicio, prohibiendo las costas judiciales. Con esto se buscó crear un sistema de justicia regido por el Estado para la administración de justicia, terminando con la práctica de tomar venganza y justicia por propia mano que alteraban el orden social.

Lo anterior tuvo particular relevancia en las primeras décadas del siglo XIX, cuando se estaba buscando construir y cimentar el Estado nacional. Los primeros antecedentes en la materia los encontramos en la Constitución gaditana, que en 1812 señaló en su artículo 242: “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales”.² El artículo 286 recalcó, además, que las leyes arreglarían la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso fuera formado con brevedad y sin vicios para que los delitos fueran rápidamente castigados. Ligado al contenido de los temas

¹Sobre el tema, véase Juan Bravo Zamudio, “Max Weber y el Estado Moderno”, en Laura Páez Díaz de León (ed.), *La teoría sociológica de Max Weber. Ensayos y textos*, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán-UNAM, 2001, pp. 65-83.

²Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

17

Sumario Artículo 17

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	73
Texto constitucional vigente.	76
Comentario José Antonio Caballero Introducción	77
La prohibición de justicia por propia mano	77
Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.	80
Las acciones colectivas	103
Mecanismos alternativos de solución de controversias	106
Los juicios orales	109
La defensoría pública	111
La prohibición de la prisión por deudas civiles.	112
Bibliografía	115
Trayectoria constitucional	117

tratados en el artículo 17, podríamos considerar el artículo 304 de la mencionada Constitución gaditana, pues prohíbe la confiscación de bienes —algo común en las prisiones— por deudas, llevadas a cabo durante el antiguo régimen.

La creación de un sistema de justicia fue, pues, de suma importancia. La Constitución de Apatzingán de 1814 planteó, por ejemplo, la creación de un Supremo Tribunal de Justicia, en el cual no se pagarían derechos (artículo 202) y se apoyaría a su vez en tribunales inferiores, sujetando toda la expedición de justicia a los tiempos marcados por la ley. El Reglamento Provisional Político, emitido por Agustín de Iturbide ya en el México independiente, reforzó esta medida por la cual la aplicación de las leyes correspondería exclusivamente a los tribunales erigidos por la ley.³ Cuando en 1824 se promulgó la Constitución federalista, quedó asentada de manera mucho más clara la preeminencia de los tribunales y juzgados en materia judicial.

En su sección tercera estableció la conformación de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales de circuito y distrito.⁴ Esto se cimentó en lo decretado el mismo año en el Acta Constitutiva de la Federación, que en su artículo 18 estipuló que todo hombre que habitara en el territorio de la Federación tendría derecho a que se le administrara “pronta, completa, e imparcialmente justicia”. Con ese fin, indicó el texto, la Federación depositaba el ejercicio del Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales que se establecerían en cada estado, quedando a cargo de la Constitución asignar las facultades de dicha Suprema Corte.⁵

Lo señalado hasta entonces permaneció casi sin cambios hasta 1855, cuando Benito Juárez promulgó la Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, Distrito y Territorios. En dicha ley se dividió la Suprema Corte en tres salas y se redistribuyeron las tareas judiciales de los diversos tribunales encargados de atender los asuntos civiles y criminales.⁶ Esta presencia de los tribunales ya no disminuyó y ocuparon un importante lugar en el Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1856 y la propia Constitución de 1857, donde se asentó el párrafo siguiente en el artículo 17:

Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.⁷

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁵Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

⁶Ley Sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, Distrito y Territorios, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1855_150/Ley_Ju_rez.shtml.

⁷Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

En este texto se agregó el derecho de no ser preso por deudas de carácter puramente civil, pues era común que la prisión se llevara a cabo meramente con intención de coerción para el pago de deudas. Este derecho se anticipó en parte en la prohibición de la confiscación de bienes que solía realizarse aun cuando la prisión no llevaba una causa de retribución económica. Asimismo, se ratificó la importancia de los tribunales para evitar los actos de toma de justicia por propia mano.

El texto constitucional prácticamente permaneció vigente el resto del siglo XIX. Incluso durante el Segundo Imperio mexicano el Estatuto Provisional, promulgado por Maximiliano de Habsburgo en 1865, volvió a ratificar que la justicia sería administrada por los tribunales que determinara la ley orgánica.⁸ Tras el fin del Segundo Imperio, la Constitución de 1857 cobró toda su vigencia en el territorio; el artículo 17 pasó casi íntegro a la Constitución de 1917, precisando únicamente que la justicia se aplicaría en los plazos y términos que fijara la ley, y que ninguna persona podría hacer justicia por sí misma. Se mantuvo, como se hizo desde tiempo atrás, el señalamiento de que no existirían costas judiciales.

⁸Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, artículo 15, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

Artículo 17

Texto constitucional vigente

- 17 *Artículo 17.* Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.⁹

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.¹⁰

⁹Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

¹⁰Artículo reformado, *DOF*: 17-03-1987, 18-06-2008 y 29-07-2010.

Artículo 17

Comentario por **José Antonio Caballero**

Introducción

17

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene ocho párrafos. El primero establece la prohibición de la autocomposición. El segundo, la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y el de la gratuidad de la misma. En el tercero se regulan las acciones colectivas. El cuarto se refiere a la existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias. El quinto menciona las reglas sobre la manera en la que las sentencias en juicios orales deben ser dadas a conocer. El sexto alude a la independencia judicial y dispone que las resoluciones jurisdiccionales deban ser ejecutadas. El séptimo contiene las bases para el establecimiento de un servicio de defensoría pública de calidad. Finalmente, el octavo párrafo establece la prohibición del empleo de la prisión para el cobro de deudas de carácter civil.

Para comentar sobre las cuestiones a que se refiere el artículo 17 de la Constitución, he dividido la presente exposición en siete grandes apartados: 1. La prohibición de la justicia por propia mano; 2. El tema de la tutela jurisdiccional efectiva, la gratuidad de la misma y la independencia judicial (segundo y sexto párrafos); 3. Trato el tema de las acciones colectivas; 4. Retomo los mecanismos alternativos de solución de controversias; 5. Trato el tema de la oralidad en la justicia; 6. Me ocupo de la defensoría pública, y 7. Donde hablo de la prohibición de la prisión para el cobro de deudas de carácter civil.

La prohibición de justicia por propia mano

La prohibición de justicia por propia mano, considerada en el artículo 17 de la Constitución, constituye una de las bases fundamentales de la organización del Estado. En efecto, de dicha prohibición se desprende una característica fundamental del Estado, consistente en el monopolio del ejercicio de la fuerza física. Lo anterior se justifica sosteniendo que el Estado es el responsable de mantener el orden y la paz en la sociedad, y el recurso técnico empleado por la teoría para lograr este fin es el reconocimiento del Estado como único titular legítimo del poder. A cambio de ello, el Estado adquiere la obligación de proporcionar el servicio de impartición de justicia, mismo que será comentado en el siguiente apartado. Así, del poder estatal surgen tanto las normas que rigen a la sociedad, como las herramientas para hacerlas efectivas.

En consecuencia, los integrantes de la sociedad, al mismo tiempo que se ven favorecidos por las normas emitidas por el Estado, tienen el deber fundamental de respetarlas. Dentro de este esquema se encuentra el derecho de solicitar la intervención del Estado para que actúe en la protección de los derechos de cada uno de los habitantes de la sociedad, y el deber de cada uno de éstos de abstenerse de reivindicar por sus propios medios cualquier derecho que consideren les ha sido afectado.

En términos generales, la prohibición de la justicia por propia mano se encamina a evitar el surgimiento de la autodefensa.¹¹ La autodefensa se reconoce como un fenómeno que puede desencadenar una serie indeterminada de represalias capaces de acabar con el orden social. Por ello, resulta fundamental que el Estado, mediante su presencia y acción, desactive la perspectiva de la justicia por propia mano en la sociedad.

Sin embargo, la justicia por propia mano no puede entenderse como una norma sin que se admita excepción alguna. Así, el Derecho reconoce situaciones en las que se puede considerar que un acto de autodefensa se encuentra justificado. Uno de ellos es la llamada “legítima defensa”. En estos casos, se entiende que el acto de autodefensa tiene como objetivo repeler una agresión que entraña un peligro inminente en forma inmediata y directa.¹² La legítima defensa tiene asidero en el artículo 10 de la Constitución. Por lo general, la legítima defensa no tiene una regulación concreta.¹³ Su ámbito se encuentra mucho más sujeto a las circunstancias específicas del caso de que se trate, en donde los juzgadores deberán determinar si los requisitos de la legítima defensa se satisfacen.

Una institución muy cercana a la de la legítima defensa, es la de la detención ciudadana, regulada por el artículo 16 constitucional. En estos casos, se faculta a las personas a actuar en sustitución temporal de las autoridades del Estado para perseguir a una persona a la que se le atribuye la comisión de un delito. La autorización constitucional requiere de la existencia de flagrancia y exige que el detenido sea puesto inmediatamente a disposición de las autoridades del Estado.

¹¹Aquí empleo el término “autodefensa” bajo la formulación de Niceto Alcalá y Zamora.

¹²Una tesis de Novena Época nos proporciona los elementos: LEGÍTIMA DEFENSA. Del artículo 13, fracción III, del Código Penal sonorense, se aprecian como elementos de la legítima defensa: a) existencia de una agresión real, actual, sin derecho; b) un peligro inminente derivado de ésta, y c) una repulsa, rechazo o defensa proporcionada a la agresión; por lo tanto, para que se tenga por existente dicha excluyente, deben estar reunidos tales elementos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, núm. 86-1, febrero de 1995, Tesis: V. 2o. J/114, p. 37. En sentido análogo: LEGÍTIMA DEFENSA. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD CONSISTENTE EN LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XV, enero de 1995, Tesis: XX. 271 P, p. 256.

¹³La legislación federal y de las entidades federativas establecen requisitos para su configuración. Así, la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal establece que el delito se excluye cuando: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Una discusión reciente en México tiene que ver con la presencia de actos colectivos de justicia por propia mano, como el linchamiento o el establecimiento de autodefensas. En el primer caso, se trata de una respuesta completamente al margen de la institucionalidad exigida por el artículo 17 constitucional. El argumento de legítima defensa desaparece ante la ausencia de cualquier tipo de proporcionalidad en la acción de la colectividad. De esta manera, cuando un presunto delincuente es detenido y castigado por la turba, no existe elemento alguno que permita justificarlo como legítima defensa.

El caso de las autodefensas plantea problemas más complejos. Aquí la postura de los grupos que las defienden parte de la existencia de situaciones *de facto*, en donde poblaciones enteras se encuentran sometidas por episodios de violencia generalizada. La queja de la población tiene que ver con la incapacidad del Estado para proveerlos de seguridad. Ante esta omisión, justifican la existencia de ciudadanos organizados y armados al margen de las instituciones del Estado. El argumento aquí es simple: las autodefensas no suplantán al Estado en la función de seguridad pública, simplemente realizan una función que el Estado es omiso en cumplir. Bajo esta perspectiva, la suplantación del Estado es la que está prohibida, no así la actuación subsidiaria como resultado de la ausencia del Estado. Los tribunales todavía no establecen una postura sobre esta cuestión.¹⁴

En el caso de las autoridades no jurisdiccionales mexicanas, la actitud ha sido errática. En 2014 el Gobierno federal intervino en el estado de Michoacán.¹⁵ Uno de sus aparentes objetivos era la desmovilización de los grupos de autodefensa existentes.¹⁶ Sin embargo, el discurso de las fuerzas federales nunca fue claro. En ocasiones se hablaba de grupos de autodefensa que operaban al margen de la ley y que serían perseguidos penalmente. En otros casos se optaba por negociar con ellos y establecer mecanismos para su institucionalización. El estado de Guerrero y, en menor medida, otras comunidades del país, también experimentan fenómenos análogos. En estos eventos tampoco existe una postura clara de los gobiernos estatales o del federal.

En todo caso, la proscripción de la justicia por propia mano es una cuestión que implica un esfuerzo por la generación de paz social, basado en una abstención de los habitantes de la sociedad al empleo de la violencia, pero que al mismo tiempo exige que el Estado tenga capacidad de actuar en sustitución de aquéllos, para hacer guardar el orden y la seguridad en la sociedad. Por ello, la prohibición de la llamada autodefensa necesariamente tiene como consecuencia que el Estado garantice el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

¹⁴En el Perú, por ejemplo, la Comisión de la Verdad consideró que las comunidades tienen un derecho a la autodefensa, aunque también reconoció los problemas que trae consigo la proliferación de este tipo de grupos. Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, Perú, agosto de 2003, “Conclusiones Generales del Informe Final de la CVR”, sección III, apartado C., párr. 65, 66 y 67.

¹⁵Véase decreto por el que se crea la Comisión para la Seguridad y el Desarrollo Integral en el Estado de Michoacán, publicado el 15 de enero de 2014, y decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación y se abroga el diverso por el que se creó la Comisión para la Seguridad y el Desarrollo Integral en el Estado de Michoacán, publicado el 25 de septiembre de 2009.

¹⁶Un ejercicio de documentación del fenómeno en: Jorge Valdivia García, “Autodefensas de Michoacán, en la encrucijada”, en *Análisis Plural*, primer semestre de 2014, Tlaquepaque, Jalisco, ITESO.

Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El segundo párrafo del artículo 17 establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a la gratuidad de dicho servicio. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a un tribunal del Estado para solicitar que intervenga en una controversia sobre la reclamación de un derecho o el cumplimiento de una obligación, y que su petición sea admitida, procesada y resuelta en un lapso breve, así como que el tribunal actúe con imparcialidad en la tramitación y resolución de la controversia, y que además la sentencia que emita resuelva todo lo planteado en la controversia y se cumpla.¹⁷

Desde una perspectiva que atiende a criterios de igualdad y equidad, los tribunales han optado por ampliar los alcances del concepto de acceso, con la intención de mejorar la calidad del acceso para cierto tipo de grupos que se estiman vulnerables. Así, en el caso de las mujeres se introducen criterios para juzgar con perspectiva de género.¹⁸ También hay criterios que buscan promover el acceso para la población indígena.¹⁹

De la anterior definición se desprenden varios elementos que serán tratados por separado. En primer lugar, me referiré al concepto de acceso a la justicia derivado del mandamiento constitucional que dispone que: el Estado debe hacer justicia a todo aquel que lo solicite. Posteriormente, me ocuparé de las cualidades que el constituyen-

¹⁷Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece diversos principios que integran aquel derecho público subjetivo, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales. La garantía individual o el derecho público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. Justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición, de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes; 2. Justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario; y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. Justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y 4. Justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si dicha garantía está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla, lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran, son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales; es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, con independencia de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales. *Novena Época*, Segunda Sala, SJF, XV, mayo de 2002, p. 299, Tesis: 2.ª L/2002.

¹⁸ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Registro: 2011430, Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro 29, abril de 2016, tomo II, 1.ª/J. 22/2016 (10.ª), p. 836.

¹⁹INDÍGENA CON CARÁCTER DE INCLUPADO. LA RECOPIACIÓN OFICIOSA DE AQUELLOS ELEMENTOS QUE PERMITAN VALORAR SUS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO AL PLENO ACCESO A LA JURISDICCIÓN, ES PARTE DE LAS FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO, POR LO QUE LA OMISIÓN DEL JUZGADOR DE LLEVARLA A CABO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES ESENCIALES DE ÉSTE QUE AFECTA A LAS DEFENSAS DE AQUÉL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, tomo III, Tesis: I.6o.P35 P (10.ª), p. 1830.

te exige que tenga el proceso de administración de justicia. Es decir, que el servicio de administración de justicia sea gratuito, pronto, completo e imparcial.

El acceso a la justicia

Desde una perspectiva contemporánea, el acceso a la justicia se traduce en la obligación del Estado consistente en garantizar que todas las personas que lo requieran puedan someter sus conflictos a los tribunales, en condiciones de equidad, y que las respuestas que obtengan de estos últimos resuelvan los conflictos en forma efectiva, tanto para los individuos involucrados como para la sociedad en general (Cappelletti y Garth, 1978).

Una primera consecuencia que se desprende de la anterior definición, es la que indica que la administración de justicia no es una cuestión que solamente implica a las partes involucradas en un litigio en particular, sino que cada juicio interesa también a la sociedad en general.²⁰

Tradicionalmente, la concepción del juicio como una actividad que involucra a tres partes —actor, demandado y juez—, ha llevado a concebirlo como una cuestión que corresponde esencialmente al ámbito privado de las personas. Bajo ese esquema, pareciera que la sociedad en general no tiene por qué tener interés en conocer la forma en la que un juez resuelve un juicio, cuya sentencia únicamente afecta a los particulares involucrados en el mismo.

Sin embargo, esta concepción representa una postura excesivamente estrecha sobre el papel de la justicia en un Estado de derecho. Cualquier proceso jurisdiccional involucra la aplicación del Derecho y sus efectos informan al resto de la sociedad sobre la manera en la que el Derecho es llevado a la realidad cotidiana. El conocimiento de los resultados de los procesos contribuye a fortalecer la confianza en el aparato que administra justicia, permite establecer con claridad los alcances de las normas a través de su aplicación jurisdiccional, proporciona información a la sociedad sobre las condiciones en las que se protegen derechos, se obliga al cumplimiento de obligaciones y contribuye a dar un cauce institucional a los conflictos generando paz en la sociedad.

Es por ello que el análisis de una sentencia, como una expresión jurisdiccional que solamente tiene efectos sobre las partes involucradas en el proceso, proporciona una caracterización muy limitada del proceso jurisdiccional que no alcanza a comprender todos los efectos de la justicia para el adecuado funcionamiento del Estado de derecho.

Una segunda consecuencia es que el acceso a la justicia se proyecta como un derecho fundamental, en tanto que constituye el mecanismo idóneo para que los justiciables soliciten la intervención de los tribunales para la protección de todos sus de-

²⁰El principio de publicidad ilustra claramente esta cuestión. Bajo este criterio, la publicidad es el medio que busca garantizar que no existan arbitrariedades durante el desarrollo de los procesos. La publicidad de los juicios está garantizada en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 8 de la Convención Americana lo reconoce en materia penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha extendido las garantías de dicho artículo a todas las materias. Véase caso “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”. Sentencia del 13 de octubre del 2011, párrs. 118 y 119.

rechos.²¹ De esta manera, la obligación de los Estados, consistente en ofrecer una tutela jurisdiccional efectiva, aparece como una consecuencia necesaria del proceso de articulación de un Estado de derecho, en tanto que los tribunales son las instancias encargadas de definir los alcances de las normas que regulan el funcionamiento de toda la construcción estatal. Así los ciudadanos piden al Estado el cumplimiento de la ley o de la protección de un derecho mediante el planteamiento de demandas ante los tribunales.

Habida cuenta del carácter del acceso a la justicia como un derecho fundamental, cobra importancia el análisis de las condiciones en las que éste se produce. Desde una perspectiva estrictamente formal, el acceso a la tutela jurisdiccional se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución. Sin embargo, la sola existencia de una garantía formal no parece suficiente para asegurar un debido acceso.

Evidentemente, este diseño parte de la idea de que todo ciudadano es capaz de conocer y usar los mecanismos existentes para reivindicar sus derechos. Las ideas que inspiraron a las primeras codificaciones así parecen establecerlo cuando hablan de la necesidad de elaborar normas claras y simples, susceptibles de ser entendidas por todos los ciudadanos. Incluso, se llegó a hablar de la posibilidad de reducir el papel de los abogados en la producción y aplicación del derecho, bajo la idea de un ordenamiento accesible.

Sin embargo, la generación de ordenamientos viables ha probado ser un ejercicio mucho más complejo de lo que originalmente se había previsto. Las leyes contemporáneas y los procesos que regulan su aplicación revisten una especial complejidad. A pesar de ello, los principios que rigen el funcionamiento del sistema parecen seguir estando inspirados en el establecimiento de un orden normativo simple. En el caso del acceso a la justicia, esta cuestión es fácil de ilustrar. Si se considera que el Estado cumple con su obligación de garantizar el acceso a la justicia con el establecimiento de tribunales, se espera que los ciudadanos tengan capacidad de acceder a los mismos para plantear ahí sus demandas. Sin embargo, los tribunales *per se* no están preparados para escuchar directamente las demandas de los ciudadanos. Para hacerlo, requieren de la existencia de abogados capaces de traducir los intereses de las personas a un lenguaje jurídico susceptible de ser escuchado por los tribunales. A pesar de los múltiples intentos por simplificar el lenguaje de los tribunales y por abrir el acceso a la justicia, el ideal de justicia sin tecnicismos y complejidades está muy lejos de ser alcanzado.²²

Estas circunstancias hacen que se produzca una diferencia considerable entre lo que las reglas, que establecen el acceso a la tutela jurisdiccional, parecen decir (re-

²¹En relación con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: “Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, caso “Castillo Páez vs. Perú”, Fondo, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 82.

²²Una tesis en donde se enfatiza la necesidad de emplear un lenguaje claro y simple: SENTENCIA CON FORMATO DE LECTURA FÁCIL. EL JUEZ QUE CONOZCA DE UN ASUNTO SOBRE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, DEBERÁ DICTAR UNA RESOLUCIÓN COMPLEMENTARIA BAJO DICHO FORMATO, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 1, diciembre de 2013, tomo I, Tesis: 1.ª CCCXXXIX/2013 (10.ª), p. 536.

quisitos formales) y la manera en la que el acceso se produce en la realidad (condiciones materiales). Si bien el acceso se ha facilitado considerablemente, todavía es necesario revisar con cuidado sus alcances efectivos y la forma en la que puede ser garantizado para todos los justiciables.²³

Los obstáculos para el acceso a la justicia

Para explicar la división entre los ámbitos formal y material, se habla de las barreras para acceder a la justicia. En efecto, se analizan los requisitos de hecho y de derecho necesarios para que las personas puedan hacer uso del servicio de administración de justicia.²⁴ El conjunto de estos requisitos ha sido identificado como los obstáculos o barreras para acceder a la justicia. Entre ellas se distinguen los obstáculos de carácter: técnico, económico, temporal, geográfico y cultural.

Obstáculos técnicos

Los obstáculos técnicos son aquellos derivados de la propia naturaleza de los procesos jurisdiccionales. Son las normas establecidas para regular la forma en que los conflic-

²³Probablemente el ejemplo más claro del debilitamiento de la concepción formal del acceso se encuentra en la justicia penal, donde las garantías procesales muy pronto establecieron la necesidad de que los acusados contaran con una defensa adecuada ante el reconocimiento de las dificultades que se presentan para que los acusados se defiendan por sí mismos.

²⁴No todos los obstáculos son necesariamente negativos. La tesis siguiente hace un razonamiento al respecto: DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. SU CONTENIDO ESPECÍFICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA EXISTENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA ACCIÓN. DE LA TESIS DE JURISPRUDENCIA DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1.ª/J. 42/2007 (1) DE RUBRO: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.", deriva que el acceso a la tutela jurisdiccional comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos que lo integran: 1) una previa al juicio, a la que atañe el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) otra judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso, y 3) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél. En estos términos, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción debe entenderse como una especie del diverso de petición, que se actualiza cuando ésta se dirige a las autoridades jurisdiccionales, motivando su pronunciamiento. Su fundamento se encuentra en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual corresponde al Estado mexicano impartir justicia a través de las instituciones y procedimientos previstos para tal efecto. Así, es perfectamente compatible con el artículo constitucional referido, que el órgano legislativo establezca condiciones para el acceso a los tribunales y regule distintas vías y procedimientos, cada uno de los cuales tendrá diferentes requisitos de procedencia que deberán cumplirse para justificar el accionar del aparato jurisdiccional, dentro de los cuales pueden establecerse, por ejemplo, aquellos que regulen: i) la admisibilidad de un escrito; ii) la legitimación activa y pasiva de las partes; iii) la representación; iv) la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente; v) la competencia del órgano ante el cual se promueve; vi) la exhibición de ciertos documentos de los cuales depende la existencia de la acción, y vii) la procedencia de la vía. En resumen, los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia de una acción, varían dependiendo de la vía que se ejerza y, en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso sometido a su potestad y pueda resolverla, determinando los efectos de dicha resolución. Lo importante en cada caso será que para poder concluir que existe un verdadero acceso a la jurisdicción o a los tribunales, es necesario que se verifique la inexistencia de impedimentos jurídicos o fácticos que resulten carentes de racionalidad, proporcionalidad o que resulten discriminatorios. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, publicación: viernes 8 de julio de 2016, 10:15 h, Tesis: 1.ª CXCIV/2016 (10.ª).

tos pueden ser planteados ante los jueces. Idealmente, los obstáculos técnicos están diseñados para asegurar que las personas obtengan justicia y al mismo tiempo evitan que se haga un mal uso de la administración de justicia.

De esta manera, las reglas que regulan el acceso a la jurisdicción establecen condiciones para permitir que los juicios inicien o que los jueces desechen los casos sin entrar a conocer sus características de fondo.

Los obstáculos técnicos empiezan al establecerse que los asuntos deben estar en condiciones de ser vistos por un juez, antes de que el juicio se inicie efectivamente. Detrás de esta regulación se encuentra la necesidad de establecer un balance entre el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional y la necesidad de garantizar que el aparato de administración de justicia funcione con eficiencia y eficacia.

Se trata de evitar que las personas abusen de la jurisdicción al marginar los asuntos que puedan solucionarse fuera del sistema e impedir que se inicien asuntos irrelevantes. Un ejemplo de esto podría ser el llamado principio de “definitividad”, el cual exige que se agoten todas las instancias extrajudiciales antes de permitir que se inicie un proceso judicial.²⁵

Asimismo, existen obstáculos técnicos con los que se tiene la seguridad de que quien inicia un juicio está interesado en el mismo. Teóricamente, estas reglas excluyen de la jurisdicción a todo aquel que no tiene una causa legítima para ejercer el derecho a la tutela jurisdiccional. En principio, la regla puede resultar adecuada para evitar que la administración de justicia se colapse con asuntos en los que alguna de las partes no parece tener una razón que justifique su interés por litigar.

No obstante, dichas reglas pueden terminar por cerrar el acceso a la tutela jurisdiccional a muchos interesados en reivindicar derechos que consideran legítimos.²⁶ De esta manera, el diseño de la legitimación activa puede terminar por convertirse en un obstáculo para acceder a la justicia.²⁷

En tercer lugar aparecen las reglas con los términos que permiten presentar demandas e interactuar durante el juicio. Partiendo de la idea de que se requiere construir seguridad jurídica y de que es necesario que los procesos resulten lo más eficientes posible (economía procesal), se han determinado tiempos para presentar demandas, ofrecer pruebas y presentar recursos. Transcurridos éstos, las partes pierden el derecho a hacer uso de los mismos. No obstante, la regulación de los tiempos, así como el régimen de las prescripciones y las caducidades, pueden terminar generando importantes barreras para el establecimiento de un régimen accesible.

²⁵Esta cuestión puede resultar especialmente cuestionable en algunas materias. Por ejemplo, en materia administrativa la obligación de agotar el recurso administrativo puede resultar gravosa para el ciudadano si éste no tiene confianza en la instancia administrativa encargada de resolver su recurso.

²⁶El Comité de Derechos Humanos estimó que las limitaciones en la legitimación procesal activa que afectan a la mujer en el caso de acciones relacionadas con bienes propiedad del matrimonio violan su derecho de acceso a la tutela jurisdiccional. Comité de Derechos Humanos. Caso “Ato de Avellanal vs. Perú”. Comunicación No. 202/1986, 31/10/88, párr. 10.1 y 10.2.

²⁷Hasta las reformas de los últimos años (amparo e intereses colectivos), las alternativas de los litigantes en México eran muy limitadas. Por una parte, el amparo se limitaba a través de la necesidad de acreditar el interés jurídico. Por otra parte, no existían vías procesales para reivindicar intereses colectivos.

En las tres situaciones anteriores resulta muy importante la forma en que los jueces interpretan la legislación vigente y deciden sus efectos. Las actitudes pueden ser muy variadas. Mientras algunos jueces se muestran accesibles a permitir que el mayor número de asuntos inicie o se mantengan en juicio, existen otros que intentan liberarse de los asuntos al amparo de cualquier regla procesal.²⁸ En realidad, este tipo de actitudes constituye por sí sola un obstáculo para el debido acceso a la tutela jurisdiccional.²⁹

Por último, es preciso considerar que si bien los obstáculos de carácter técnico normalmente se expresan a través de reglas específicas, se debe aceptar que la complejidad propia del Derecho representa en sí misma un obstáculo. Consecuentemente, la necesidad de traducir a un lenguaje jurídico cualquier tipo de reivindicación implica, por sí sola, un obstáculo de carácter técnico para los justiciables. Generalmente, los propios ordenamientos jurídicos reconocen esta necesidad y establecen que debe ser resuelta a través del empleo de un abogado.³⁰

Pero a pesar de que la complejidad técnica, característica del Derecho, se identifica como el origen de los principales obstáculos técnicos, no parece viable inclinarse por posturas que abogan por la simplificación del Derecho en forma acrítica. La complejidad técnica también puede presentarse como un elemento necesario para el ade-

²⁸Dos explicaciones para justificar esta actitud es que la misma puede ser el resultado de tribunales que enfrentan cargas excesivas de trabajo o de jueces poco interesados en conocer asuntos delicados. No obstante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido. “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione* hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”. Caso 10,194, Narciso Palacios (Argentina), Informe 105/99, 29 de septiembre de 1999, párrs. 60 y 61.

²⁹Ejemplo de ello puede ser la tesis siguiente en donde se niega la posibilidad de que un representante autorizado en términos de la legislación ordinaria interponga un amparo a favor de su representado. AUTORIZADO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CARECE DE FACULTADES PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2./J. 199/2004). El artículo 5, último párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, permite que el actor en el juicio contencioso o su representante legal, autorice por escrito a un licenciado en derecho para que a su nombre reciba notificaciones, quien podrá elaborar promociones de trámite, rendir pruebas, presentar alegatos e interponer recursos. Por su parte, el artículo 13 de la Ley de Amparo señala que cuando alguno de los interesados tenga reconocida su personalidad ante la autoridad responsable, ésta será admitida en el juicio constitucional para todos los efectos legales, siempre que se compruebe tal circunstancia con las constancias respectivas. Ahora, de esta última disposición no deriva que el autorizado para oír notificaciones tenga atribuciones para promover juicio de amparo directo en representación de su autorizante, ya que conforme a la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada y tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso debe aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; todo lo cual significa que únicamente el directamente afectado con alguna determinación jurisdiccional puede demandar la protección de la Justicia Federal, principio que la legislación reglamentaria de dicho precepto constitucional señala al disponer en su artículo 4, que el juicio de amparo sólo podrá seguirlo el agraviado, su representante legal o su defensor, personas estas últimas que en todo caso podrían ser reconocidas en términos del citado artículo 13 para efectos de la promoción del juicio de amparo directo, pero no los autorizados para oír notificaciones, cuya participación se limita a la defensa del actor exclusivamente en la jurisdicción ordinaria. Décima Época, Registro: 2001581, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, septiembre de 2012, tomo II, Tesis: 2./J. 90/2012 (10.), p. 1176.

³⁰En ocasiones, es posible incluso encontrar ejemplos normativos donde la comunicación con las instancias encargadas de administrar justicia tiene que estar respaldada por la firma de un abogado. Ejemplo de ello es la legislación procesal civil española. Una disposición semejante se encontraba en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, pero fue declarada inconstitucional. Véase el apartado relativo al derecho a la defensa para consultar dicha resolución.

cuado funcionamiento del sistema jurídico.³¹ Queda abierta la pregunta sobre el diseño de un sistema en donde la complejidad técnica sea limitada, al mismo tiempo que se garanticen otras necesidades del sistema. En particular, parece interesante explorar las ventajas que se pueden obtener del diseño de procedimientos en los que las partes no requieran de asistencia profesional.

Obstáculos económicos

Los obstáculos económicos son todos aquellos costos que los justiciables deben afrontar para acceder a la tutela jurisdiccional. Dichos costos no se reflejan exclusivamente en dinero, también pueden expresarse mediante el tiempo requerido para buscar a un abogado o para presentarse ante un tribunal. En consecuencia, los obstáculos económicos son una barrera que dificulta el acceso a la justicia de prácticamente todos los justiciables.

En primer lugar, destacan los problemas de los costos relacionados con los litigios. En ellos sobresalen las costas judiciales. A pesar de que la Constitución prohíbe expresamente la existencia de costas judiciales,³² los litigantes deben hacerse cargo de muchos otros gastos relacionados con la tramitación de sus juicios. Al efecto, conviene mencionar el pago de copias y de otras cuestiones que se suscitan durante la tramitación de los procesos.³³

En algunas ocasiones el desahogo de pruebas puede resultar gravoso. Tal es el caso del pago de los honorarios de los peritos. En cuanto a los abogados, es necesario considerar el pago de los honorarios por los servicios prestados. En ocasiones, las costas también implican el pago de los costos incurridos por la otra parte del litigio. Esta situación se puede presentar cuando la ley (o el tribunal) penaliza a una de las partes por haber iniciado o haber mantenido un juicio sin una causa legítima. No obstante, este modelo tiene una versión más drástica donde la parte que pierde absorbe los gastos del juicio, al margen de los méritos de su posición.³⁴

El tiempo puede ser analizado como una barrera económica para el acceso. Y representa un costo para las partes, puesto que les exige distraer su atención de otros asuntos para dedicarla al litigio. De esta manera, debe atenderse al tiempo que ocupan las partes en buscar un abogado. Asimismo, hay que computar el tiempo que invierten en acudir a los juzgados y en atender todas las cuestiones relacionadas con el litigio.

³¹El tema de la complejidad del derecho se plantea en forma recurrente como un obstáculo para el acceso. Los debates en torno a la codificación en los siglos XVIII y XIX intentaron enfrentar esta cuestión y propusieron la simplificación del derecho. Sin embargo, los esfuerzos hasta el momento no han sido exitosos.

³²Véase apartado 2 de esta sección.

³³Aquí un caso en donde se exime al justiciable del pago de las copias. ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. A FIN DE RESPETAR ESE DERECHO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SI AL PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO, EL QUEJOSO MANIFIESTA QUE POR ENCONTRARSE PRIVADO DE SU LIBERTAD, ESTÁ IMPEDIDO PARA CUBRIR EL COSTO GENERADO PARA OBTENER LAS COPIAS CORRESPONDIENTES, ÉSTAS DEBEN EXPEDIRSE GRATUITAMENTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 7, junio de 2014, tomo II, Tesis: I.7o. p. 21, p (10), p. 1549.

³⁴El Comité de Derechos Humanos ha considerado que los sistemas donde el perdedor necesariamente asume los costos de la contraria, pueden violar el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional. Véase caso "Äärelä and Näkkäläjärvi vs. Finlandia". Comunicación 779/1997, 24/10/01, párr. 7.2.

El tiempo también tiene implicaciones económicas cuando se analizan los procesos. Es decir, adquiere relevancia establecer el tiempo que demora un juzgado en producir una sentencia. En ocasiones, la excesiva tardanza en el dictado de una sentencia puede provocar que ésta resulte inoportuna o terminar por reducir sus efectos. En ambos casos, se afecta el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional.³⁵

Finalmente, un aspecto que también debe ser abordado en relación con las barreras económicas, es el relativo a la existencia de requisitos procesales que exigen la presentación de garantías para poder iniciar un juicio o para interponer un recurso. Si bien en estos casos nuevamente debe contrastarse el derecho a la tutela jurisdiccional con otros derechos cuya tutela también puede resultar fundamental,³⁶ la construcción de barreras económicas para el acceso a la jurisdicción o para el acceso a un recurso, implica necesariamente una limitación del derecho a la tutela jurisdiccional.

Los modelos que establecen este tipo de exigencias de carácter económico, como prerequisite para litigar, pueden ser extendidos o limitados. En el primer caso se trata de aquellos modelos que exigen la presentación de garantías para iniciar un litigio. En el segundo, se refiere a los mecanismos exigidos para evitar que una providencia se ejecute mientras ésta es revisada.³⁷ Estos casos pueden tener una justificación más clara toda vez que en ocasiones buscan evitar el abuso en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y en la solicitud de medidas cautelares. Dicho más claramente, las barreras económicas plantean la necesidad de que las partes cuenten con recursos para poder hacer efectivo su derecho de acceso a la tutela jurisdiccional.

Obstáculos culturales

Las barreras culturales para el acceso a la justicia se refieren a todas aquellas condiciones que afectan la forma en la que, tanto individuos como grupos sociales, acceden

³⁵El reporte *Doing Business* del Banco Mundial (2016) contiene una medición sobre eficacia en el cobro de contratos cuyos parámetros miden la capacidad de los poderes judiciales para procesar el cobro de una deuda.

³⁶Incluso puede pensarse en la fianza o la garantía como un mecanismo para disuadir a un eventual apelante interesado en interponer un recurso notoriamente infundado. Es decir, el establecimiento de este tipo de mecanismos como una herramienta para evitar el abuso de un derecho.

³⁷SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. EL ARTÍCULO 28, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE PREVÉ LOS CASOS EN QUE PUEDE SOLICITARSE, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA. El artículo 28, primer párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, al establecer que el demandante podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado cuando la autoridad ejecutora la niegue, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución, no transgrede la garantía de acceso a la justicia contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no condiciona dicha suspensión a la acción de la autoridad demandada, sino que se estructuró sobre la presunción de un requisito razonable para que un órgano jurisdiccional decida sobre la paralización de un acto que ha sido negado por aquella autoridad, consistente en que el interesado en suspender la ejecución del acto administrativo haya exteriorizado su intención al presentar la solicitud respectiva ante la autoridad ejecutora y que ésta se haya negado a concederla. Además, el indicado precepto prevé una oportunidad adicional para que se revise la negativa de la suspensión, siempre que tal pretensión, como se estableció, se haya exteriorizado por el interesado, lo cual presupone un actuar lógico indispensable de éste para que el Magistrado se pronuncie en el juicio contencioso administrativo, toda vez que no puede decidir sobre una cuestión que no le ha sido planteada. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, julio de 2008, Tesis: 2.º/J. 107/2008, p. 518.

a la tutela jurisdiccional o intentan hacerlo. En realidad son muchos los factores que influyen para que los ciudadanos determinen si tienen capacidad de reconocer y las condiciones de reivindicar sus derechos. De esta manera, cuestiones como el nivel educativo, el origen, el género, la posición social, las relaciones y otros, se combinan para producir una capacidad específica para acceder a la tutela jurisdiccional.

Un primer punto de partida para revisar las barreras culturales al acceso a la justicia, se plantea cuando se revisa el nivel de conocimientos jurídicos de la población. En general, los niveles son muy bajos. De esta manera, no sólo es necesario garantizar que las personas puedan llegar a los tribunales, sino también se debe contribuir a que puedan identificar sus derechos.³⁸

Por otro lado, la desconfianza hacia los abogados y las percepciones negativas del sistema jurídico, también contribuyen a mantener alejada a la población de los tribunales.³⁹ La operación ordinaria del sistema de justicia parece ser poco permeable al impacto negativo que algunas de sus facetas tienen en la sociedad. Parece ser que los operadores de la justicia se desenvuelven en un ámbito ajeno al de los usuarios. Este fenómeno genera un importante distanciamiento que, necesariamente, repercute sobre las condiciones en las que se puede acceder a la jurisdicción.

Adicionalmente, debe considerarse que el sistema de justicia no siempre está preparado para atender las necesidades específicas de los justiciables. En las instituciones del Poder Judicial escasean intérpretes y en general no se tienen servicios especiales para atender grupos vulnerables. Estas deficiencias son una clara consecuencia de planteamientos, donde se establece que el deber de garantizar la tutela jurisdiccional se satisface con la apertura de instancias jurisdiccionales. Cada vez resultan más claras las limitaciones de dichos planteamientos. Un acceso efectivo a la tutela jurisdiccional requiere de políticas pensadas en las necesidades de los usuarios y no en las necesidades de las instituciones.

La justicia gratuita

La justicia gratuita es una disposición que se encuentra dentro de la tradición constitucional mexicana desde el llamado Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814 (artículo 202). Posteriormente, dicha garantía se estableció en el artículo 17 de la Constitución de 1857, y se mantiene vigente en la Constitución de 1917. Desde una perspectiva comparada, la posición del constitucionalismo mexicano plantea la existencia de un derecho general.

³⁸El planteamiento clásico de esta postura en Felstiner, *et al.*, 1981.

³⁹Los resultados de las encuestas de confianza pública en las instituciones de justicia indican que prevalece una alta desconfianza de las personas hacia las instituciones, Vease INEGI, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública* (ENVIPE, 2015), Principales Resultados, INEGI, septiembre 30 de 2015, disponible en http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/envipe2015/doc/envipe2015_presentacion_nacional.pdf.

A diferencia del caso mexicano, existen otros ordenamientos que se inclinan por el establecimiento de excepciones al cobro por el servicio de justicia. Este tipo de disposiciones establecen que la justicia gratuita solamente será otorgada a aquellos que así la requieran.⁴⁰ El debate sobre la adopción de uno y otro modelo suscita importantes cuestiones. En el caso de un modelo de carácter general como el mexicano, se privilegia el acceso de todas las personas sin establecer limitaciones. Esto necesariamente implica que el acceso será gratuito, incluso para aquellos que no lo requieren. Así, un breve vistazo a los listados de asuntos que se tramitan en los tribunales mexicanos nos puede indicar quiénes son los que se ven favorecidos por la justicia gratuita.⁴¹

El modelo de acceso gratuito restringido, en cambio, permite dar el beneficio de acceso a quien efectivamente lo requiere, permitiendo que los recursos públicos sean mejor empleados. No obstante, al establecer una regla que defina quiénes califican para recibir el servicio de justicia gratuito, se incurriría en una situación que puede afectar la dignidad de las personas al obligarlas a mostrar sus carencias ante la autoridad para ser consideradas titulares de un derecho. Así, una regla de excepción que pretende facilitar el acceso, puede terminar por convertirse en un obstáculo.

El efecto de la garantía constitucional de justicia gratuita, consiste en que las personas no tienen que pagar a los tribunales el servicio de impartición de justicia. La jurisprudencia del Poder Judicial federal ha interpretado los alcances de esta garantía constitucional en el sentido de considerar que es una prohibición para retribuir a los tribunales la administración de justicia.⁴²

En consecuencia, se estima que no se encuentran dentro de la prohibición constitucional cuestiones como la exigencia de presentar copias de actuaciones para la tramitación de recursos.⁴³ Aunque en este caso, puede presentarse una violación a la garantía de

⁴⁰El artículo 45.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece. “Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

⁴¹Estadísticas usuarios.

⁴²Costas judiciales. Alcance de su prohibición constitucional. Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, X, agosto de 1999, p. 19, tesis P/J. 72/99.

⁴³Gratuidad de la administración de justicia. El artículo 719 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, que condiciona la tramitación del recurso de apelación a que el apelante señale y exhiba las constancias relativas para formar el cuaderno respectivo, no es violatorio de esa garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución federal. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P/J. 72/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo X, agosto de 1999, p. 19, de rubro: “Costas judiciales. Alcance de su prohibición constitucional”, estableció que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe que el gobernado pague al Estado por la administración de justicia. En congruencia con tal criterio, se concluye que el hecho de que el artículo 719 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro condicione la tramitación del recurso de apelación, cuando procede en un solo efecto, a que el apelante señale y exhiba las constancias relativas para formar el cuaderno respectivo, no viola la garantía de gratuidad de la administración de justicia prevista en el citado precepto constitucional, pues tal condición no se traduce en la imposición de costas prohibidas constitucionalmente, sino que sólo constituye un gasto con motivo del litigio en que interviene, ya que la erogación que realiza es para la obtención de las fotocopias de tales constancias, mas no para retribuir al tribunal. Novena Época, Segunda Sala, SJF, XV, abril de 2002, p. 584, tesis, 2.ª XLV/2002.

gratuidad si se plantea el cobro de derechos por la certificación de las copias, al estimarse que ésta es parte del servicio de administración de justicia.⁴⁴ También se ha sostenido que hay violaciones a la garantía constitucional de justicia gratuita, si se establece que los justiciables deben cubrir el costo del envío del expediente al tribunal de alzada.⁴⁵

Así también, cuando se trata de reglas en las cuales las partes deben asistir a los funcionarios judiciales para que éstos realicen sus labores, la jurisprudencia considera que se viola la garantía constitucional de justicia gratuita.⁴⁶ Asimismo, la jurisprudencia

⁴⁴Recurso de apelación. Es ilegal la determinación del Tribunal de Alzada de tenerlo por no interpuesto, bajo la consideración de que no fueron exhibidas por el apelante las copias certificadas que habrían de integrar el testimonio de apelación respectivo (artículo 239, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato). El párrafo tercero del artículo 239 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato dispone, en relación con la sustanciación del recurso de apelación, que si se tratare de un auto, en el de admisión se mandará remitir al tribunal copia del apelado, de sus notificaciones y de las constancias señaladas al interponer el recurso, adicionadas con las que señalen las demás partes dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto que ordene la remisión de la copia. Si bien de la interpretación del anterior precepto se obtiene que la obligación impuesta al apelante de señalar al juzgado las constancias que deben remitirse al superior para sustanciar la alzada, tiene como finalidad primordial allegar al *ad quem* los medios de convicción necesarios para resolver el recurso interpuesto, no menos verdadero resulta que de la misma interpretación no se desprende, en ningún sentido, la imposición de obligación alguna al recurrente de cubrir el gasto monetario que pudiera implicar la expedición de las copias certificadas de las constancias necesarias para la integración del testimonio que, con motivo de la sustanciación del recurso de apelación, el Juez *a quo* debe remitir al tribunal de alzada; porque esa certificación debe ser gratuita de acuerdo con lo establecido por el artículo 17 constitucional, que prohíbe las costas judiciales, esto es, el cobro de los servicios prestados por los funcionarios y empleados de la administración de justicia, dentro de los cuales se encuentra el testimonio que debe remitirse para sustanciar la apelación en el efecto devolutivo, es decir, cuando no tengan que remitirse los autos originales. En este contexto, no existe razón legal para que la Sala responsable tenga por no interpuesto el recurso de apelación, bajo la consideración medular de que no fueron exhibidas las referidas constancias que integrarían el correspondiente testimonio. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XV, marzo de 2002, p. 1439, tesis XVI.5o. 4 C. Apelación mercantil en el efecto devolutivo, sustanciación del recurso de. la expedición de las copias certificadas de las constancias necesarias para integrar el testimonio que el *a quo* debe remitir al tribunal de alzada, debe ser gratuita, de acuerdo con el artículo 17 constitucional. Del artículo 1082 del Código de Comercio no se desprende, en ningún sentido, la imposición de obligación alguna al recurrente de cubrir, por concepto de costas, el gasto monetario que pudiera implicar la expedición de las copias certificadas de las constancias necesarias para la integración del testimonio que, con motivo de la sustanciación del recurso de apelación, el Juez *a quo* debe remitir al tribunal de alzada; porque esa certificación debe ser gratuita de acuerdo con lo establecido por el artículo 17 constitucional, que prohíbe las costas judiciales, o sea, el cobro de los servicios prestados por los funcionarios y empleados de la administración de justicia, dentro de los cuales se encuentra el testimonio que debe remitirse para sustanciar la apelación en el efecto devolutivo, es decir, cuando no tengan que remitirse los autos originales. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, VI, noviembre de 1997, p. 470, Tesis, IX.2o.18 C.

⁴⁵Apelación, la remisión de los autos al Tribunal de, Debe ser gratuita (Legislación de Puebla). El artículo 520, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles de Puebla, reformado por decreto de 25 de octubre de 1933, que supedita la decisión de las controversias judiciales al requisito de proporcionar el importe de timbres postales, para la remisión de los autos al tribunal de apelación, contraría lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución federal, en el sentido de que los tribunales están expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que da la ley y que su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales; pues es indudable que para dar plena satisfacción a este precepto, que tiende a poner al alcance de todos, una eficaz administración de justicia, no basta suprimir toda remuneración o impuesto por la labor misma de los funcionarios y empleados judiciales, sino que debe extenderse la exención a los gastos inherentes a la tramitación de los juicios por el órgano jurisdiccional, como es el que implica la remisión de los autos al tribunal de segundo grado, acto que no puede desligarse de esa tramitación, por ser una consecuencia de la institución del recurso de apelación y de la residencia jada a los tribunales por las leyes orgánicas respectivas. Quinta Época, Tercera Sala, SJF, LXXI, p. 2407, tesis aislada.

⁴⁶Gratuidad de la administración de justicia. El artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, es violatorio de esa garantía. De conformidad con el criterio de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificado con el rubro: “Costas judiciales, prohibición constitucional de las”, que aparece publicado en el

distingue entre las llamadas costas procesales y las costas judiciales, concluyendo que las primeras están permitidas y las segundas están prohibidas. En el primer caso, se trata de los gastos que las partes deben afrontar con motivo del litigio. En el segundo, se refiere a los pagos que se deben hacer al tribunal para que administre justicia.⁴⁷

En otros casos donde la legislación procesal exige el otorgamiento de garantías para llevar a cabo ciertas diligencias o para el otorgamiento de suspensiones, la jurisprudencia se ha inclinado por establecer que dichas exigencias no violan el artículo 17 de la Constitución. El argumento que se desprende de estas resoluciones es que este tipo de requisitos procesales puede contribuir a hacer más eficiente el proceso, evitando que las partes puedan producir dilaciones innecesarias.⁴⁸

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, mayo de 1997, p. 159, tesis P.LXXXVII/97, el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución federal, que consagra la garantía de gratuidad de las costas judiciales, debe ser interpretado en el sentido de que ninguna persona debe erogar cantidad de dinero en calidad de honorarios o como contraprestación a los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, como condición para que se efectúen las actuaciones jurisdiccionales correspondientes; en estas condiciones, la circunstancia de que el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León imponga, como obligación de las partes en aquellos casos en que alguna diligencia por ellas ofrecida deba practicarse por el actuario o funcionario judicial correspondiente fuera de la oficina del juzgado, la de proporcionar a dicho funcionario los medios de conducción o traslado para el desahogo de esa actuación judicial, resulta violatoria del citado precepto constitucional, toda vez que ese tipo de actos procesales es propio e inherente a la función judicial en tanto que se trata de actuaciones que de una u otra manera benefician o perjudican a las partes y determinan la posición que éstas van tomando en el procedimiento, lo que resulta indicativo de que deben quedar cubiertas por el salario que perciben los empleados judiciales correspondientes y que, por ende, forman parte de la administración de justicia que el Estado se encuentra obligado a proporcionar de manera gratuita. Novena Época, Pleno, SJF XI, marzo de 2000, p. 91, tesis: P.XVI/2000.

⁴⁷Costas procesales. Constitucionalidad de las previstas en el artículo 241, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, vigente hasta el quince de julio del 2002. El artículo 17 de la Constitución federal, en su segundo párrafo, estatuye: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. En este sentido, la condena al pago de costas establecida en el artículo 241, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, no contraviene el espíritu del legislador constitucional, conforme a lo ordenado por el referido artículo 17 de la Norma Fundamental, ya que tal condena en realidad tiene como finalidad resarcir a la parte tercera perjudicada por los gastos que se le originaron con la tramitación del juicio natural, y lo que realmente prohíbe el precepto constitucional citado es la retribución al órgano jurisdiccional por la prestación de sus servicios en la impartición de justicia, pues dicha condena en costas tiene como finalidad resarcir los gastos efectuados por quien obtuvo una sentencia definitiva favorable en la que se le reconoció su derecho y que además tuvo que vencer la resistencia del obligado a cumplirle. Por ello, las costas o gastos procesales deben imponerse en la sentencia, pues las partes tuvieron la misma oportunidad procesal y el acceso a la impartición de justicia en forma gratuita. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJE, XVII, enero de 2003, p.1638, Tesis: II.2o.C. J/16.

⁴⁸Prueba que deba desahogarse fuera del Distrito Federal. El requisito del otorgamiento de una caución para el señalamiento de su recepción no viola la garantía de gratuidad en la administración de justicia (artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). El artículo 17 constitucional prohíbe el cobro de costas judiciales, las que han sido definidas por esta Suprema Corte como la contraprestación que el gobernado paga por el servicio público de administración de justicia. El requisito del otorgamiento de una caución para el señalamiento de la recepción de una prueba foránea que establece el artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no viola la garantía de gratuidad en la administración de justicia, ya que no se está cobrando este servicio público, sino simplemente se establece un mecanismo que impide se retarde la solución de la controversia con pruebas inconducentes. Novena Época, Pleno, SJE, VI, septiembre de 1997, p. 205, Tesis: P.CXXXI/97.

Por último, cabe mencionar los casos donde se ha controvertido la constitucionalidad de los fondos para la administración de justicia. La mayoría de instituciones judiciales del país cuentan con fondos para la administración de justicia. En términos generales, los fondos son un fideicomiso público que se integra con recursos que obtienen los poderes judiciales a través de multas y de otros ingresos, así como de los intereses que se generan por los depósitos que realizan las partes en los juicios en los que participan.

Los fondos se invierten en diversos instrumentos financieros que permiten obtener ganancias. Estas ganancias suelen aplicarse en el mejoramiento del servicio de administración de justicia. La posición de los tribunales federales en las controversias que implican la constitucionalidad de los fondos, ha sido sostener que éstos no son una violación a la garantía de justicia gratuita, toda vez que los recursos ahí contenidos no constituyen propiamente un cobro por el servicio de administración de justicia.⁴⁹

La justicia expedita y pronta

La garantía de justicia expedita y pronta indica que el proceso de administración de justicia no sólo debe estar al alcance de los justiciables, sino que las cuestiones que se planteen a través del mismo deben resolverse en un periodo razonablemente breve, de tal manera que la sentencia resulte oportuna. El estándar de justicia pronta plantea diversos problemas para su aplicación, dada la ausencia de parámetros fijos para determinar su cumplimiento.⁵⁰

Los criterios sostenidos por los tribunales mexicanos al respecto, suelen ser formalistas y aludir a temas tangenciales como la carga de trabajo o la actividad de las partes para justificar la dilación judicial. Así, los tribunales federales suelen sostener que el tiempo razonable para la resolución de un asunto se encuentra estrechamente ligado con el término establecido en la legislación adjetiva para la conclusión de un proceso. Bajo esta línea de interpretación se inscriben resoluciones tan extremas como aquélla en la que se considera que el derecho a una justicia pronta se afecta cuando un juez no dicta una sentencia en el plazo establecido por la ley, a pesar de que en la

⁴⁹Fondo para la Administración de Justicia. No viola el artículo 17 constitucional. La última parte del párrafo segundo del artículo 17 constitucional, prohíbe que el gobernado pague directamente a quienes intervienen en la administración de justicia, una determinada cantidad de dinero, como contraprestación por la actividad que realizan, esto es, que las actuaciones judiciales no deben implicar un costo directo para el particular, sino que la retribución por la labor de quienes intervienen en la administración de justicia debe ser cubierta por el Estado, de manera que dicho servicio sea gratuito, y por ende prohíbe las costas judiciales. Por lo tanto, las multas que como penas por la comisión de delitos sean impuestas por los órganos jurisdiccionales, consistentes en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que forman parte del fondo para la Administración de Justicia, no implican una retribución a cargo del particular y en favor de las autoridades encargadas de realizar dichas funciones, pues aun cuando se destinan para el mejoramiento de la administración de justicia, con esos depósitos, o sin ellos, no puede establecerse que las normas impugnadas autoricen al órgano jurisdiccional a exigir la exhibición de un depósito como condición para que se lleven a cabo las actuaciones judiciales, y en su caso, se resuelva la controversia correspondiente, y es esto último lo que sí contravendría la garantía individual que consagra el precepto constitucional en cita. Novena Época, Segunda Sala, SJE, XVIII, octubre de 2003, p. 57, Tesis: 2.ª CXXIX/2003.

⁵⁰Diez-Picazo, 1996, pp. 89-90.

misma también se determine que la sentencia definitiva no puede ser dictada hasta que no se resuelvan las excepciones planteadas al inicio del litigio.⁵¹

No obstante, los tribunales federales también admiten algunas excepciones a dicho criterio. En casos en los que el derecho a la defensa puede verse afectado por una excesiva atención en el cumplimiento de los términos procesales, la Corte ha optado por considerar que el derecho a la justicia pronta se encuentra sujeto al derecho a la defensa.⁵² Otro tema procesal en donde se ha justificado la dilación judicial es en el caso de las incompetencias. Aquí la Suprema Corte de Justicia ha decidido que en caso de que se determine que el juez de la causa era incompetente no sólo no opera el principio *non bis in idem*, sino que tampoco se está en riesgo de afectar el principio de justicia pronta.⁵³

Al analizarse el derecho a la justicia pronta, en relación con el establecimiento de obstáculos técnicos para el acceso a la jurisdicción, la Suprema Corte de Justicia ha

⁵¹Sentencia definitiva. El hecho de que no se haya emitido resolución sobre la excepción de falta de personalidad, no exime al juez de dictar aquella en el término señalado por la ley (Legislación del Estado de Jalisco). El artículo 17 constitucional, en su párrafo segundo, establece: “ Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. Entonces, si se reclama que el Juez del conocimiento omite dictar la sentencia definitiva dentro del plazo legal que establece el artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, señalando que tiene como impedimento el que se encuentra pendiente de resolver la excepción de falta de personalidad planteada, la cual conforme al artículo 34 del ordenamiento legal en cita, debe fallarse previo al dictado de la sentencia que ponga fin al juicio, tal proceder afecta las garantías del quejoso, vulnerando así su derecho a la justicia que establece el artículo 17 constitucional, toda vez que si dicha resolución debe de ser previa a la definitiva, ello no suspende el procedimiento, según lo establece el diverso numeral 37 del Código de Procedimientos Civiles, motivo por el cual, la autoridad responsable se encuentra obligada, primeramente, a determinar si procede o no la excepción de falta de personalidad planteada, ya sea mediante interlocutoria que se emita previa a la sentencia definitiva o, en su caso, en ésta antes de entrar al estudio del fondo del asunto. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XIV, septiembre de 2001, p. 1364, Tesis: III.4o.C.12 C.

⁵²Garantía de defensa. Prevalce sobre la de pronta impartición de justicia. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, tomo XVI, octubre de 2002, p. 1377, Tesis: I.9o.P14 P.

⁵³AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. SUS EFECTOS CUANDO SE CONCEDE POR INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE FUERO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA. En el supuesto referido debe concederse el amparo para el efecto de que el tribunal de segunda instancia deje insubsistente la sentencia reclamada y emita una nueva en la que revoque la resolución de primer grado y ordene al Juez de primera instancia reponer el procedimiento a partir del auto de formal prisión y declararse incompetente para conocer de la causa penal respectiva, debiendo remitir inmediatamente las constancias que integran el proceso al Juez de Distrito correspondiente, quien en su carácter de autoridad responsable sustituta, una vez asumida su competencia, dentro del plazo establecido en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe dejar insubsistente el auto de formal prisión y, con plenitud de jurisdicción, resolver la situación jurídica del procesado, sin que la reposición del procedimiento por haberse advertido una violación trascendente al resultado del fallo condenatorio, el cual, por consecuencia, resulta nulo de pleno derecho, implique el desconocimiento del derecho a no padecer un doble juicio por el mismo delito, ya sea que se absuelva o se condene, del que disfruta el quejoso conforme al artículo 23 de la Constitución General de la República, lo que se conoce como principio *non bis in idem* en materia penal, ya que si este precepto constitucional proscribiera ser juzgado dos veces por el mismo delito, ello significa que el enjuiciado no debe ser sometido a una doble sentencia ejecutoriada, esto es, con la calidad de cosa juzgada, lo que no ocurre cuando no se ha dictado una sentencia definitiva incontestable en el proceso penal de que se trata, como lo determinó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis de rubros: “NON BIS IN IDEM, VIOLACIÓN NO CONFIGURADA AL PRINCIPIO DE, EN CASO DE INCOMPETENCIA.” Y “NON BIS IN IDEM, INOPERANCIA DEL PRINCIPIO DE, CUANDO EL TRIBUNAL QUE CONOCE EN PRIMER TÉRMINO ES INCOMPETENTE.”. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013, tomo I, Tesis: P. XVI/2013 (10), p. 358.

establecido que el requisito de agotar un procedimiento conciliatorio previamente al inicio de un juicio se contrapone a la garantía de justicia pronta.⁵⁴

Cabe señalar que esta tesis es anterior a la incorporación de los mecanismos alternativos para resolver controversias en el texto del artículo 17 constitucional. Así, un criterio más reciente, a propósito de un asunto penal, parece modificar esta posición al establecer la existencia de un derecho a los mecanismos alternativos para resolver controversias.⁵⁵ En esa línea se ubica una decisión todavía más extrema que dispone

⁵⁴Justicia pronta y expedita. La obligatoriedad de agotar un procedimiento conciliatorio, previamente a acudir ante los tribunales judiciales, contraviene la garantía prevista en el artículo 17 constitucional. El derecho fundamental contenido en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, garantiza que cualquier persona pueda acudir ante los tribunales y que éstos le administren justicia pronta y expedita, pues los conflictos que surjan entre los gobernados deben ser resueltos por un órgano del Estado facultado para ello, ante la prohibición de que los particulares se hagan justicia por sí mismos. Ahora bien, este mandato constitucional no permite que, previamente a la solución que se dé a las controversias, los gobernados deban acudir obligatoria y necesariamente a instancias conciliatorias, ya que el derecho a la justicia que se consigna en éste no puede ser menguado o contradicho por leyes secundarias federales o locales, sino únicamente por la misma Constitución, la que establece expresamente cuáles son las limitaciones a que están sujetas las garantías individuales que ella otorga. Además, debe considerarse que la reserva de ley en virtud de la cual el citado precepto constitucional señala que la justicia se administrará en los plazos y términos que fijen las leyes, no debe interpretarse en el sentido de que se otorga al legislador la facultad para reglamentar el derecho a la justicia de manera discrecional sino que, con esta reglamentación, debe perseguir la consecución de sus fines, los que no se logran si entre el ejercicio del derecho y su obtención se establecen trabas o etapas previas no previstas en el texto constitucional; por tanto, si un ordenamiento secundario limita esa garantía, retardando o entorpeciendo indefinidamente la función de administrar justicia, estará en contravención con el precepto constitucional aludido. Novena Época, Pleno, SJF, VI, julio de 1997, p. 15, Tesis: P. CXII/97.

⁵⁵MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE NATURALEZA PENAL. CORRESPONDE AL JUEZ DE LA CAUSA PROVEER LO CONDUCENTE HASTA ANTES DE CERRAR LA INSTRUCCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Si se atiende a que, conforme a lo establecido en el artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del que surge el artículo 56-Bis de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, ante la premisa mayor de una solución pronta, completa, imparcial y expedita a un conflicto de naturaleza penal; así como en los artículos 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconocen, a favor de los gobernados, el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que es encomendada a tribunales que están expeditos para impartir justicia; y como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también puedan resolverse mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley, se sigue que, corresponde al Juez de la causa proveer lo conducente, hasta antes de cerrada la instrucción, para que las partes acudan ante el Instituto de Justicia Alternativa para el Estado de Jalisco, al establecerse en los mecanismos referidos la idea de que éstas son las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un amplio catálogo de posibilidades, en las que el proceso es una más; en el entendido de que los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales, las personas puedan resolver sus controversias, sin la intervención de una autoridad jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), la mediación, la conciliación y el arbitraje (heterocomposición). Entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, se encuentra la relativa a que los mecanismos alternativos de solución de controversias son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita que permiten, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propician una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo. Así, ante tal contexto normativo, se concluye que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternativos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con igual dignidad, además de que tienen como objeto una finalidad idéntica, que es, resolver hasta antes de cerrar la instrucción los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VI, mayo de 2014, tomo II, Tesis: PC.III.P/J/1 P (10.º), p. 1331.

que la omisión del juez de informar a las partes su derecho a recurrir a mecanismos alternativos para solucionar su controversia, amerite la reposición del proceso.⁵⁶

El problema con este tipo de criterios es que comparan el derecho a la tutela jurisdiccional con la posibilidad de resolver un conflicto por una vía alterna. Si bien las vías alternas de solución de conflictos en ciertos casos mejoran la calidad del acceso a la justicia, es difícil sostener que las mismas puedan sustituir por completo el aparato de impartición de justicia, al grado de considerarlas un derecho semejante al de la tutela jurisdiccional efectiva. Se trata de dos cuestiones completamente distintas. La segunda, como ya se ha dicho, está estrechamente ligada a la potestad del Estado como titular del monopolio en el ejercicio del poder; la primera, en cambio, aparece como una simple posibilidad sujeta completamente al arbitrio de las partes.⁵⁷

Si bien no es posible establecer parámetros precisos para saber cuándo se está frente a un problema de dilación, sí se pueden determinar lineamientos que permitan medir esta cuestión. En pocas ocasiones se presentan interpretaciones más extensivas o se emplea el derecho interamericano para resolver este asunto. El criterio de un tribunal administrativo, a propósito del problema de la justicia pronta, se apoya en una decisión de la Corte Interamericana para establecer parámetros que determinen la existencia de una dilación: *a)* complejidad del asunto; *b)* actividad procesal del interesado; *c)* conducta de las autoridades judiciales, y *d)* la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.⁵⁸ Criterios como los ante-

⁵⁶ACUERDOS REPARATORIOS. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE CUMPLIR DESDE SU PRIMERA INTERVENCIÓN CON SU OBLIGACIÓN DE EXHORTAR A LAS PARTES A CELEBRARLOS Y EXPLICAR LOS EFECTOS Y MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DISPONIBLES, VIOLA DERECHOS HUMANOS CON TRASCENDENCIA AL FALLO RECURRIDO, QUE ORIGINA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MORELOS). En el sistema de justicia penal basado en la oralidad, la mediación pretende instaurar una nueva orientación, pues se postula como una alternativa frente a las corrientes clásicas meramente retributivas del delito a través de la imposición de la pena y de las utilitaristas que procuran la reinserción social del imputado. En el caso de la conciliación, ésta procura reparar el daño causado a la víctima, con lo cual, entre otros aspectos, se evita el confinamiento del inculpaado y que éste y la víctima u ofendido del delito, continúen con un procedimiento penal que, si así lo desean, puede culminar mediante la celebración de actos conciliatorios. En concordancia, los artículos 204 a 208 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, definen al acuerdo reparatorio como el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, que tiene como resultado la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo, cuyo efecto es la conclusión del procedimiento. Respecto a su trámite, disponen que desde la primera intervención, el Ministerio Público o, en su caso, el juez de control, invitará a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que procedan, y explicará los efectos y mecanismos disponibles. Si el pacto consensual se aprueba, su cumplimiento suspenderá el trámite del proceso, así como la prescripción de la acción penal de la pretensión punitiva; empero, si el imputado incumple sin causa justa dará lugar a su continuación. Por ende, si los acuerdos reparatorios constituyen un medio para la conclusión del procedimiento respecto de cierto tipo de delitos, donde es obligación del Juez de control, desde su primera intervención, exhortar a las partes a celebrarlos, y explicar los efectos y mecanismos de mediación y conciliación disponibles, es inconsciente que si omite hacerlo, viola derechos humanos con trascendencia al fallo recurrido, lo que origina la reposición del procedimiento. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIV, septiembre de 2013, tomo III, Tesis: XVIII.4o.3 P (10), p. 2437.

⁵⁷En el apartado relativo a los mecanismos alternativos se aborda la cuestión de su naturaleza a propósito de su distinción de la jurisdicción ordinaria.

⁵⁸PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. En relación con el concepto de demora o dilación injustificada en la resolución de los asuntos, el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coincidente en lo sustancial con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece que los tribu-

rios permiten construir indicadores para acercarse a las circunstancias particulares de cada asunto. Dadas las especificidades de los litigios, se crea la sensación de que una regla general para definir cuándo un litigio ha excedido un plazo razonable para su solución, parece difícil de alcanzar. El reto de los tribunales mexicanos en materia de justicia pronta, es salir de los formalismos y generar interpretaciones capaces de identificar este problema, que se encuentra con muchísima frecuencia en los procesos.

Respecto a los alcances del derecho a una justicia pronta, consagrados en el artículo 17 de la Constitución, el Poder Judicial Federal ha establecido que éste se extiende a todos aquellos actos que pueden ser considerados como materialmente jurisdiccionales.⁵⁹ Asimismo, el derecho a la justicia pronta genera obligaciones no sólo para las autoridades jurisdiccionales, sino también para aquéllas encargadas de prestar auxilio a la administración de justicia.⁶⁰

nales deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento dentro de un plazo razonable, como uno de los elementos del debido proceso; aspecto sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cuatro elementos o parámetros para medir la razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad procesal del interesado; *c)* la conducta de las autoridades judiciales, y *d)* la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Además de los elementos descritos, el último de los tribunales internacionales mencionados también ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo, el conjunto de actos relativos a su trámite, lo que ha denominado como el “análisis global del procedimiento”, y consiste en analizar el caso sometido a litigio de acuerdo con las particularidades que representa, para determinar si un transcurso excesivo de tiempo resulta justificado o no. Por tanto, para precisar el “plazo razonable” en la resolución de los asuntos, debe atenderse al caso particular y ponderar los elementos descritos, conforme a criterios de normalidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, para emitir un juicio sobre si en el caso concreto se ha incurrido en una dilación o retardo injustificado, ya que una demora prolongada, sin justificación, puede constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales contenidas tanto en los aludidos artículos como en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el concepto de “plazo razonable” debe concebirse como uno de los derechos mínimos de los justiciables y, correlativamente, como uno de los deberes más intensos del juzgador, y no se vincula a una cuestión meramente cuantitativa, sino fundamentalmente cualitativa, de modo que el método para determinar el cumplimiento o no por parte del Estado del deber de resolver el conflicto en su jurisdicción en un tiempo razonable, se traduce en un examen de sentido común y sensata apreciación en cada caso concreto. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, diciembre de 2012, tomo II, Tesis: I.4o.A.4 K (10), p. 1452.

⁵⁹En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124 y 125.

⁶⁰FUERZA PÚBLICA. La omisión de su auxilio oportuno para cumplimentar las decisiones judiciales en materia civil, implica violación al artículo 17 constitucional (Legislación del Estado de Yucatán). Atento lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que están expedidos para impartirla en los plazos y términos que establezcan las leyes; asimismo, el artículo 4, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán, dispone que están obligados a prestar auxilio al Poder Judicial en la administración de justicia la Secretaría de Protección y Vialidad y la Policía Judicial del Estado, así como las demás corporaciones policíacas en la entidad; el artículo 5 siguiente, señala que el Ejecutivo del Estado facilitará el ejercicio de las funciones que en su caso correspondan a dichas autoridades y el artículo 47 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Yucatán, establece que cuando no se señala término para la práctica de un acto o para el ejercicio de algún derecho, se entenderán concedidos tres días. En este orden de ideas, resulta claro que cuando las autoridades administrativas actúan en auxilio de la función jurisdiccional, sus actos u omisiones están en aptitud de vulnerar los derechos subjetivos públicos del gobernado relacionados en el citado dispositivo constitucional, toda vez que aunque se trata de órganos formalmente administrativos, su intervención en esa hipótesis está inmersa en la función jurisdiccional. En consecuencia, cuando el secretario de Protección y Vialidad del Estado omite ejecutar de facto una orden del gobernador del Estado emitida en relación con una resolución de la autoridad judicial dentro del término a que se refiere el artículo 47 del código procesal mencionado, tal conducta se traduce en el incumplimiento material de un mandato del órgano jurisdiccional, que se origina merced al ejercicio de un derecho

La justicia completa

El mandato de justicia completa implica que los tribunales deben ser capaces de satisfacer íntegramente las necesidades de los justiciables. En consecuencia, el derecho a una justicia completa supone el establecimiento de los tribunales y que éstos resuelvan los asuntos que son sometidos a su jurisdicción, de tal forma que proporcionen respuesta a todas las cuestiones controvertidas, y que sus decisiones sean cumplidas.

En relación con el establecimiento de los tribunales, la garantía de justicia completa dispone que el diseño del sistema judicial debe contener los recursos necesarios para que las personas puedan reivindicar sus derechos, y la actuación de los tribunales debe hacer que las reivindicaciones legítimas efectivamente se satisfagan.⁶¹

En lo que respecta a la obligación de los tribunales de resolver todos los puntos controvertidos, hay que destacar primero que dicho derecho no garantiza una resolución favorable a las pretensiones del justiciable, sino que se refiere a que los tribunales deben proporcionar una respuesta —favorable o desfavorable— a todas las pretensiones expresadas por el justiciable.

Bajo esta perspectiva, la legislación procesal y la jurisprudencia federal establecen que las resoluciones deben satisfacer los principios de congruencia y de exhaustividad. Por congruencia se entiende que la resolución no sólo debe ser coherente consigo misma, sino que debe referirse a la controversia planteada en el juicio. Por exhaustividad se entiende que la resolución debe resolver todas las cuestiones controvertidas.⁶²

promovido por un particular y, por ende, su emisión es violatoria de la garantía constitucional consagrada en el invocado artículo 17 de la Carta Magna; sin que deba soslayarse que también incumple con lo establecido en la fracción I del artículo 39 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Yucatán, que señala que para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de su cargo, dichos servidores deberán cumplir con la máxima diligencia el servicio que les sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o de ciencia de su servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJE, X, septiembre de 1999, p. 736, Tesis: XIV.2o. J/21.

⁶¹La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado lo siguiente: “Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que dictan. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial”. Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 137. En otro caso que involucró a México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se satisface solamente con una resolución expedita, sino que la misma tiene que entrar al fondo del tema que se ha planteado. “...la decisión final estableció, sin mayor fundamentación en derecho, que las actuaciones de los funcionarios gubernamentales se ajustaron a la ley. De tal forma, quedaron convalidadas las violaciones a los derechos humanos de los demandantes y se permitió la impunidad de los violadores. En otras palabras, se negó a los sacerdotes el amparo de la justicia mexicana ante hechos violatorios de sus derechos fundamentales, en transgresión a la garantía de la tutela judicial efectiva”. Caso 11,610. Loren Laroye Riebe Star (México), Informe 49/99, 13 de abril de 1999, párr. 81.

⁶²Sentencias de amparo, principios de congruencia y exhaustividad en los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo se desprende que los principios de congruencia y exhaustividad que rigen en las sentencias de amparo, en esencia, están referidos a que éstas sean congruentes no sólo consigo mismas, sino también con la *litis* y con la demanda de amparo, apreciando las pruebas conducentes y resolviendo sin omitir nada, ni añadir cuestiones no hechas valer, ni expresar consideraciones

No obstante, en el caso del principio de exhaustividad los tribunales federales han optado por acotar sus alcances en atención a la forma en la que se presentan las pretensiones de los justiciables.⁶³

El derecho a la defensa como un elemento de la tutela jurisdiccional efectiva

Tradicionalmente, el derecho a la asistencia de un abogado ha sido reconocido como una garantía para todo acusado en un proceso penal. No obstante, dadas las características y la complejidad técnica de los procesos, sin perjuicio de su materia, es importante reconocer que la comparecencia de una de las partes sin una debida asistencia jurídica la coloca prácticamente en estado de indefensión. En este sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 17 de la Constitución no se satisface cabalmente si no se garantiza que los justiciables puedan ser efectivamente oídos.

En esta cuestión la Corte Interamericana ha sostenido que el derecho a la asesoría de un abogado, como parte fundamental del debido proceso, se debe determinar como resultado de las características del propio proceso y del sistema jurídico donde se plantea la controversia.⁶⁴ Dicho derecho también se ha identificado en favor de las personas de escasos recursos.⁶⁵

contrarias entre sí o con los puntos resolutive, lo que obliga al juzgador, tratándose del juicio de amparo contra leyes, a pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los quejosos, analizando, en su caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales reclamados, sin introducir consideraciones ajenas que pudieran llevarlo a hacer declaraciones en relación con preceptos legales que no fueron impugnados. Novena Época, Primera Sala, SJF, XII, agosto de 2000, p. 191, Tesis: 1a. X/2000. Otra jurisprudencia semejante es: Congruencia y exhaustividad, principios de sus diferencias y caso en que el laudo incumple el segundo de ellos. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XIX, febrero de 2004, p. 888, Tesis: IV.2o.T. J/44.

⁶³Garantía de defensa y principio de exhaustividad y congruencia. Alcances. La garantía de defensa y el principio de exhaustividad y congruencia de los fallos que consagra el artículo 17 constitucional no deben llegar al extremo de permitir al impetrante plantear una serie de argumentos tendientes a contar con un abanico de posibilidades para ver cuál de ellos le prospera, a pesar de que muchos entrañen puntos definidos plenamente, mientras que, por otro lado, el propio numeral 17 exige de los tribunales una administración de justicia pronta y expedita, propósito que se ve afectado con reclamos como el comentado, pues en aras de atender todas las proposiciones, deben dictarse resoluciones en simetría longitudinal a la de las promociones de las partes, en demérito del estudio y reflexión de otros asuntos donde los planteamientos verdaderamente exigen la máxima atención y acuciosidad judicial para su correcta decisión. Así pues, debe establecerse que el alcance de la garantía de defensa en relación con el principio de exhaustividad y congruencia, no llega al extremo de obligar a los órganos jurisdiccionales a referirse expresamente en sus fallos, renglón a renglón, punto a punto, a todos los cuestionamientos, aunque para decidir deba obviamente estudiarse en su integridad el problema, sino a atender todos aquellos que revelen una defensa concreta con ánimo de demostrar la razón que asiste, pero no, se reitera, a los diversos argumentos que más que demostrar defensa alguna, revela la reiteración de ideas ya expresadas. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XV, marzo de 2002, p. 1187, Tesis: VI.3o.A. J/13.

⁶⁴Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de recursos internos, 10 de agosto de 1990.

⁶⁵El Comité de Derechos Humanos estableció que las personas de escasos recursos tienen derecho a que un defensor de oficio los asista para la presentación de un recurso de inconstitucionalidad en contra de una sentencia. Caso “Kelly vs. Jamaica Comunicación”, No. 253/1987, 8/04/91, párr. 5.10.

En el caso mexicano, existen provisiones en la legislación procesal que exigen la intervención de un abogado. Sin embargo, las mismas han sido consideradas inconstitucionales al estimarse que constituyen una barrera para el acceso a la jurisdicción.⁶⁶

Desde una perspectiva general, es necesario reflexionar sobre la conveniencia de incorporar el derecho a la defensa como un aspecto fundamental de la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien este derecho se reconoce ampliamente en materia penal, no puede dejar de observarse que en la complejidad técnica de los procesos, en prácticamente todas las áreas del derecho, la comparecencia a un proceso sin la debida asistencia técnica se traduce prácticamente en una indefensión. En esas circunstancias resulta muy difícil afirmar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se ha garantizado debidamente.

La ejecución de las resoluciones

La ejecución de la sentencia es una cuestión que forma parte necesaria del derecho a la tutela jurisdiccional. En realidad, la cuestión de la ejecución de las sentencias implica un aspecto todavía más amplio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Se trata precisamente de la última palabra de la expresión tutela jurisdiccional efectiva. Es decir, los resultados del proceso jurisdiccional tienen como desenlace una solución efectiva de las controversias planteadas.

Bajo esta perspectiva, adquiere relevancia no sólo la ejecución de las sentencias, sino también la ejecución de cualquier orden y mandato judicial, así como los contenidos de las mismas, en el entendido que se trata de disposiciones encaminadas a resolver el conflicto. De esta manera, el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional se integra con un elemento interno que se refiere a las características de la resolución o mandato judicial y con un elemento externo que se refiere a su ejecución.

Respecto del elemento interno, éste suele quedar satisfecho con el cumplimiento de los principios de congruencia y exhaustividad arriba mencionados. Sin embargo, los principios parten de la idea de que ya hay una sentencia. En ese sentido, la existencia de una sentencia que resuelva efectivamente lo planteado en el juicio, aparece como

⁶⁶Profesiones. Inconstitucionalidad del artículo 119 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. La exigencia del asesoramiento de un abogado para dar curso a las promociones judiciales hace prácticamente ineficaz el derecho de petición garantizado en el artículo 8º. constitucional; anula el principio procesal universalmente consagrado, según el cual todo el que conforme a la ley está en pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio; deja sin efecto la garantía al derecho que tienen los particulares, de que los tribunales administren justicia en los plazos y términos que fija la ley, garantía que establece el artículo 17 de la Constitución de la República, impidiendo al afectado obtener la actividad jurisdiccional, único medio de que se dispone para evitar que los particulares se hagan justicia por su propia mano, y si, por un lado, se prohíbe la autodefensa en materia civil, y por otro es cargo del Estado administrar justicia en forma gratuita, ello no puede quedar supeditado a que el interesado disponga de los suficientes recursos económicos para pagar a quien lo patrocine ante los tribunales, en las causas que él intente o en las que figure como demandado. Estos razonamientos son aplicables al artículo 119 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, ya que se trata de una disposición contraria a la Constitución, puesto que previenen que toda promoción ante los tribunales sea respaldada por la firma de un abogado. Sexta Época, Pleno, SJF, 1.ª parte, XCVIII, p. 23.

una obligación para el juzgador. La jurisprudencia de los tribunales federales reconoce esta obligación.⁶⁷

En cuanto al elemento externo, su satisfacción se deriva de las acciones encaminadas a hacer que las determinaciones de los jueces se cumplan.⁶⁸ Aquí la ejecución de la sentencia se presenta más como una cuestión dispositiva que como una obligación del Estado en hacer que los mandatos judiciales se cumplan.⁶⁹ La jurisprudencia establece como puntos de partida la obligación de cumplir con las sentencias⁷⁰ y el deber de cumplirlas en forma inmediata.⁷¹ A partir de dichas obligaciones, los criterios establecen diversas consideraciones sobre la forma en que la sentencia puede hacerse efectiva. En pocos casos se estima expresamente que el cumplimiento de las sentencias debe hacerse de oficio. Tal es el caso de la justicia agraria.⁷²

⁶⁷Tribunales Colegiados de Circuito. Deben observar el principio general de derecho que establece que ningún órgano jurisdiccional, siendo competente, está facultado para abstenerse de resolver los asuntos que se presenten a su conocimiento, ni para remitir el negocio a otro tribunal. Si bien es cierto que el ejercicio de la función jurisdiccional implica que cada juzgador atienda a su propia convicción y, por ello, no puede obligarse a los miembros de un Tribunal Colegiado de Circuito a emitir sus votos de manera coincidente, con el único propósito de fallar un asunto, también es verdad que esa libertad no llega al extremo de permitirles se abstengan de resolver, pues el artículo 17 de la Constitución federal garantiza esa decisión, la cual se entorpece cuando un expediente es remitido de un tribunal a otro, por imposibilidad para fallar al no existir consenso de sus miembros, porque esa abstención del cuerpo colegiado, que provoca demoras y suspicacias, repercute no sólo en detrimento del particular que busca justicia, sino de la sociedad, que exige la garantía de que los tribunales del Poder Judicial de la Federación actúen con independencia, y de que no pese sobre ellos la sombra de presiones ajenas a su deber que les impida declarar el derecho en todos los casos que se presenten a su conocimiento. Además, la aparente imposibilidad para resolver los asuntos del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito no existe, porque la propia ley los autoriza tomar decisiones por mayoría de votos, por lo que siendo tres los integrantes de cada uno de esos órganos, y establecido que necesariamente habrán de dictar resolución, siempre habrá posibilidad de alcanzar mayoría respecto de cada uno de los puntos jurídicos que en orden de preferencia lógica se vayan tratando. Luego, cuando los miembros de un Tribunal Colegiado de Circuito presenten diferentes posturas de solución, ello no significa la imposibilidad para llegar a una decisión, ya que aun cuando ésta no sea aprobada de manera unánime, y por más que se presenten aspectos a consideración del órgano colegiado, siempre será factible que cada una de las propuestas se analice y decida por el tribunal en forma lógica y por opciones preferentes. En este orden, es dable concluir que los Tribunales Colegiados de Circuito deben observar el principio general de derecho que establece que ningún órgano jurisdiccional, siendo competente, está facultado para abstenerse de resolver un asunto, ni para remitir el expediente a otro tribunal, salvo los casos de incompetencia o de impedimento de dos o más de sus miembros. Novena Época, Pleno, SJF, X, noviembre de 1999, p. 48, Tesis: P. LXXVIII/99.

⁶⁸ACCESO A LA JUSTICIA. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR A LA PARTE QUEJOSA CUANDO SE HA CONCLUIDO QUE EXISTE UNA VIOLACIÓN A SUS DERECHOS HUMANOS, CONSTITUYE UNA DE LAS FASES IMPRESCINDIBLES DE AQUÉL. Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIII, octubre de 2015, tomo II, Tesis: 1.ª CCCIX/2015 (10.ª), p. 1633.

⁶⁹Acevedo Jaramillo vs. Perú, sentencia del 7 de febrero de 2006, párrs. 216 a 220.

⁷⁰Sentencias. Su cumplimiento es ineludible. De acuerdo con el contenido del artículo 17 constitucional, es una garantía la plena ejecución de las resoluciones que dicten los tribunales; en razón de ello, quien queda constreñido al acatamiento de una sentencia no puede pretender eximirse de esa obligación alegando alguna circunstancia ajena a la *litis*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, X, agosto de 1999, p. 799, Tesis: I.7o.A.20 K.

⁷¹Amparo, ejecutorias de. Su cumplimiento debe ser inmediato. Los artículos 104, 105, 106 y 107 de la Ley de Amparo, que se refieren a la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios de garantías, no prevén ningún caso de excepción. Por el contrario, se advierte que el espíritu de estas disposiciones legales es el de que las ejecutorias de amparo deben ser cumplimentadas sin demora por las autoridades responsables, pues el restablecimiento de la garantía o garantías violadas, mediante la ejecución de la sentencia de amparo, es una cuestión legal de orden público que no puede ser aplazada o condicionada a procedimientos ordinarios; estimarlo de otra forma es contrario a los fines del juicio de garantías y altera la jerarquía de las normas jurídicas. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, III, marzo de 1996, p. 883, Tesis: IX.1o.6 K.

⁷²Tribunales agrarios. Están obligados a proveer de oficio la eficaz e inmediata ejecución de sus sentencias. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XX, septiembre de 2004, p. 1896, Tesis: IV.2o.A.92 A

En otros casos, la cuestión del cumplimiento de la sentencia se considera de orden público⁷³ y, consecuentemente, se determina que es viable suplir la deficiencia de la queja en la que la parte afectada señala problemas en la ejecución.⁷⁴ Precisamente como consecuencia de la naturaleza de las sentencias, en el sentido de considerar que su cumplimiento es de orden público, una tesis establece que la falta de colaboración de otras autoridades, asistiendo en la ejecución del mandato judicial, implica una violación al artículo 17 de la Constitución.⁷⁵

La justicia imparcial

La garantía de justicia imparcial contenida en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, se encuentra estrechamente relacionada con el mandato de independencia judicial contenido en el párrafo tercero de dicho numeral. Bajo esa perspectiva, la construcción de la imparcialidad requiere de la existencia de jueces que sean capaces de generar resoluciones sin estar sujetos a ningún tipo de interferencias, y sin estar sometidos a presiones que busquen influir en el sentido de sus fallos. En consecuencia, la independencia busca generar un marco apropiado para que los jueces resuelvan los asuntos que les son turnados con absoluta imparcialidad.⁷⁶

La independencia judicial puede ser dividida para su estudio en independencia externa e independencia interna. La independencia externa se refiere a aquellas condiciones que se requieren para que los poderes judiciales generen una oferta jurisdiccional capaz de satisfacer las necesidades de los justiciables, sin sujetarse a influencias externas. En el caso de la independencia interna, el objetivo es que los jueces, particularmente, tengan las condiciones que necesitan para conocer y resolver, de acuerdo con su capacidad, los asuntos que les son planteados.

La Constitución mexicana establece en otros artículos diversas provisiones destinadas a garantizar la independencia judicial. Tal es el caso de aquéllas contenidas en los artículos 94, 97, 100 y 116 fracción III, entre otros. La interpretación de estas provisiones en relación con la garantía de justicia pronta, completa e imparcial contenida en el artículo 17 de la Constitución, ha generado una serie de garantías para los

⁷³Sentencias de amparo. Su cumplimiento es de orden público, debiéndose evitar actuaciones o decisiones que lo dificulten o impidan. Octava Época, Tercera Sala, SJF, VII, junio de 1991, p. 99, Tesis: 3.º XCI/91.

⁷⁴Inconformidad. La Suprema Corte de Justicia debe suplir la queja deficiente y examinar si se cumplió o no con la sentencia. Novena Época, Segunda Sala, SJF, XIX, marzo de 2004, p. 323, Tesis: 2.º/J. 16/2004.

⁷⁵Fuerza pública. La omisión de su auxilio oportuno para cumplimentar las decisiones judiciales en materia civil, implica violación al artículo 17 constitucional (Legislación del Estado de Yucatán). Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, X, septiembre de 1999, p. 736, Tesis: XIV.2.º J/21.

⁷⁶El principio 2 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, establece: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”. El Estatuto universal del juez aprobado en Taiwán por la Unión Internacional de Magistrados en 1999, contiene disposiciones análogas.

juzgadores, en el entendido de que su estabilidad beneficia el proceso de administración de justicia y consecuentemente se generan condiciones favorables para que los justiciables reciban una mejor justicia.⁷⁷

De esta manera, las normas constitucionales, la legislación secundaria y la jurisprudencia que se produce al interpretarlas, coinciden en establecer garantías para constituir un marco jurídico orientado a asegurar que los jueces sean capaces de resolver las controversias de forma pronta, completa e imparcial. Dicho marco jurídico es generalmente conocido como la carrera judicial.

El análisis institucional de la carrera judicial permite encontrar elementos diseñados para incidir favorablemente en el desempeño de los juzgadores. Un primer elemento es la *garantía de selección*. La garantía de selección se relaciona con los mecanismos diseñados para reclutar a los juzgadores y para definir las condiciones en las que pueden ascender dentro del Poder Judicial. El método de selección más frecuente es el concurso de méritos, en el que se busca encontrar a los candidatos más preparados para desempeñar la función jurisdiccional.

Un segundo elemento es la *garantía de estabilidad*. La garantía de estabilidad se relaciona con cuestiones que tienen que ver con la remuneración de los jueces, con su permanencia en el servicio, con la supervisión y control de su función y con su adscripción a una unidad jurisdiccional, entre otros aspectos. Por lo que respecta a la remuneración, la garantía de estabilidad se refiere no sólo a los salarios de los jueces, sino también a las condiciones en las que pueden retirarse al concluir su servicio.

La cuestión de la permanencia en el servicio alude a las condiciones en que los jueces se mantienen en el ejercicio del cargo. Resalta el tema de la duración de sus designaciones y, en su caso, el establecimiento de mecanismos para su ratificación. La supervisión y el control se encuentran estrechamente relacionados con el régimen disciplinario de los funcionarios jurisdiccionales.

En este caso, se requiere que los órganos encargados de realizar esta función la lleven a cabo asegurando que los jueces cumplan adecuadamente su labor, pero sin afectar su independencia para resolver los asuntos que les son planteados con absoluta imparcialidad. En cuanto al tema de la adscripción, es la manera en que los jueces son destinados a una unidad jurisdiccional en particular, y las condiciones en las que pueden ser cambiados a otras unidades.

Un tercer elemento es la profesionalización. En el caso de la *garantía de profesionalización*, se centra en los mecanismos necesarios para la formación y el desarrollo de juzgadores debidamente capacitados para el ejercicio de su función. Esta labor suele desarrollarse en centros de capacitación judicial de los poderes judiciales.

⁷⁷Ratificación de jueces de distrito y magistrados de circuito. Es una garantía de estabilidad en el cargo y principalmente una garantía a la sociedad de contar con servidores idóneos para impartir justicia pronta, completa, imparcial y gratuita que establece el artículo 17 de la Constitución federal. Novena Época, Pleno, SJF, XI, marzo de 2000, p. 102, Tesis: P. XXXIV/2000. Poderes judiciales de los estados. Criterios que la Suprema Corte ha establecido sobre su situación, conforme a la interpretación de la fracción III del artículo 116 de la Constitución federal. Novena Época, Pleno, SJF, tomo XII, octubre de 2000, p. 30, Tesis: P/J. 107/2000.

Para cerrar el presente apartado sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es preciso reconocer que la impartición de justicia en México enfrenta muchos problemas y dista mucho de garantizar una justicia accesible, eficaz, imparcial y pronta. El reporte sobre justicia cotidiana, elaborado a partir de una consulta, señala, entre otros, los siguientes problemas de la justicia: *a)* procesos largos, costosos, poco flexibles o adaptables a las circunstancias; *b)* numerosos obstáculos tanto para el acceso a la justicia como para que el resultado contribuya a solucionar efectivamente los problemas de los ciudadanos; *c)* la justicia se percibe como lejana, resulta mayormente incomprendible para los ciudadanos y tiende a incrementar la desigualdad social; *d)* los tribunales tienden a privilegiar la forma procesal sobre la resolución de los conflictos, y *e)* las personas que enfrentan un conflicto con frecuencia no saben a dónde acudir y cómo obtener servicios de asistencia jurídica de calidad y bajo costo.⁷⁸ Los reportes, tanto para justicia civil como para justicia penal, del *World Justice Report* así lo hacen ver.⁷⁹ De esta manera, el reto en los años que vienen es asegurar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sea una realidad en México.

Las acciones colectivas

La incorporación de las acciones colectivas dentro del texto del artículo 17 de la Constitución, representa un avance clave desde el punto de vista del acceso a la justicia.⁸⁰ La reforma implica la transición hacia un sistema donde la tutela judicial efectiva no se limita a la protección de intereses individuales. El reconocimiento de las acciones colectivas abre la posibilidad de hacer justiciables diversas cuestiones que tradicionalmente quedaban al margen de la acción judicial.

Para tratar estas cuestiones, primero presentaré unas consideraciones en torno a los intereses difusos y colectivos. Posteriormente, me concentraré en los mecanismos procesales diseñados para hacer justiciables dichos derechos. En la última parte, me refiero a los alcances del texto constitucional por el que se regulan estas acciones.

El derecho procesal y los intereses difusos y colectivos

Las acciones colectivas se originaron en Estados Unidos de América (Hensler, 2000: 10).⁸¹ Su incipiente desarrollo en el resto del mundo se debe principalmente a la labor de la doctrina italiana, que fue la primera en interesarse en este tipo de instituciones

⁷⁸Véase López Ayllón, 2015.

⁷⁹Véase <http://worldjusticeproject.org>.

⁸⁰Las acciones colectivas establecidas en el artículo 17 de la Constitución, se complementan con la reforma al artículo 107 fracción I, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 2011, donde se establece la posibilidad de que se planteen amparos colectivos.

⁸¹Si bien estos autores mencionan los orígenes del litigio colectivo en Inglaterra, la regulación contemporánea de las acciones colectivas aparece en los Estados Unidos a finales del siglo XIX.

procesales (Gidi, 2004a: 18).⁸² Las acciones colectivas son mecanismos que buscan generar economía procesal, facilitar el acceso a la justicia y contribuyen a la eficacia del derecho (Gidi, 2004b: 1-2).

Las acciones colectivas aparecen como un mecanismo procesal diseñado para la gestión de un litigio donde se controvierten cuestiones que atañen a un grupo determinado o indeterminado de personas que consideran haber sufrido un daño a cargo de un tercero.⁸³ Este mecanismo permite que los costos de tramitación del proceso se reduzcan, tanto para las partes como para el tribunal encargado de conocer el caso. Así, en las partes y el tribunal se generan economías de escala, toda vez que se lleva a cabo un solo juicio y no una suma indeterminada de procesos.

Las acciones colectivas también constituyen una vía para facilitar el acceso a la justicia por otras razones. Son mecanismos procesales que se emplean para la tutela de derechos difusos y colectivos. En el primer caso, se trata del derecho que tienen los integrantes de un conjunto de personas para reclamar una determinada afectación. Las personas que pertenecen a dicho conjunto no se encuentran organizadas ni necesariamente guardan vínculos entre sí.⁸⁴

En el segundo caso, se trata de los derechos de un grupo de personas que mantiene vínculos que los identifican como un colectivo y que han sufrido una afectación que les es común (Ovalle Fabela, 2004: VIII).⁸⁵ Tanto en el caso de los intereses difusos como en el de los colectivos, las vías procesales tradicionales resultan limitadas, toda vez que su diseño responde a esquemas que pretenden solucionar necesidades individuales (Felstiner *et al.*, 1981).⁸⁶

En cambio, mediante las acciones colectivas se genera un modelo de representación en el que los intereses de todos los miembros de un grupo de personas pueden participar en la reclamación y beneficiarse de sus efectos.⁸⁷ El mecanismo permite que la justicia conozca de cuestiones que afectan a un conjunto de personas, cuyos integrantes en lo individual no necesariamente están dispuestos a invertir en perseguir una reclamación.

⁸²Este autor menciona los trabajos de Michele Taruffo, Mauro Cappelletti y de Vincenzo Vigoriti.

⁸³A falta de un mecanismo como la acción colectiva, sería necesario que cada una de las partes agraviadas por el acto que se reclama presente su propia queja y solicite la reparación del daño que le ha sido generado.

⁸⁴Típicamente el caso de los consumidores. Muchos consumidores pueden adquirir un mismo bien; sin embargo, ello no implica que se encuentran organizados para reclamar los daños que determinado bien les puede generar.

⁸⁵Al efecto cita a Vigoriti, quien sostenía lo siguiente: “Las dos fórmulas conciernen a procesos de agregación de los intereses individuales e indican dos estadios diversos de fenómenos homogéneos en la sustancia. A nivel simplemente difuso faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades, no se han establecido los vínculos que pueden dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales; a nivel colectivo existe en cambio una organización, en el sentido de que existen instrumentos de dirección y de control, y la dimensión supraindividual de los intereses adquiere su precisa relevancia jurídica”.

⁸⁶El proceso de toma de decisión para iniciar un reclamo por la vía judicial es complejo y exige conocimientos, acceso a información y disponibilidad de tiempo. Las personas que integran un colectivo no necesariamente coinciden en intereses, en recursos y en motivaciones.

⁸⁷Los esquemas para la formación de la representación en las acciones colectivas pueden ser muy variados. Pero al margen de la forma que se le dé desde el punto de vista procesal, resulta necesario que su integración no resulte gravosa. De otra manera, las ventajas de los procesos colectivos pueden desvanecerse a la luz de la existencia de formalismos para la generación de representación.

La reforma del artículo 17 constitucional por la que se introdujeron las acciones colectivas, contiene dos elementos relevantes. En primer lugar, dispone que la regulación del acceso a la justicia en esta materia sea competencia del Congreso de la Unión. En segundo lugar, establece una jurisdicción exclusiva para conocer dichos procesos en favor del Poder Judicial federal. Ambas cuestiones se tratan a continuación.

Por lo que respecta al primer punto, conviene tener en cuenta que el ámbito material de las acciones colectivas suele ser el del derecho civil.⁸⁸ El texto de la Constitución plantea una redacción de corte restrictivo, en donde cede al legislador federal la potestad para determinar los supuestos, los alcances y las vías para hacer efectivo el derecho a iniciar acciones colectivas.

Sin embargo, el problema práctico de esta medida es que no reconoce que el grueso de los problemas civiles que surgen en el país es competencia de las entidades federativas. Así, teniendo en cuenta el mandato constitucional, puede ocurrir que una cuestión relacionada con el planteamiento de una acción colectiva se sustente en un derecho que tenga su base en un código civil local. En esas condiciones, la legislación sustantiva será local y la adjetiva federal.

También queda abierta la pregunta que se refiere a la posible exclusión de los legisladores de las entidades federativas, como posibles reguladores de acciones colectivas en el ámbito de sus competencias. Es decir, ¿el texto del 17 de la Constitución representa una barrera que restringe la participación de las entidades federativas en la regulación de este tipo de procesos?

Para responder las preguntas anteriores, conviene tener en cuenta que el texto de la Constitución contiene disposiciones semejantes a las que se comenta en materia de distribución de competencias. Un ejemplo es el caso de la legislación mercantil en términos de lo establecido en la fracción X del artículo 73 de la Constitución. Incluso, existe un caso estrechamente ligado al de las acciones colectivas, que es el de la incorporación de los derechos de los consumidores en el artículo 28 de la Constitución.⁸⁹

No obstante, tanto en el caso de la materia mercantil como en el de los derechos de los consumidores, la Constitución hace reserva en materia de legislación sustantiva. El caso de las acciones colectivas es eminentemente adjetivo. Esto no es una cuestión menor, toda vez que el área donde típicamente opera el litigio colectivo es la responsabilidad civil. Así, desde una interpretación literal del texto constitucional parece que las entidades federativas no tienen competencia para legislar en temas adjetivos sobre acciones colectivas. Sin embargo, sí pueden hacerlo en temas sustantivos. Los alcances de la legislación sustantiva son los que no quedan claros.

⁸⁸Como se ha visto líneas arriba, las acciones colectivas se desarrollan como vías procesales que facilitan el reclamo de daños principalmente a través de la vía civil.

⁸⁹Incluso hay temas donde las esferas de competencia en materia federal se tornan muy complejas. Por ejemplo, en el caso de las actividades financieras los temas de protección a consumidores están a cargo de entidades especializadas, y a la Procuraduría Federal del Consumidor le corresponden funciones de menores en esas materias.

Eventualmente, los dos temas deberán ser resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una solución viable para el caso puede ser: realizar una interpretación conforme al mandato constitucional en el sentido de que la garantía establecida en el artículo 17 constitucional se refiere al ámbito federal, pero que ello no excluye la posibilidad de que las entidades federativas establezcan procesos colectivos en el ámbito de sus competencias.

El fundamento de la decisión sería la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y al recurso efectivo. Bajo este razonamiento no se puede sostener que la cláusula del artículo 17 de la Constitución resulte excluyente. El propósito de su incorporación al texto constitucional es asegurar que las colectividades afectadas cuenten con una vía federal para su solución, pero ello no excluye la posibilidad de que las legislaturas locales instauren procesos análogos. Lo contrario implicaría reducir los alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que se limitaría la posibilidad de que las entidades federativas legislaran sobre esta materia, como de hecho lo hacen.⁹⁰

Por lo que respecta al tema de la jurisdicción, la solución puede ser análoga. Es decir, en tanto no exista regulación en las entidades federativas, el único mecanismo viable será la vía federal. Sin embargo, cuando las entidades federativas cuenten con procesos que permitan el litigio de intereses colectivos, los actores podrán tener la opción de escoger el foro en el que desean litigar: federal o local. Desde el punto de vista sustantivo, la competencia debe establecerse en función de las materias y la distribución constitucional.

Mecanismos alternativos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son un conjunto de procedimientos diseñados para permitir que las partes enfrentadas en un conflicto puedan encontrar una solución, sin necesidad de tener que acudir a un proceso jurisdiccional tradicional. Las partes aceptan voluntariamente participar en estos procedimientos. Entre los argumentos empleados para sostener la viabilidad del uso de la justicia alternativa, se encuentra la perspectiva de generar vías que proporcionen a los justiciables soluciones más adecuadas a los problemas que tienen, y un servicio de solución de conflictos menos tecnificado y más fácil de comprender.

En muchas ocasiones se suele considerar que la vía jurisdiccional tradicional no es capaz de proporcionar una solución adecuada al problema que se le somete, que dicha solución no se produce con la suficiente oportunidad o que la falta de consenso en la solución planteada por la vía jurisdiccional requiere de una ejecución forzosa o de vigilar su cumplimiento. A diferencia de estos escenarios, se sostiene que los mecanismos alternativos privilegian la construcción de un consenso entre las partes, de

⁹⁰Véase por ejemplo, el caso del estado de Puebla. El Código de Procedimientos Civiles contiene disposiciones diseñadas para regular la tutela de derechos colectivos. Véase artículo 12 de dicho ordenamiento.

tal forma que las soluciones pueden confeccionarse en función de los intereses y las necesidades de las mismas y en un ambiente de colaboración.

Bajo esta modalidad se incluyen figuras como el arbitraje,⁹¹ la mediación⁹² y la conciliación.⁹³ Este tipo de mecanismos no son novedosos en la práctica jurídica mexicana. Desde hace varios años se emplean con diversas modalidades. Su primera manifestación fue el arbitraje. Esta figura se encuentra regulada en la codificación procesal civil desde hace mucho tiempo. Sin embargo, hasta hace poco su empleo era escaso. En tiempos recientes la situación ha cambiado. El arbitraje ha empezado a observarse con más frecuencia. Asimismo, se ha extendido el empleo de instancias como la conciliación y la mediación.

La reforma a la Constitución tiene una mayor relación con el incipiente empleo de la mediación y la conciliación en sede judicial. Pero también se relaciona con la transición hacia un sistema penal acusatorio.⁹⁴ Para el tratamiento del párrafo correspondiente del artículo 17 de la Constitución, primero se presentan algunas consideraciones en torno al empleo de los mecanismos alternos para resolver controversias. Posteriormente, el comentario aborda directamente el texto del precepto constitucional.

El desarrollo de los medios alternativos para resolver controversias aparece durante los años setenta en Estados Unidos. Esta corriente tenía dos planteamientos torales. El primero aludía a la necesidad de acercar los procesos de resolución de conflictos a la población. Se propugnaba por la desformalización de la justicia y por la construcción de mecanismos capaces de generar soluciones más adecuadas al tipo de problemas que enfrentaba la población.

Una idea fundamental era fortalecer a las comunidades mediante la generación de mecanismos capaces de resolver sus problemas en el seno de las mismas. En esta corriente se inscribía también la perspectiva de mejorar el acceso a la justicia. Bajo el amparo de estas ideas surgieron diversos proyectos que se enfocaron en la atención de necesidades comunitarias (Merry y Milner, 1995: 3 y ss.).

El segundo planteamiento veía en el empleo de los mecanismos alternativos una herramienta para mejorar la eficiencia en el manejo de los conflictos. Frente a un pesado, lento y costoso aparato de justicia, los mecanismos alternos aparecen como medios rápidos, eficientes y baratos para encontrar solución a los conflictos.

⁹¹Arbitraje: Método Alterno adversarial regulado por el Código de Procedimientos Civiles del Estado, mediante el cual uno o más prestadores de servicios de métodos alternos emiten un laudo obligatorio y definitivo para los participantes en conflicto, con objeto de finalizar un conflicto. (Fracción XI, artículo 2° de la Ley de Métodos Alternos para la solución de Conflictos del estado de Nuevo León).

⁹²Mediación: Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes. Artículo 21 de la ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal.

⁹³Conciliación: Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas. Artículo 25 de la ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal.

⁹⁴La reforma constitucional publicada el 10 de febrero de 2014 otorgó al Congreso de la Unión para expedir una ley nacional de mecanismos alternativos en materia penal. La ley en cuestión fue publicada el 29 de diciembre de 2014.

Adicionalmente, se esperaba que el creciente empleo de mecanismos alternos incidiera en la reducción de la demanda de justicia en los tribunales, y así terminar con problemas como la permanente saturación de las instancias judiciales. Esta línea de pensamiento constituyó la base para el desarrollo de diversos proyectos de justicia alternativa, operados bajo el control de organizaciones judiciales (Stone, 2000: 2-5).

A principios de los años noventa, los mecanismos alternativos para resolver controversias se convirtieron en pilares de los procesos de reforma judicial en el mundo (Hammergren, 2008: 92 y ss.). En México, el movimiento apareció en 1997 con la puesta en funcionamiento del centro de justicia alter-nativa del Poder Judicial del estado de Quintana Roo.⁹⁵ A partir de entonces, la mayoría de los poderes judiciales de las entidades federativas han establecido mecanismos similares.⁹⁶ En estos casos el foco de atención de los centros de resolución de conflictos fue la justicia familiar, civil y mercantil.

La discusión de la transición a un proceso penal acusatorio inició en México hacia 2004.⁹⁷ Uno de los elementos clave de la discusión tiene que ver con la incorporación de salidas alternas al proceso penal. La introducción de este tipo de salidas permite generar soluciones en los conflictos penales sin tener que llegar necesariamente a juicio (Stippel y Marchisio, 2002: 24 y ss.).

Bajo esta perspectiva, los operadores del sistema de justicia penal incorporaron en su reforma la implementación de la mediación como un mecanismo para generar salidas alternas. Las estadísticas sobre el empleo de mecanismos alternos en el nuevo proceso penal, indican un empleo desigual de los mismos.⁹⁸ Desde el punto de vista legislativo, los avances en la regulación también son claros.⁹⁹

De esta manera, el empleo de mecanismos alternativos para solucionar conflictos en México se divide en tres grandes ramas: el arbitraje, la mediación en materia civil, mercantil y familiar, y la mediación en materia penal. El párrafo en comento tiene especial relación con el empleo de mecanismos alternos en cuestiones civiles y penales. Al efecto, el mandato constitucional que establece que las leyes deben prever la existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias, debe entenderse como la obligación de contar con legislación que regule la forma en la que este tipo de mecanismos debe relacionarse con el sistema de justicia tradicional.

⁹⁵La primera regulación en materia de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos se publicó en el estado de Quintana Roo en 1997.

⁹⁶En menos de 10 años, más de la mitad de las entidades federativas ya contaban con un programa de solución alterna de conflictos en operación. En 2005 existían oficinas en los poderes judiciales de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco y Tamaulipas. En la actualidad son excepcionales los poderes judiciales que no cuentan con este servicio.

⁹⁷Las iniciativas de reformas a la legislación procesal penal, presentadas por el presidente Vicente Fox Quesada al Senado de la República el 29 de marzo del 2004, pueden tomarse como el punto de partida de la discusión en México.

⁹⁸Véase Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio. Grupo Técnico Especializado, *Informe semestral de las acciones, actividades y resultados*, Setec, México, octubre de 2015.

⁹⁹Véase la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

El mandato constitucional exige definir cuestiones como los requisitos para realizar funciones de conciliador o de mediador. Otra cuestión relevante es determinar los alcances y efectos que estas vías pueden tener sobre los procesos jurisdiccionales ordinarios. También es necesario que se determinen los efectos de los acuerdos a los que se lleguen con motivo del empleo de este tipo de mecanismo.¹⁰⁰

Por lo que respecta a las primeras dos cuestiones, las legislaciones vigentes en las entidades federativas contienen disposiciones que las regulan. De esta manera, se prevé la forma en la que los mediadores pueden certificarse para ejercer dicha función. El proceso de certificación define también el perfil que se espera tengan los aspirantes a ser mediadores.¹⁰¹ Incluso, existen ordenamientos que exigen la existencia de una autorización para ofrecer servicios de mediación y conciliación.¹⁰²

Respecto a los procesos en sí mismos, hay disposiciones que regulan las cuestiones en materia de mecanismos alternos.¹⁰³ También las hay que señalan la forma en que los acuerdos pueden ejecutarse. Para ello, las leyes de varias entidades conceden el carácter de cosa juzgada a los acuerdos a los que voluntariamente llegan las partes.¹⁰⁴

En caso de la justicia penal, el artículo 17 de la Constitución indica que las leyes que regulen mecanismos alternos deben explicitar los casos en que se requiere que un juez intervenga para validar los convenios. La medida pretende asegurar que las partes que concurren a la mediación o a la conciliación conozcan los alcances de lo que acordaron y que no resulte desproporcionado para alguna de las partes, que no existan abusos y que no se afecte el interés público.

Los juicios orales

El quinto párrafo del artículo 17 de la Constitución dispone que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deban ser explicadas en audiencia pública, previa citación de las partes. La medida se sitúa en el contexto de las reformas por las que se establece un proceso penal acusatorio en el texto de la Constitución.¹⁰⁵

El mandato constitucional pretende salvaguardar tres cuestiones. En primer lugar, se refiere a la oralidad, misma que se identifica más como una técnica de comunicación procesal que como una garantía del debido proceso en materia penal. En segundo lugar, alude al principio de inmediación, que se enfoca en asegurar que la comunicación entre las partes y el juez sea directa y que la sentencia sea precisamente el resultado

¹⁰⁰Estas cuestiones son tratadas en la mayoría de las leyes que regulan la existencia de mecanismos alternativos en las entidades federativas. Un ejemplo puede ser el caso de Guanajuato, donde existen disposiciones tanto en la Constitución del estado como en la ley estatal de la materia.

¹⁰¹Por ejemplo, véase el artículo 10 de la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del estado de Nuevo León.

¹⁰²Véase artículo 3 de la Ley de Justicia Alternativa del estado de Guanajuato.

¹⁰³Véase el artículo 3 de la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del estado de Nuevo León.

¹⁰⁴Para los asuntos civiles, véase el artículo 4 de Ley de Justicia Alternativa del estado de Guanajuato.

¹⁰⁵Reforma publicada el 18 de junio de 2008.

de dicha comunicación. En tercer lugar, garantiza el principio de publicidad del proceso penal, en este caso, en lo que se refiere a la sentencia.

La oralidad en el proceso penal se presenta como la vía que permite que exista comunicación entre las partes y que se genere un debate efectivo. El debate oral hace posible exponer las posturas diferenciadas de las partes y les da oportunidad para generar argumentos que convencan a los juzgadores. A través de la oralidad también se puede tener una mejor aproximación a la manera en la que se desahogan las pruebas que aportan las partes. Permite interrogar con mayor precisión a los testigos y garantiza la fluidez de las audiencias. Por estas razones, la oralidad aparece como un medio que permite hacer efectivos principios como el de la inmediación, la concentración, la contradicción y la publicidad, que pueden ser efectivos en los procesos (González Álvarez, 1996: 89 y ss.).

Por lo que respecta a la inmediación, el precepto constitucional resguarda el principio de unidad entre el debate y la sentencia (Maier, 2002: 657). Esto significa que la determinación que se da para concluir con un juicio penal no puede desligarse en forma alguna de lo que ocurrió dentro del desarrollo del proceso. En el entendido que todo el proceso se desarrolló frente al juez o a los jueces encargados de emitir la resolución.

De esta manera, la resolución se presenta como la respuesta que dan los jueces al debate que se produjo entre las partes durante el desarrollo del juicio. Precisamente, por tener tal carácter se exige que la respuesta se produzca en un momento que resulte inmediato a la conclusión del debate. Para tal efecto, la legislación procesal penal suele establecer que los jueces deberán retirarse a deliberar la conclusión del proceso y, acto seguido, comunicar su resolución.¹⁰⁶ Una vez comunicada la resolución, los jueces cuentan con algunos días para publicar la redacción definitiva del fallo.

Por último, conviene hacer mención del principio de publicidad, a propósito de la obligación de los jueces de hacer públicas sus resoluciones en los términos establecidos en el párrafo en comento. La publicidad del proceso penal es una garantía tanto para el procesado como para la sociedad en general. En el primer caso, la publicidad reduce la posibilidad de que el procesado en una causa penal sea víctima de abusos y arbitrariedades.

En el segundo caso, la publicidad permite que la sociedad conozca la manera en la que funciona el sistema de justicia penal y los resultados de los procesos. Y genera información para conocer las razones por las que se consideran responsables o absueltos de la comisión de delitos. Asimismo, permite constatar que cuando se acredita a alguien como responsable de la comisión de un delito, recibe una pena. El principio de publicidad se reconoce en diversos instrumentos que regulan el proceso penal.¹⁰⁷ En el caso de la publicidad de las sentencias, el artículo 14 párrafo primero, del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, establece expresamente la necesidad de hacer públicas las sentencias en los procesos penales.¹⁰⁸

¹⁰⁶Véase artículo 400 y siguientes del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁰⁷Por mencionar algunos, el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución. El artículo 8 párrafo quinto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰⁸“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la

La defensoría pública

El séptimo párrafo del artículo 17 de la Constitución se refiere a la necesidad de garantizar la existencia de un servicio de defensa pública de calidad. De este mandato se derivan dos cuestiones. La primera tiene que ver con el derecho que tienen todas las personas a contar con un defensor público de calidad. El segundo es la obligación de la Federación y las entidades federativas de establecer un servicio profesional de carrera para los defensores públicos, y de asegurarles una remuneración adecuada, como una condición necesaria para establecer un servicio de defensoría pública de calidad.

Por lo que respecta a la necesidad de garantizar un servicio de defensa pública de calidad, conviene tener en cuenta que este párrafo se relaciona con lo establecido en la fracción VIII, apartado B, del artículo 20 Constitucional (Maier, 2002: 550-551).¹⁰⁹ También se relaciona con la garantía de justicia completa establecida en el segundo párrafo del artículo 17 en comento, como ya ha quedado asentado líneas arriba.

Sin embargo, lo relevante de este pasaje es que proporciona las bases para establecer un parámetro que permita medir la calidad de la defensa pública. De esta manera, los procesados pueden reivindicar el derecho de contar con defensores preparados y capaces.¹¹⁰ Las inasistencias y los cambios en la integración de la defensa pueden constituir elementos que permitan presumir que el servicio de defensa pública no es de calidad.¹¹¹

substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

¹⁰⁹Esta fracción reconoce la necesidad de garantizar la existencia de una defensa técnica en todo proceso penal.

¹¹⁰Desde el punto de vista formal, puede citarse la siguiente tesis sobre defensa adecuada: Defensa adecuada. Formalidades que debe observar el tribunal de alzada al designar al defensor de oficio (Legislación del Estado de Tabasco). El tribunal de alzada antes de abrir el procedimiento a prueba y previo a la celebración de la audiencia de ley, al designar al defensor público, debe observar las directrices siguientes: a) Designar defensor de oficio de su adscripción señalando su nombre y apellidos (para que el reo identifique a la persona que defenderá sus intereses); b) Requerir expresamente al defensor para que acepte el cargo y proteste su desempeño en términos de los artículos 163 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco y 21, fracción I, de la Ley de Defensoría de Oficio del propio Estado, y c) Vigilar que esa aceptación y protesta se lleven a cabo (en el entendido de que puede ser tácita o expresa); todo lo cual es relevante porque ninguna de las garantías del reo durante el proceso penal, incluyendo la segunda instancia, puede concebirse como un mero requisito o formalidad superficial, sobre todo si se trata de salvaguardar la garantía de defensa que, para ser eficaz y permitirse su instrumentación, requiere de la real participación del defensor en el procedimiento, pues ese derecho fundamental ha de interpretarse en el sentido de que la persona que acude a la apelación en un proceso penal, cuente con la ayuda efectiva del defensor legal, sea particular o de oficio. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, abril de 2011, p. 1296, Tesis: VII.1.º (IV Región), 17 P.

¹¹¹Una tesis donde se adelantan algunos elementos que pueden indicar calidad en la defensa: Audiencia de vista en primera instancia. Su celebración con la presencia del defensor público designado oficiosamente en el acto por el juez del conocimiento, en virtud de la inasistencia del defensor particular nombrado por el inculpado, implica una violación a la garantía de defensa adecuada prevista en la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución federal (Legislación del Estado de Chiapas). El artículo 330 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, regula la forma en que debe celebrarse la audiencia de vista en primera instancia. En relación con la asistencia de las partes a tal diligencia,

Incluso es posible pensar en la calidad de los argumentos que se presentan como elementos para considerar que no hubo una defensa de calidad.¹¹²

Respecto de la obligación de establecer un servicio profesional de carrera, la disposición constitucional representa un avance fundamental para la consolidación de los servicios de defensoría. Dicha disposición puede tener como objetivo fundamental la garantía de un servicio de calidad para las personas, pero al mismo tiempo puede convertirse en un mecanismo de defensa frente a arbitrariedades en contra de los defensores públicos.

El efecto es que los defensores públicos pueden invocar este precepto para defender su permanencia en el cargo. El reto consiste en que las entidades federativas logren establecer mecanismos que permitan reclutar y retener profesionales capaces para ofrecer el servicio de defensa pública.

La prohibición de la prisión por deudas civiles

La prohibición de mantener en prisión por deudas civiles aparece por primera vez en el ordenamiento constitucional mexicano de 1857. Si bien por aquellas fechas la cuestión ya se encontraba prácticamente en desuso, el constituyente consideró necesaria su inclusión expresa en el texto constitucional (Lozano, 1876). El constituyente de 1917 mantuvo dicha postura y la prohibición permanece hasta nuestros días en la Constitución.

dicho precepto establece, desde su promulgación en 1938, lo siguiente: “La audiencia se realizará concurran o no las partes, pero el Ministerio Público no podrá dejar de asistir a ella [...]”. Por su parte, en la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de 1993, se instituyó la garantía de hacer saber al inculcado el derecho fundamental de una defensa adecuada, para que esté en posibilidad de nombrar al defensor o persona de confianza que lo asista en el proceso, y sólo en el supuesto de que no lo haga, el Juez puede designar uno de oficio, constituyendo un complemento de dicha garantía el hecho de que el defensor designado —sea particular o el de oficio— comparezca en todos los actos del proceso con la correspondiente obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Además, como el numeral citado en primer término no ha sido reformado desde su promulgación, esto es, no se ha adecuado a la Normativa Suprema, ello implica que ha quedado desfasado en relación con el Ordenamiento Superior. En esas condiciones, como la legislación ordinaria resulta contraria al precepto constitucional mencionado, por el hecho de que no fue adecuada a su texto, pues el inculcado tiene el innegable derecho de estar asistido por su patrocinador legal en todos los actos del proceso, lo cual incluye la audiencia de vista en primera instancia, resulta inconcuso que en atención al principio de supremacía constitucional consagrado en el dispositivo 133 de la Carta Magna, los juzgadores deben acatar lo dispuesto en ésta, cuando la legislación local se oponga a ella. Por tanto, la celebración de la audiencia de vista con la presencia del defensor público designado oficiosamente en el acto por el Juez del conocimiento, en virtud de la inasistencia del defensor particular nombrado por el inculcado, implica una violación a la garantía de defensa adecuada tutelada por el citado precepto constitucional; lo anterior es así, porque el no dar al inculcado la oportunidad de reiterar el nombramiento de defensor o nombrar a uno distinto, se traduce en coartar el efectivo ejercicio de dicha garantía, el cual consiste en el derecho de nombrar a la persona que desea lo defiende, aunado a que con la designación en el momento mismo en que se celebra la referida audiencia, si bien se asegura la presencia del defensor, no se garantiza la eficacia de la defensa, en la medida en que no se le otorga el tiempo ni los medios para su preparación ni para alegar en la audiencia u ofrecer pruebas. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, agosto de 2008, p. 1061, Tesis: XX.2.º89 P.

¹¹²Con frecuencia es posible observar escritos de defensores públicos que interponen recursos de apelación donde manifiestan no haber encontrado agravio alguno en la sentencia recurrida y solicitan se supla la deficiencia de su queja.

La interdicción de la prisión por deudas civiles, evita que la detención sea empleada como un medio para efectuar el cobro de una deuda. Asimismo, restringe la aplicación del derecho penal para cobrar deudas mediante la prohibición de tipos penales que intenten establecer penas por el incumplimiento de obligaciones pecuniaras. Es precisamente sobre este último punto donde parece pertinente destacar la forma en la que dicha prohibición ha sido interpretada por los tribunales federales.¹¹³

Una primera cuestión que ha tratado la jurisprudencia, se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones fiscales y la posibilidad de sancionar penalmente la evasión fiscal. Esto ha sido resuelto al considerar que el derecho fundamental contenido en el artículo 17 de la Constitución se circunscribe a las relaciones originadas en el marco del derecho privado, quedando excluidas las obligaciones generadas en un ordenamiento de carácter público, como lo son las obligaciones fiscales.¹¹⁴

En lo que respecta a los delitos relacionados con el cumplimiento de obligaciones de carácter familiar, los criterios de los tribunales reconocen implícitamente la excepción planteada en el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al considerar punibles cuestiones como el incumplimiento de deberes alimentarios. En este caso el argumento establece que la obligación alimentaria se deriva de una ley y no de un acuerdo de voluntades. En consecuencia, se estima que la prohibición constitucional no incluye la posibilidad de emplear el derecho penal en los casos en los que se incumple una obligación establecida en una ley.¹¹⁵

¹¹³En términos generales, es necesario reconocer que la interpretación de la prohibición que nos ocupa, a cargo de los tribunales federales, todavía requiere de mayores precisiones y una mejor definición de los alcances del texto constitucional.

¹¹⁴Defraudación fiscal. El artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, que prevé ese tipo penal, no viola el último párrafo del artículo 17 de la Constitución federal. El derecho fundamental establecido en el último párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se circunscribe a la prohibición del aprisionamiento por deudas de carácter puramente civil, por lo que únicamente tiene el alcance de abarcar las relaciones que se generan entre deudor y acreedor en el campo del derecho privado, de manera que las originadas por la aplicación de una ley de carácter público quedan excluidas. En consecuencia, el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, que prevé que la conducta típica de defraudación fiscal consiste en omitir el pago de alguna contribución u obtener un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal, no viola el referido derecho constitucional, ya que la deuda que pudiera resultar de la comisión de ese delito es de carácter público, además de que el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio del fisco federal. Novena Época, Primera Sala, SJF, XIX, febrero de 2004, p. 86, Tesis: 1.ª X/2004. Un criterio semejante puede verse en Crédito fiscal. No tiene carácter de deuda civil para los efectos de aplicación del artículo 17 constitucional. Séptima Época, Sala Auxiliar, SJF, 37 Séptima Parte, p. 17.

¹¹⁵Abandono de persona. El artículo 336, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, no es violatorio del numeral 17 constitucional. El tipo penal de abandono de persona previsto por el precepto 336, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal no sanciona el incumplimiento de una deuda civil, prohibido por el ordinal 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por ende, es inexacto que pueda equipararse la obligación alimentaria que tiene el deudor respecto de sus acreedores, al carácter estrictamente civil de un adeudo, porque la propia Constitución federal, al expresar en su artículo 17 que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, está determinando, con el vocablo “puramente”, una situación particular y concreta cuya interpretación obliga a ser literal, de donde resulta que dicha prohibición tiene sólo el alcance de relaciones de deudor acreedor que se generan en el campo del derecho privado, que en este caso se refiere al civil, quedando desde luego fuera las relaciones entre deudor y acreedor cuando aquéllas se generen por la aplicación de una ley, con fundamento en la cual en sentencia definitiva se impone una condena de carácter público, teniendo en este caso la deuda que resulte, inevitablemente, el mismo carácter; en el sentido de opuesta a la de naturaleza civil o privada. Esto es así, dado que la obligación alimentaria no nace de un acuerdo entre dos o más personas que tengan por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, que es el origen de las deudas de ca-

Los criterios empleados en las tesis emitidas por los tribunales federales en materia de delitos fiscales y de incumplimiento de obligaciones alimentarias, cambian necesariamente cuando la controversia se centra en la constitucionalidad de disposiciones penales que tipifican la emisión de cheques sin fondos o el fraude.

En el caso del cheque sin fondos, la interpretación judicial trata de justificar la constitucionalidad del tipo penal al considerar que se trata de un precepto destinado a tutelar el patrimonio de las personas, que requiere para su configuración del engaño para obtener alguna cosa o de una conducta encaminada a obtener un lucro indebido.¹¹⁶

Por lo que respecta al fraude, los criterios se basan en una distinción entre el carácter del derecho penal y su función de proteger los intereses de la sociedad, y el del derecho civil y su tutela de los intereses entre particulares. A partir de dicha distinción, se trata de justificar la constitucionalidad del fraude al establecer que el engaño o el aprovechamiento del error de otro para obtener una cosa o un lucro indebido, afectan el interés social y consecuentemente deben ser conductas que merecen ser castigadas por el derecho penal.¹¹⁷

rácter civil, sino que surge de la propia ley y se concretiza a través de una determinación jurisdiccional, en una sentencia emitida al resolverse no una controversia civil, sino una de carácter familiar, que si bien es cierto forma parte del derecho civil y, por ende, se regula por los códigos adjetivo y sustantivo de dicha materia, también lo es que por ser la subsistencia de los ciudadanos de vital trascendencia para una sociedad y por ello para el Estado, en tutela del sano desarrollo psicosomático de los miembros de la colectividad, la obligación de dar alimentos al cónyuge y a los hijos es de orden público, porque de inicio se trata de una obligación legal, ya que proviene de la ley y no de un convenio privado celebrado entre particulares, por lo cual prevalece el interés público sobre el privado y, por tanto, la omisión de dar alimentos constituye una deuda pública o legal. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, SJF, XVI, septiembre de 2002, p. 1319, Tesis: I.9o.P7 P.

¹¹⁶Cheque sin fondos. El artículo 387, fracción XXI, del Código Penal para el Distrito Federal, no es violatorio del artículo 17 constitucional, pues no establece una pena de prisión por deudas de carácter civil. El artículo 387, fracción XXI, del Código Penal para el Distrito Federal, tipifica como delito el libramiento de un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o porque carezca de fondos para el pago, previniendo que no se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido. El precepto en cuestión no infringe lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que no establece una pena de prisión por deudas de carácter civil, puesto que su fin es tutelar el patrimonio de las personas. Ello es así, porque el precepto no sanciona el incumplimiento de la obligación civil de pago, sino la conducta del sujeto encaminada a obtener un lucro indebido o procurarse ilícitamente de una cosa mediante el engaño, lo que se pone de manifiesto cuando el precepto dispone que no se procederá contra el sujeto activo cuando el libramiento del cheque no hubiese tenido un fin ilícito. En esas condiciones, el hecho de que exista una vía distinta de la civil para obtener el pago del cheque, resulta intrascendente, pues la mercantil y la vía penal tienen objetos distintos, enfocada la primera a obtener el cumplimiento de la obligación y la segunda a tutelar un bien jurídico, reprimiendo las conductas contrarias a derecho. Novena Época, Pleno, SJF, III, marzo de 1996, p. 83, Tesis P. XXXII/96.

¹¹⁷Fraude genérico. El artículo 386 del Código Penal del Distrito Federal, que lo prevé, no viola el artículo 17 de la Constitución federal, pues no establece una pena de prisión por deudas de carácter civil. La represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, cuyo objeto es la imposición de la pena; la responsabilidad civil, en cambio, se funda en el daño causado a los particulares y su propósito es la reparación de ese daño en provecho de la persona lesionada. Ahora bien, el dispositivo legal mencionado que tipifica el delito de fraude genérico, señala como elementos: a) que se engañe a uno o se aproveche del error en que se halle y b) que por ese medio se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido; tales elementos evidencian el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, de modo que al estar tipificada dicha conducta en el Código Penal, es punible; sin embargo, el tipo penal descrito no viola lo dispuesto por el último párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter civil pues, como se advierte de su análisis, el fraude genérico no se vincula a la existencia de una deuda de tal naturaleza, sino a la conducta encaminada a obtener un lucro por medio del engaño o el error. Novena Época, Segunda Sala, SJF, XV, abril de 2002, p. 583, Tesis: 2.ª XXXVIII/2002. Existe una tesis

Para concluir el presente apartado, me referiré a un criterio en el que los tribunales federales consideran que la sustitución de la pena condicionada al pago de la reparación del daño, no representa una violación de la prohibición de prisión por deudas civiles. Al efecto, se estima que el origen del adeudo es una sentencia penal y no un acuerdo de carácter civil.¹¹⁸

Bibliografía

- CAPPELLETTI, Mauro y Brian Garth, “General Report”, en Mauro Cappelletti y Brian Garth (eds.), *Access to Justice. A World Survey*, Milán, Dott. A. GiuffrèEditore, 1978.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005.
- CONCHA, Hugo y José Antonio Caballero, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela jurisdiccional efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994.
- DAMASKA, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- DIEZ PICAZO, Ignacio, “Comentario al artículo 24”, en Óscar Alzaga Villamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978, tomo III, artículos 24 a 38*, Madrid, Cortes Generales/eDersa, 1996.
- FELSTINER, William, Richard L. Abel y Austin Sarat, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...”, *Law and Society Review*, vol. 15, 1981, p. 631.
- FIX FIERRO, Héctor, “Comentario al artículo 17 de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, LV Legislatura-Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa, 1997.
- _____ (ed.), *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004a.

donde la distinción entre lo civil y lo penal se concentra en el engaño. Fraude, delito de. El artículo 317, fracción III, del Código Penal del Estado de México, no contraviene lo dispuesto por el artículo 17 constitucional. Novena Época, Pleno, SJF, II, agosto de 1995, p. 71, Tesis: P. XLII/95.

¹¹⁸Pena, sustitución de la. Condicionada al pago de la reparación del daño, no transgrede lo dispuesto en el artículo 17 constitucional (Legislación del Estado de Puebla). Conforme a lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, una vez pagada la multa que sustituya la prisión, así como la sanción pecuniaria, incluida la reparación del daño que se hubiere impuesto, la autoridad que conmutó la sanción ordenará la libertad del sentenciado. Ahora bien, dado que la reparación del daño es impuesta por la autoridad judicial como pena por la comisión de un delito, la circunstancia de que el legislador condicione el beneficio derivado de la sustitución de la pena privativa de la libertad por una de carácter pecuniario o patrimonial, al pago de la citada reparación no da lugar a un aprisionamiento por deudas de carácter puramente civil, prohibido por el artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el referido pago no deriva de una deuda de ese carácter, sino de una sentencia penal, constituyendo una condición de efectividad para que el sentenciado tenga el derecho de recuperar su libertad. Novena Época, Pleno, SJF, IX, abril de 1999, p. 35, Tesis: P. XVIII/99.

- , “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2004b.
- GIRARD, René, *La violencia y lo sagrado*, 3a. ed., traducción de Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 1998.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “La oralidad como facilitadora de los fines, garantías y principios del proceso penal”, en *Ciencias Penales*, año 9, núm. 11, 1996, p. 89.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- HAMMERGREN, Linn, “Twenty Five Years of Latin American Judicial Reforms Achievements, Disappointments, and Emerging Issues”, en *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. 9, núm. 1, Winter-Spring, 2008, p. 89.
- HENSLER, Deborah et al., *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Mónica, Rand Corporation, 2000.
- LÓPEZ AYLÓN, Sergio (coord.), *Justicia Cotidiana. Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*, CIDE, México, 2015.
- LOZANO, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio, 1876.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, tomo I, Fundamentos, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2002.
- MERRY, Sally Engle y Neal Milner, “Introduction”, en Sally Engle Merry y Neal Milner, *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the United States*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1995.
- O’DONELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2012.
- OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- RICHTER, Jaqueline y Carmen Luisa Roche, “Acceso a la justicia y solución alternativa de conflictos”, en *Los medios alternativos de resolución de conflictos. XXVI Jornadas “J. M. Domínguez Escobar”*, Barquisimeto, Venezuela, Banco Mundial/Tribunal Supremo de Justicia/ Universidad Central de Venezuela/ Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, 2001, pp. 21-68.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2005.
- STONE, Katherine V. W., *Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution*, Nueva York, NY Foundation Press, 2000.
- SHAPIRO, Martin, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1986.
- STIPPEL, Jörg y Adrián Marchisio, “Introducción”, en *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 21.
- WORLD BANK, *Doing Business 2016, Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, D. C., 2016.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “Análisis económico de los costos de acceso a la justicia en el fuero federal y en el fuero común (estado de Jalisco)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, año XLV, núm. 201-202, 1995, p. 281.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 2a. ed., traducción de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa/UNAM, 1989.

Artículo 17

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 17-III-1987

LIII LEGISLATURA (1-IX-1985/31-VIII-1988)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1983/30-XI-1988

Se divide el artículo en cuatro párrafos y se amplía para darle mayor certeza a las garantías y derechos de acción procesal. Se establece que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales, que estarán expeditos para impartirle los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

También se señala la gratuidad total de las actuaciones del Poder Judicial; esto es, la prohibición de costas judiciales, y se establece que se tendrá que garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de resoluciones.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

La reforma establece que las leyes deberán crear mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal; regular su funcionamiento de tal forma que aseguren la reparación del daño, y establecerán casos en los que se requiera supervisión judicial.

También se instituye que aquellas sentencias que pongan fin al procedimiento oral, se explicarán en audiencia pública. La Federación, los estados y el Distrito Federal crearán un servicio de defensoría pública de calidad y dispondrán las condiciones para la creación de un servicio profesional de carrera; las percepciones de estos defensores públicos no podrán ser menores a las que correspondan a un ministerio público.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-VII-2010

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se adiciona un párrafo tercero y se establece el derecho a las acciones colectivas, subsanando las faltas en los juicios de amparo que eran unipersonales y a instancia de parte, dejando en la indefensión a comunidades y personas colectivas. La Constitución acoge las acciones colectivas como medio de defensa de comunidades diversas a través de quien, con o sin poder o representación de documento público, sustente la reclamación de un derecho que atañe evidentemente a su entorno, a su comunidad social.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-I-2016

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el párrafo séptimo del artículo y se elimina la mención del Distrito Federal en éste, siguiendo los lineamientos de la reforma que crea la Ciudad de México como una entidad federativa.

Artículo 18

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El presente artículo hace referencia a la construcción del sistema penal, si bien desde el Antiguo Régimen en México existieron cárceles donde se remitía a quienes ocasionaban algún delito, también es cierto que no existía un sistema penal bien organizado ni especializado, razón por la cual las cárceles fueron, continuamente, un objeto de críticas por su inseguridad y estado malsano. No será sino a fines del siglo XVIII, cuando el pensamiento ilustrado pugne con la constitución de un sistema penal más adecuado, respetando los derechos de los hombres a un proceso legal adecuado y a purgar sus penas en instituciones de corrección bien constituidas.¹ Los derechos a un resto bajo los marcos establecidos por la ley fueron bien señalados desde los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Para el caso mexicano, el pensamiento ilustrado trajo también estas ideas pero fue la Constitución de Cádiz la primera en considerar aspectos concretos al respecto. En su artículo 297, señaló que se dispondrían cárceles que sirvieran para asegurar y no para molestar a los presos.² Asimismo se indicó que en ellas el alcaide tendría separados a los reos que el juez ordenara tener sin comunicación “pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos”. Esto último fue una lucha constante y uno de los puntos fundamentales en la constitución de un sistema penitenciario pues todavía hasta bien entrado el siglo XIX, en los diversos estados, se

¹Sobre el tema puede verse María Cristina Sacristán, “El pensamiento ilustrado ante los grupos marginados de la ciudad de México, 1767-1824”, en Regina Hernández Franyuti, *La ciudad de México en la primera mitad del siglo XIX*, tomo II: Gobierno y política, sociedad y cultura, primera reimpression, México, Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, 1998, pp. 187-249.

²Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

18

Sumario Artículo 18

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	119
Texto constitucional vigente.	123
Comentario Sergio García Ramírez Introducción	125
Consideración general y fines del sistema penal en su conjunto	126
Prisión preventiva.	131
Sistema penitenciario.	136
Ejecución de la pena en lugares cercanos al domicilio del sentenciado	144
Ejecución extraterritorial de condenas.	146
Reclusorios y medidas especiales	151
Juez de ejecución.	154
Sistema de justicia integral para adolescentes.	156
Bibliografía	167
Trayectoria constitucional	169

estaban publicando órdenes y reglamentos para mejorar la construcción de las cárceles, establecer presupuestos para su elaboración y hacerlas más seguras y limpias.³

Con miras en ello, precisamente, la Constitución gaditana puso en manos de los ayuntamientos (artículo 321) el cuidar de la construcción y reparación de las cárceles. Poco más tarde, la Constitución de Apatzingán de 1814, también precisó en esta materia, en particular sobre asuntos de legalidad en los procesos de aprehensión. En sus artículos 21 al 23, dicho texto señaló que sólo las leyes podían determinar los casos en que podría ser acusado o preso algún ciudadano. La propia ley debía reprimir todo rigor que fuera más allá del necesario para el aseguramiento de los acusados y decretar penas proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad.⁴

Sobre esto último recordemos que justo en las primeras décadas del siglo XIX, predominaron las teorías utilitaristas, que advertían que todo hombre debía ser útil a la sociedad. De ahí que las medidas tomadas para la corrección de los reos estuvieran orientadas a instruirlos para hacer de ellos hombres nuevamente útiles a su sociedad. En el Proyecto de Constitución formulado por J. Joaquín Fernández de Lizardi de 1825, esto fue muy claro, en sus artículos 31 al 35 se dispusieron medidas como las siguientes: en primer lugar se reconoció que las cárceles en México eran “semilleros de vicios y lugares para atormentar la humanidad”. Para buscar que los inculpados salieran de ellos menos viciosos de lo que habían entrado se ordenaba, además de hacerlas más seguras y sanas, que en todas ellas existieran departamentos de oficios y artes mecánicas dirigidas por profesores hábiles y no por delincuentes. Con ello se buscaba que todos los reos aprendieran algún oficio que incluso les permitiera, a quienes la tuvieran, ayudar a sus familias. Como complemento, con la finalidad de evitar todo vicio y crimen se ordenó que no se permitieran en las cárceles “naipes, dados, licores ni armas cortantes”.⁵

Este proyecto es uno de los que mejor resume las preocupaciones de los gobiernos por consolidar el sistema penitenciario. Ya los textos anteriores como el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y la propia Constitución Federal de 1824, habían puesto su atención sobre el ordenamiento de los procesos legales de aprehensión y el establecimiento de una Corte Suprema de Justicia y tribunales estatales, falta ahora consolidar este sistema con la instauración de cárceles como se enunció en el citado proyecto de Fernández de Lizardi.

Algo similar se contempló en las Leyes Constitucionales de 1836, donde se señaló, como responsabilidad de los gobernadores de los estados, la conservación del orden público en el interior de sus departamentos y excitar a los tribunales y jueces para la

³Al respecto puede verse la Orden de 27 de abril de 1832 del Congreso del estado de Veracruz, “Dictando varias medidas para que se construyan cárceles seguras y salubres”, en Carmen Blázquez Domínguez y Ricardo Corzo Ramírez (coords.), *Colección de leyes y decretos del Estado de Veracruz, 1824-1919*, tomo II, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1997, p. 454.

⁴“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

⁵“Proyecto de Constitución formulado por J. Joaquín Fernández de Lizardi”, 1825, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Textos previos, comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 174.

pronta y recta administración de justicia (ley sexta, artículo 7^o).⁶ Para su auxilio se conformarían juntas departamentales que tendrían a su cargo la conservación y mejora de los establecimientos de instrucción y beneficencia pública así como de vigilar el ramo de policía (ley sexta, artículo 14). Más claras aún fueron las Leyes Constitucionales, al señalar entre las tareas de los ayuntamientos “la policía de salubridad y comodidad: cuidar de las cárceles, de los hospitales y casas de beneficencia” y auxiliar a los alcaldes en la conservación de la tranquilidad y orden públicos, lo anterior con entera sujeción a las leyes y reglamentos (ley sexta, artículo 25).

Años más tarde, en 1842, nuevas medidas se fueron consolidando. En el Primer Proyecto de Constitución, por ejemplo, en su artículo 118, precisó que los edificios destinados para la detención serían diversos a los de prisión.⁷ Más explícito fue este punto en el Segundo Proyecto de Constitución, de noviembre del mismo año. En su artículo 13, fracciones XIII y XVII, se estipuló que la detención y prisión se verificarían en edificios distintos, y se señaló que la ley especificaría los trabajos útiles a que los jueces podrían sujetar a los formalmente presos para su ocupación y los medios necesarios para la seguridad de las prisiones.⁸

Para mediados de siglo, el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana resumió lo que hasta entonces se había contemplado sobre la materia en su artículo 49. Entonces, se ordenó que se arreglarían las prisiones de manera que los detenidos estarían separados de los presos y no se les obligaría a tener comunicación y ni a unos ni a otros podría sujetárseles a tratamiento alguno que importara una pena. Además, las leyes fijarían los trabajos útiles a que pudieran ser obligados los presos, y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones.⁹ Para el mismo año, el Proyecto de Constitución, precisó que la prisión se realizaría sólo en caso de que el delito cometido involucrara pena corporal, poniendo en libertad bajo fianza al detenido que no mereciera dicha pena. Estas consideraciones fueron retomadas un año después y se plasmaron como parte del artículo 18 de la Constitución de 1857:

Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero.¹⁰

En el texto del artículo constitucional vino a complementar los lineamientos expresados con anterioridad en otros textos jurídicos, añadiendo el derecho de fianza para

⁶Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁷Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Primer_proyecto_de_Constituci_n_Constituci_n_Pol_t_1426.shtml.

⁸Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, en *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 54.

⁹Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

¹⁰Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

una libertad inmediata cuando la prisión preventiva no fuera necesaria. Las medidas anteriores siguieron vigentes, muestra de ello es su contemplación en los artículos 66 y 67 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865. En dichos artículos se señaló que las cárceles se organizarían “de modo que sólo sirvan para asegurar a los reos, sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de la prisión”. Asimismo se precisó en las cárceles habría siempre una separación entre los “formalmente presos y los simplemente detenidos”.¹¹

Estos puntos se mantuvieron, y a inicios del siglos XX se sumaron nuevas medidas. Durante el porfiriato, las cárceles se convirtieron en un factor primordial debido a la idea del presidente de la necesidad de implementar el orden en la sociedad mexicana como preámbulo para alcanzar el progreso. No obstante, durante dicho periodo (1877-1911) hubo fuertes críticas al gobierno por los trabajos forzados a que eran obligados muchos de los reos, los cuales en ocasiones no eran sino presos políticos, que aunado al mal estado de las cárceles, hicieron que entre las reformas contempladas por el Partido Liberal Mexicano se encontrara una que propuso establecer, cuando fuera posible, colonias penitenciarias de “regeneración”, en lugar de las cárceles y penitenciarías “en que hoy sufren el castigo los delincuentes” (artículo 44).¹²

La propuesta fue retomada, en parte, en 1916 cuando Venustiano Carranza presentó el Proyecto de Constitución, en su artículo 18 señaló, además de la separación entre acusados y presos formales, y la retención sólo en caso de que el delito mereciera pena corporal, que toda pena de más de dos años de prisión se haría efectiva en “colonias penales o presidios” que dependerían del gobierno federal. No obstante, en ese texto no se menciona lo propuesto por el PLM sobre que estas colonias fueran “de regeneración”. No obstante, el texto propuesto en 1916 sufrió cambios al plasmarse un año más tarde en la Constitución de 1917, señalándose en ella que los gobiernos de la Federación y de los estados organizarían en sus territorios el sistema penal, “colonias penitenciarias o presidios”, considerando el trabajo como “medio de regeneración”.¹³

¹¹Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

¹²Programa del Partido Liberal Mexicano y Manifiesto a la Nación, 1906, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.

¹³Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

Artículo 18

Texto constitucional vigente

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

18

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.¹⁴

La Federación y las entidades federativas podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.¹⁵

La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.¹⁶

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el

¹⁴Párrafo reformado, *DOF*: 10-06-2011.

¹⁵Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

¹⁶Párrafo reformado, *DOF*: 02-07-2015, 29-01-2016.

pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.¹⁷

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.¹⁸

¹⁷Párrafo reformado, *DOF*: 02-07-2015.

¹⁸Artículo reformado, *DOF*: 23-02-1965, 04-02-1977, 14-08-2001, 12-12-2005, 18-06-2008.

Artículo 18

Comentario por **Sergio García Ramírez**

Introducción

18

El artículo 18 contiene diversas prevenciones relevantes del régimen penal mexicano. Se ha referido, en una de sus expresiones centrales, a la finalidad de las penas y a los medios para alcanzarla, aunque la reforma de 2007-2008 redujo la pretensión constitucional y se contrajo al régimen penitenciario. El mismo precepto comentado alude a la prisión, tanto preventiva como punitiva. Otras normas abordan el tema desde diversas perspectivas; así, los artículos 5º, 19 y 20, en alguna medida.

Además, el artículo 18 determina casos de ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias, originalmente en aras del principio de readaptación social de los delinquentes, que había sido el signo primordial de la Constitución en este orden de cosas, y ahora bajo el rótulo —mucho menos exigente— de la denominada reinserción social. Asimismo, el precepto examinado fija los lineamientos generales a propósito de la justicia para adolescentes, a los que antes de la reforma de 2005 se denominaba *menores infractores*.

Vale recordar que el artículo 18, ubicado en el capítulo I del Título primero de la Ley Suprema, instituyó derechos públicos subjetivos —a título de garantías individuales, y actualmente de derechos humanos— correspondientes a ciertas categorías de sujetos: hombres y mujeres delinquentes (o probables delinquentes) y adolescentes a quienes se atribuye la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, que tengan “entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”. Se trata, en suma, de una estipulación que concurre a formar lo que se ha llamado —por su orientación garantizadora— la carta magna de los delinquentes. Por supuesto, ello no impide que las disposiciones penales básicas pretendan, como objetivo natural, la defensa de la sociedad contra el delito.

El tratamiento jurídico de ciertos conjuntos de sujetos —personas de una categoría, clase, profesión, oriundez, residencia, etcétera— obedece generalmente a la mayor o menor fuerza política, social y económica de los integrantes del conjunto como grupo que incide en la formulación del sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en las ramas del derecho que se refieren a los militares, a los comerciantes, a los empresarios, a los trabajadores, a los campesinos. Aquéllas recogen el vigor, los requerimientos y las aspiraciones de tales conjuntos.

El orden penal, y particularmente el relativo al procedimiento y a la ejecución de las penas, se extiende sobre individuos clasificados, en el concepto público, como

enemigos de la sociedad. El hecho mismo de que se diga que alguien es “probablemente responsable de un delito —o que existe la probabilidad de que haya cometido el delito o participado en su comisión, según refiere la reforma de 2007-2008— antes de que se resuelva si efectivamente lo ha cometido, convierte a esa persona en un *enemigo social* y reduce, por supuesto, tanto sus derechos —en comparación con los de quien no participa de esa condición— como el concepto social que opera sobre aquél y acota su lugar en la comunidad.

Es por ello que la evolución del derecho penal ha enfrentado tantos y tan grandes y graves obstáculos. No ha sido fácil, en efecto, reconocer derechos —y hacerlos efectivos en la práctica— a quienes la sociedad y el Estado miran como adversarios peligrosos. De ahí que el sistema jurídico penal —y sobre todo su aplicación— revelen verdaderamente el grado de solidaridad y desarrollo moral de la comunidad, su orientación democrática o autoritaria.

Si ese desarrollo y esa solidaridad son apenas elementales o insuficientes, prevalecerá el extremo rigor de las penas, instrumentos de una severa venganza. A medida que aquéllos ganan terreno, las sanciones se atenúan y racionalizan, aun cuando esto no quiere decir —subrayémoslo— que la comunidad se vea desvalida frente al crimen. Aquí tenemos, pues, otro espacio para el encuentro entre democracia y autoritarismo.

En seguida formularé algunos comentarios sobre el artículo 18, materia de este examen, tomando en cuenta tanto los diversos textos que ofreció a partir de 1917, merced a las previsiones del Constituyente Revolucionario y a las reformas incorporadas por el Constituyente Permanente, en sucesivos procesos, como las normas vigentes al tiempo de elaborar esta nota, cuya revisión hice en julio de 2016.

Para fines expositivos dedicaré apartados específicos a los siguientes temas: 1) consideración general y fines del sistema penal en su conjunto; 2) prisión preventiva; 3) sistema penitenciario; 4) ejecución de la pena en lugares cercanos al domicilio del sentenciado, 5) ejecución extraterritorial de condenas; 6) reclusorios y medidas especiales; 7) juez de ejecución, y 8) sistema de justicia integral para adolescentes. Los temas aparecen en la escena conforme a su naturaleza, no necesariamente según su formulación a lo largo de casi un siglo de vigencia de la Ley Fundamental expedida en 1917.

Consideración general y fines del sistema penal en su conjunto

En primer término me referiré a la fórmula utilizada por el artículo 18 en sus versiones anteriores a la reforma de 2007-2008, que asignaron el sentido del sistema penal —no sólo de la pena privativa de la libertad o del régimen penitenciario— y establecieron los deberes que a este respecto asumirían la Federación y las entidades federadas.

En tal virtud, analizaré el concepto constitucional de readaptación social, como designio del sistema penal, que campeó en el texto posterior a 1965 y anterior a las modificaciones promovidas en 2007. El texto vigente, que derivó de estos cam-

bios, alude a la sanción privativa de libertad y redefine los objetivos del sistema penitenciario.

El anterior párrafo segundo del artículo 18 constitucional estatuyó la organización del sistema penal, sus medios y sus fines. Se refirió a las atribuciones que en ese sentido tenían la Federación y las entidades federativas, en sus respectivos territorios (conforme al texto original) o en sus correspondientes jurisdicciones (según la reforma de 1964-1965).

Tras la reforma de 2007-2008, el primer párrafo del artículo 18 ha pasado a mencionar solamente el sistema penitenciario, que se organizará “sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir”. La Norma Suprema ordena la separación de los lugares de detención destinados a varones y a mujeres, respectivamente.

En otras oportunidades he señalado que el antiguo texto del artículo 18 —modificado en este punto por la primera reforma, planteada en 1964 y vigente en 1965— adoptó un criterio geográfico y moral acerca del sistema penal. En cambio, el texto aportado en el proceso reformador de 1964 recogió otro concepto: competencial y jurídico. Digo esto porque el artículo indicaba que los gobiernos de la Federación y los estados organizarían “en sus respectivos territorios el sistema penal —colonias, penitenciarías o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. El criterio geográfico se reconoce en la invocación de *territorios*; el moral, en la referencia a *regeneración*.

En cambio, el segundo texto sobre esta materia, vigente a partir de 1965 y reformado en 2007-2008, habló de *jurisdicciones*, donde se ve la idea competencial (ámbito de atribuciones de cada nivel de gobierno: el federal y el estatal), y de *readaptación social*, donde se refleja el proyecto de ajustar la conducta del sujeto a la norma social prevaleciente, sin aspirar a una *regeneración*, mucho más compleja y ambiciosa que la mera *readaptación*.

Un antecedente del artículo 18 se halla en la versión original del artículo 23 de la Constitución de 1857. El asunto quedó vinculado con la pena de muerte, nada menos. Señaló la primera parte del artículo 23: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario”.

Hubo debate en la sesión celebrada por el Congreso Constituyente el 25 de agosto de 1856. En ella, Prieto “preguntó —refiere Zarco en su *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*—, qué motivo se tenía para hacer recaer sobre los reos el descuido de los gobiernos en la mejora de cárceles”.

El debate se concentró, pues, en la pena capital, vista con renuencia —pero sin proyecto abolicionista— por el constitucionalismo mexicano. En contra de esa pena bárbara se pronunciaron algunos ilustres diputados, como Zarco, Prieto y Ramírez. Dijo el segundo que en la fórmula propuesta al Congreso y finalmente adoptada por éste, se advertía al pueblo: “No te doy trabajo ni educación, pero te doy cadenas: no te puedo dar moralidad, pero te doy horca. Muere y paga mi indolencia y mi abandono”. Ramírez

observó, con ironía: “Podemos matar mientras no haya buenas cárceles”. En favor de la permanencia de la última pena mientras no se contara con un auténtico régimen penitenciario, hablaron Arriaga y Mata, entre otros.

En el proyecto de reforma constitucional presentado por Carranza en 1916, el asunto de las prisiones se manejó poniendo énfasis en la distribución de tareas entre la Federación y los estados. No hubo consenso —como luego expondré— y la Comisión debió formular nuevo dictamen, del 27 de diciembre de 1916, que prevalecería. A éste corresponde el texto citado: organización del sistema penal en los territorios de la Federación y los estados, respectivamente, y trabajo como medio de regeneración. En el Congreso de 1916-1917, el diputado Truchuelo sostuvo una idea que luego recogería la reforma de 1964-1965: al trabajo debía agregarse la educación, medios de regeneración del infractor.

El 1 de octubre de 1964, el presidente López Mateos propuso la reforma del artículo 18. La iniciativa se ocupó, nuevamente, en la distribución de la función penitenciaria entre la Federación y los estados. No era otro su propósito. En el primer dictamen de comisiones de la Cámara de Diputados, el 12 de octubre, se solicitó que la ley reglamentara el funcionamiento de los establecimientos penales “a fin de que, conforme a las técnicas más avanzadas, se logre la readaptación social del delincuente”.

Se planteó, asimismo, un voto particular de varios diputados, que pretendieron más reformas al artículo 18 —entre ellas, la concierne a *menores*—, pero mantuvieron la idea del “trabajo como medio de regeneración”. El segundo dictamen de las comisiones introdujo la fórmula que finalmente consagraría el Constituyente Permanente: “trabajo, capacitación para el mismo y [...] educación como medios para la readaptación social del delincuente”.

En la sesión de la Cámara de Senadores del 18 de noviembre de 1964 hizo uso de la palabra, como único orador, el jurista Rafael Matos Escobedo. Resumió con acierto las preocupaciones y las esperanzas que guiaron a los reformadores del artículo 18 —y que conducen a los penitenciaristas y penalistas de ahora— como sigue:

Mientras las cárceles [...] sigan siendo sitios carentes de condiciones sanitarias; mientras se mantenga a los reclusos en una lamentable ociosidad y no se haga de ellos una cuidadosa clasificación, según su peligrosidad, sus antecedentes, sus tendencias y sus aptitudes, para lograr, en la mayor medida posible, la individualización administrativa de la pena de prisión; y mientras la administración y vigilancia de esos establecimientos no se pongan en manos de funcionarios y empleados especializados y aptos [...] no se podrá encontrar ningún sentido de utilidad social ni de rehabilitación del delincuente en la imposición y ejecución de las penas privativas de libertad.

La Ley Suprema se orientó en favor de la readaptación social como objetivo de la pena, al decir que en tal dirección encauzarán sus esfuerzos —organizarán el sistema penal— la Federación y los estados. Ahora bien, en la historia y la filosofía del régimen penal, reacción del Estado frente a la delincuencia, la readaptación social es sólo una

—acaso la más reciente— de las finalidades de la pena. Antes que ella aparecieron y prosperaron otros propósitos penales.

En primer término, se exigió la retribución: corresponder al mal del delito con el mal de la pena; según la gravedad del crimen ha de ser la severidad de la sanción. En segundo término, el ejemplo intimidante: se sanciona al criminal para que sus conciudadanos, atemorizados, no incurran en conductas delictuosas; en otras palabras, la pena no se dirige tanto a quien ha delinquido como a quienes pudieran hacerlo, para evitar que delincan.

En tercer término, la expiación: por medio de la pena, que es dolorosa y aflictiva, el sujeto *expía* su culpa por el crimen cometido. La sanción tiene, entonces, una virtud *purificadora*. Agreguemos a esos objetivos: contención de los delincuentes en beneficio de los ciudadanos pacíficos.

La readaptación social —tema sobre el que volveré con mayor detalle cuando comente los fines del sistema penitenciario conforme al texto actual del artículo 18— pretende que el infractor observe el comportamiento que regularmente siguen —y aprueban— los integrantes de la sociedad a la que aquél pertenece. Se busca, pues, la conformidad del comportamiento con la cultura prevaleciente.

Interpretada con error o con exceso, la idea de readaptación pudiera implicar *conversión* del infractor, *alteración* de su personalidad; a esto se llama *repersonalización*. Por esta vía se puede arribar a soluciones injustificables: métodos de *lavado* que manipulen la psique del sujeto, dando lugar a verdaderas violaciones de derechos humanos, ampliamente conocidas y reprobadas.

La readaptación social, bien entendida, no persigue nada de eso: sólo quiere poner al individuo en condiciones de no delinquir nuevamente, dándole los elementos para valorar, regular y orientar su conducta, sin privarlo de su capacidad de decisión. Es ésta la que da sentido ético y valor jurídico al comportamiento.

Estas nociones, que no son oscuras o inabordables —aunque hayan abundado las frustraciones a la hora de trasladarlas a la práctica— fueron olvidadas por el reformador de 2007-2008, a cuyas aportaciones me referiré *infra*. No dejaré de reconocer ahora que el concepto de readaptación social se halla cuestionado. Empero, sigue siendo —a mi juicio— la opción a la mano frente al acecho, que es constante, de medidas eliminatorias del delincuente: sea la muerte, sea la reclusión perpetua o vitalicia, que es muerte civil. Contra la eliminación milita la readaptación, alternativa recuperadora por excelencia. La supresión de ese concepto deja el campo libre al autoritarismo que constantemente reclama su dominio sobre el orden penal.

Como recordé, en 1917 se pensó que el trabajo sería el medio para alcanzar la readaptación social del infractor. En la reforma de 1964-1965, ese medio se amplía y multiplica: la readaptación se procurará a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. ¿De qué se trata, en suma? Lo que la Constitución pretendía era devolver a la comunidad, una vez ejecutada la condena, un individuo capaz de conducirse de acuerdo con las reglas de conducta prevalecientes, esto es, un sujeto socialmente readaptado.

Aquí es necesario advertir que la Constitución mexicana, como otras varias que abordan este asunto, se afilió a lo que pudiéramos llamar la corriente técnica o finalista acerca del sistema penal. Por ello ha postulado el objetivo de dicho sistema y el método para arribar a ese objetivo. Antes de que campeara esta corriente en el texto supremo, nuestra ley fundamental sólo ofrecía disposiciones de carácter humanitario —plausibles e indispensables—, tendientes a evitar los malos tratos sobre los reos, contrarios al sentimiento de piedad y adversos a la dignidad humana.

Al amparo de los sucesivos textos llevados a la Constitución en 1917 y años posteriores, la Ley Suprema acoge, como es natural, preceptos de ambas intenciones. Por una parte, en el artículo 19 queda estipulado: “Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”. El artículo 18 que estamos comentando expuso la orientación técnica o finalista que ya quedó descrita, y hoy proclama el objetivo de *reinserción social*.

En la base de aquellas disposiciones sobre readaptación y medios para lograrla, residía una razonada convicción de raíz criminológica: el delito es resultado de una suma de factores causales, diversamente asociados en cada caso particular. Concurren datos biológicos, sociales, ambientales, y así sucesivamente. Por lo tanto, si se quiere la readaptación del delincuente, será necesario atacar las causas individuales del delito, tarea que implica el uso de diversas medidas: las que vengan a cuentas en el caso concreto.

A este respecto, suele ponderarse el valor del trabajo y la educación, entendidos en el sentido más amplio y eficaz. Sin embargo, vale decir que no se agota en ellos el catálogo de instrumentos para la readaptación. Con frecuencia habrá necesidad de recurrir a otros medios: tal sucederá, por ejemplo, si el delincuente padece alguna enfermedad física o psíquica que demande atención médica. La reforma de 2007-2008, a la que me referiré adelante, añade al catálogo de medios de reinserción: salud y deporte.

La Constitución puso énfasis en el trabajo, mencionado con dos enfoques: como ocupación laboral, primero, y como capacitación laboral —o educación para el trabajo—, después. En este punto destaca el interés por reducir o eliminar uno de los factores de mayor riesgo en materia de conducta antisocial: la marginación del sujeto, incapaz de acceder al mercado de trabajo en condiciones razonables. Esa marginación aumenta por la *desactualización* que sufre el individuo en el curso de la ejecución penal, si ésta apareja privación de libertad. La prisión suspende el curso del tiempo: *encapsula* al detenido y lo sustrae del progreso, entre otras sustracciones letales.

Por ello resulta preciso —en los términos de la Ley Suprema— capacitar al reo para que pueda asumir su papel en el orden laboral, mediante la aplicación de la pena. No es sencillo que esto ocurra, como no lo es que el sistema penal obtenga, verdaderamente, la readaptación social de los infractores. ¿Por ello nos conformamos, hoy día, con la mecánica *reinserción social*, exenta de mayor designio?

Aqué es el objetivo plausible, el honrado *desideratum* de la sanción con sustentos político, jurídico y ético. Pretende mucho más que la mera retribución —la correspon-

dencia del mal del delito con el mal de la pena—; de ahí la mayor hondura y complejidad de este designio, que parece, a veces, impracticable.

En otro precepto la Constitución asocia los conceptos de pena y trabajo. El artículo 5° se refiere a la libertad de trabajo. En este sentido, a nadie se obligará a prestar servicios personales sin su pleno consentimiento y justa retribución, “salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará —establece el párrafo tercero de ese precepto— a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123”. Dichas fracciones (del apartado A, que es el aplicable) se refieren solamente a la duración de la jornada laboral.

Si se correlacionan entre sí los artículos invocados, se verá que la única garantía laboral del trabajo penal, por imperativo de la misma Constitución, es la concerniente a jornada. Empero, otras debieran ser también consideradas: por ejemplo, las de descanso semanal y atención de mujeres encinta, que no pugnan con la naturaleza del trabajo penal. No es admisible que la privación penal de la libertad afecte derechos cuya erosión no es consecuencia natural y necesaria de aquella pena.

El artículo 5° pudo tener su aplicación más característica en la pena de trabajos forzados, que ya no existe en México. Hoy, en cambio, puede fundar ciertas medidas laborales conectadas a la prisión o sustitutivas de ésta, como es el trabajo en favor de la comunidad, incorporado en 1983 en el entonces Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, y previamente recogido en el Código Penal de Veracruz, de 1980, a su vez sustentado en un proyecto que elaboró el Instituto Nacional de Ciencias Penales en 1979.

Prisión preventiva

En los comentarios precedentes revisé el *sistema penal* elegido por el Constituyente. Ciertamente un “sistema penal” es algo mucho más amplio y comprensivo que la pena de prisión, a la que lo redujo la reciente reforma de 2007-2008. Sin embargo, parece evidente que el legislador constitucional trazó los lineamientos de dicho sistema con la mirada atenta, sobre todo, a la pena de prisión.

Esta conexión se advierte fácilmente: nótese, sólo por ejemplo, que un mismo párrafo, el segundo del artículo 18 se dedicó simultáneamente al sistema penal y a la separación de hombres y mujeres para el cumplimiento de penas. Esa separación tiene sentido en vista de las instituciones de reclusión. A continuación me referiré a la privación cautelar de la libertad: prisión preventiva.

El asunto de la prisión se analiza en los párrafos primero, segundo, tercero, séptimo, octavo y noveno del artículo 18, en los que figuran la prisión preventiva y, centralmente, la prisión punitiva. El artículo 18 resolvía: “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”. Actualmente indica: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”. El cambio de redacción proviene de la reforma de 2007-2008. Dicha fórmula invita a considerar el carácter de esta vertiente del encarcelamiento, en contraste con otras versiones de la reclusión.

Por medio de la prisión preventiva, legalmente estipulada y judicialmente aplicada, una persona se ve sujeta a privación de libertad durante cierto tiempo, mientras culmina el proceso al que se halla sometida como inculpada por un delito, que puede arribar a una sentencia que le declara responsable del delito y le condena, por ende, a determinada reclusión. Aquello se traduce en prisión preventiva; lo segundo trae consigo la prisión punitiva. La preventiva no es castigo —formalmente hablando, aunque Beccaria la describió, certeramente, como “pena que se anticipa a la condena”—, sino instrumento cautelar, por fuerza provisional y revocable. La punitiva, en cambio, constituye una sanción desde el punto de vista jurídico.

Obviamente, el individuo sujeto a prisión preventiva resiente ésta como verdadera sanción: reduce drásticamente su libertad. Para aliviar esta realidad abrumadora —que domina sobre el tecnicismo normativo—, se subraya que el detenido preventivamente debe ser tratado conforme a la presunción de inocencia, que ampara a todos los procesados. La práctica, sin embargo, no se pliega a esta idea: el hecho mismo de la prisión preventiva milita contra la presunción de inocencia.

En sus orígenes, la prisión fue solamente preventiva. Así se infiere, generalmente, de antiguos textos. El jurista romano Ulpiano estableció que: *carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos heberi debent*. En el medievo italiano, el jurista Cynus declaró que: *carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam*. En las Siete Partidas del Derecho español quedó dicho *ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean judgados*.

La Constitución mexicana se refiere a la privación provisional o cautelar de la libertad del inculcado en tres preceptos fundamentales: el artículo 16, que alude a la detención; el 18, que menciona directamente la prisión preventiva, y el 19 (reformado en 2007-2008), que establece los supuestos de ésta. La preventiva es efecto jurídico, entre otros, de una resolución judicial básica en el proceso penal: el auto de formal prisión, hoy sustituido por el auto de vinculación a proceso, que regula el artículo 19 de la Ley Suprema.

Ese auto —resolución judicial— justifica la privación de libertad mientras se desarrolla el proceso y se pronuncia sentencia. El llamado auto de vinculación es, en rigor, una resolución de procesamiento, un auto de sujeción a proceso, que no confiesa su verdadera naturaleza.

Evidentemente, la contrapartida de la prisión preventiva es la libertad del inculcado. Los partidarios de la idea humanista —también calificada como *democrática*— del sistema penal consideran que la prisión preventiva debe aplicarse escasamente. Se debe acudir, como regla, a la libertad del acusado, no a la reclusión. Para este efecto proponen una constante y radical disminución en las hipótesis de cautiverio, que trae consigo una también constante ampliación de la libertad de los procesados.

Las vías para conseguirlo son: reducir el número de supuestos de pena privativa de la libertad y extender las posibilidades de libertad provisional, además, claro está, de cancelar la privación cautelar de la libertad y seguir el proceso sin reclusión del procesado.

Ya señalé que el artículo 18 permite la prisión preventiva únicamente cuando se trata de delitos sancionados con pena *privativa de libertad*. Antes se aludía a *pena corporal*, expresión que resultaba desafortunada en cuanto constituía un resabio del tiempo, ya agotado, en que las penas podían dirigirse al cuerpo del reo: mutilación, marcas, azotes, *verbi gratia*.

En su momento, esa situación se superó mediante una juiciosa interpretación del texto constitucional. En éste, la expresión “pena corporal” era sinónimo de prisión, muerte y, acaso, sanciones restrictivas de la libertad. Por otra parte, para disponer la prisión preventiva del inculcado es necesario que la pena aplicable por el delito supuestamente cometido sea privativa de libertad, aunque a ella se agregue otra sanción de diversa naturaleza.

No es esto lo que sucede cuando el delito se sanciona alternativamente con prisión o con pena diversa (por ejemplo: prisión “o” multa). En tal caso la identificación de la pena aplicable se hace en la sentencia, por decisión judicial, y por ende no es posible saber de antemano si será privativa de libertad, como reclama el precepto invocado.

Antes de la reforma de 2007-2008, el artículo 20 constitucional se refería a la libertad provisional bajo caución, contrapartida de la prisión preventiva. Sobre aquella figura cautelar hubo diversas regulaciones constitucionales. Fue el tema abordado con mayor frecuencia por el Constituyente Permanente, al calor de sendos debates que no aportaron conclusiones persuasivas. La reforma de 2007-2008 ha suprimido la alusión al excarcelamiento provisional.

Puesto que el artículo 18 anuncia la existencia de la prisión preventiva, abordada también en el artículo 19, y en éste hay normas constitucionales comunes a las reclusiones preventiva y punitiva, formularé en seguida algunas consideraciones sobre la regulación contenida en el artículo 19, sin perjuicio de la información más extensa y detallada que aparece en el comentario relativo a dicho precepto.

El segundo párrafo del artículo 19 reformado contiene interesantes disposiciones acerca de la prisión preventiva: algunas, progresistas; otras, preocupantes o francamente negativas. En este punto conviene recordar que la reclusión de quien se encuentre sujeto a proceso, antes de que exista sentencia que determine la responsabilidad penal del preso, es contraria al principio o presunción de inocencia.

El propio dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, conducente a la reforma constitucional emprendida en ese año, recuerda que existe una:

Inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso, [y concluye:] La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional.

Se ha generalizado la opinión —ya instalada en las previsiones internacionales sobre esta materia, localizadas en compromisos del mismo orden adoptados por México— de que el empleo de la prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales

y vincularse estrictamente con las necesidades del enjuiciamiento, conforme a un criterio riguroso sobre esta restricción del derecho a la libertad del presunto inocente, no bajo un concepto laxo que siembre el ordenamiento de disposiciones favorables a la prisión cautelar.

Rigen las reglas legitimadoras —cuya observancia abarca todas las hipótesis de restricción de derechos y libertades— de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración, a las que se ha referido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como señalé, la reforma al artículo 19 contiene puntos plausibles y extremos dudosos o francamente cuestionables. Es acertado el criterio general para la aplicación de la medida, que debe ser requerida por el Ministerio Público, con salvedades —que empañan el sistema— impuestas al juzgador:

El hecho de que no exista, predeterminada, la alternativa entre prisión preventiva y libertad provisional significa que en todos aquellos casos en que el Ministerio Público no solicite la prisión se mantendrá la libertad del sujeto, sin necesidad de que aporte garantía o proteste (prometa) el cumplimiento de ciertas obligaciones. Quedan fuera, pues, la libertad bajo caución y la libertad bajo protesta, en favor de una libertad más amplia e incondicionada. Todo ello, desde luego, con aquellas salvedades controvertibles.

¿Opera esta libertad general e incondicionada por fuerza de la Constitución, sin más, o será necesario acordarla en cada caso, a sabiendas de que no sería posible negarla? Del segundo párrafo del artículo 19 parece desprenderse lo primero. Sin embargo, el tercer párrafo habla de *revocación* de la libertad de los individuos vinculados a proceso, lo cual permite suponer que se ha concedido dicha libertad —que es derecho actual del sujeto, no apenas derecho (en potencia) supeditado a condiciones y requisitos—, y que se considera pertinente volver sobre la decisión inicialmente adoptada, revisarla, revocarla.

Los fines de las medidas aseguradoras del inculpado recogidos en el artículo 19 deben ser valorados a la luz de las reglas que antes mencioné, para apreciar su legitimidad como medios de restricción de derechos. Con esas medidas se pretende “garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”.

Procede adoptarlas, asimismo, “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. En fin, hay tres objetivos explícitos de garantía, investigación y protección, y una hipótesis en la que puede operar la medida cautelar por la mera existencia de un proceso o de una condena en contra del inculpado, aunque no se acredite la necesidad de alcanzar aquellos fines.

Yerra el artículo 19 al enunciar las finalidades de la preventiva y omitir la referencia a los principios o reglas que les conferirán legitimidad, y por lo tanto admisibilidad, en cada caso (no en series de casos, categorías de delitos o de personas). Al proceder de esta manera, deja el marco general a la construcción legislativa o jurisprudencial, que debiera contar, desde el plano de la ley suprema —sobre todo en la línea de una

Constitución fuertemente reglamentaria, como es la nuestra—, con fronteras precisas e irremontables.

Es cuestionable la simple referencia al *desarrollo de la investigación*, que puede propiciar la aplicación inmoderada, profusa, desbordante de la medida privativa de libertad. La referencia, sin más, a determinados extremos de protección —sobre todo la alusión a la *comunidad*— también abre la puerta al uso excesivo de la preventiva, y por ello contraría el hipotético espíritu de moderación que anuncian las primeras líneas del párrafo examinado.

La exclusión de libertad, contenida en el artículo 19, “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso” no tiene que ver con los “fines” de la prisión, y por lo tanto no permite valorar la pertinencia de ésta al amparo de los objetivos estrictos que la justifican.

Por otra parte, la reforma de 2007-2008 incurre en el desacierto de prever algunos supuestos de “prisión preventiva forzosa”, inexorable —aunque no utiliza estos términos—, y con ello ha caído nuevamente en inconsecuencia con reglas internacionales sobre la materia, y desde luego con la orientación misma de la medida cautelar conforme a los principios que informan la mejor parte de la legislación nacional.

El buen manejo de las prisiones y el debido trato y tratamiento de los reclusos obligan a la *clasificación* de éstos en los centros de internamiento. El principio vale igualmente para la prisión preventiva y la cárcel punitiva. Con él se destierra la vieja prisión promiscua —o eso se quiere— y avanza un paso la racionalidad de la vida en estos lugares de internamiento. Ese primer nivel de clasificación, aportado por el texto de 1917, distingue entre los sitios de prisión preventiva y los destinados para la extinción de penas.

Así lo establece el párrafo primero del artículo 18, contrariado por una tercera realidad. Otro nivel de clasificación ordena la separación de los lugares destinados para la ejecución de sentencias de varones y de mujeres. Esta clasificación que atiende al sexo del interno obedece a la reforma de 1964-1965. Del texto vigente tras la reforma de 2005, se desprende que los adolescentes sujetos a internamiento se hallarán en establecimientos totalmente distintos de los destinados a adultos delincuentes.

A fin de cuentas, la prisión preventiva ha despertado críticas rigurosas y merecidas. Se dice que constituye una injustificable anticipación de la pena, cuando aún no se sabe —pues no existe sentencia— si el recluso es culpable del delito que se le atribuye y deberá ser condenado. No obstante la fuerza persuasiva de este juicio, persiste la prisión preventiva, pues no se ha encontrado el medio de sustituirla con suficiencia.

Satisface algunas necesidades inevitables: asegura la presencia del inculpado en el lugar del proceso y, por ello, garantiza la ejecución de la sentencia, llegado el caso; previene presiones ilegítimas del procesado sobre sus jueces, acusadores, testigos; evita la comisión de nuevos delitos por parte del capturado; detiene la venganza de la víctima y protege los intereses de ésta. Tales son los argumentos esgrimidos en favor de la prisión preventiva.

Con la mayor frecuencia se discute acerca del plazo razonable para el desarrollo y conclusión de un proceso —plazo que constituye un principio del debido proceso

legal—, y sobre todo en torno a la duración de la prisión preventiva. Otro tanto cabe decir acerca del plazo para concluir una averiguación previa.

Existen diversas soluciones, que no pretendo analizar ahora, empero, a este respecto es conveniente mencionar una novedad aportada por la reforma de 2007-2008, que considero acertada y justiciera, aunque generará problemas prácticos cuya solución no es sencilla. Me refiero a la disposición contenida en el apartado B del artículo 20, sobre la duración máxima de la prisión preventiva.

En el catálogo de derechos del imputado, la fracción IX de ese apartado B incluye uno que corresponde al tema que ahora comento:

la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Evidentemente, la cesación automática de la prisión preventiva, al cabo de dos años, sin discriminación vinculada con las características del delito o el riesgo de evasión u otros elementos que fundan —en los términos de la Constitución— aquella medida cautelar podrá traer consigo demoras deliberadas —“a modo”— para facilitar la excarcelación del sujeto. Vale decir que el Código Nacional de Procedimientos Penales ha mejorado la regulación de esta materia al señalar, en una importante ampliación de derechos, que esa duración máxima no excederá de un año.

Sistema penitenciario

La prisión como pena proviene —en concepto de algunos investigadores— del derecho canónico. Su origen está en la reclusión de sacerdotes y otras personas en monasterios. Después se convertiría en la pena más importante, cuantitativa y cualitativamente. Esta sanción acudió a sustituir a la pena capital y a otras medidas severísimas: mutilación, galeras, trabajo en minas u obras públicas. Se confió en que la prisión obtendría con relativa naturalidad los propósitos redentores o recuperadores de la pena.

Los partidarios del pensamiento expiacionista hallaron en la reclusión una oportunidad excelente para fomentar la purificación y el arrepentimiento, en la soledad del cautiverio. Los favorecedores de la readaptación consideraron que la cárcel sería un aula, un taller, un hospital, para el tratamiento integral del recluso. Estas ilusiones se han visto contradichas, con la mayor frecuencia, por los errores y extravíos de la realidad carcelaria. Empero, no es la prisión lo que ha fracasado —hay ejemplos escasos y aleccionadores de éxito—, sino su aplicación práctica en manos de ejecutores brutales o ineficaces.

Consumada la reforma de 2005, acerca del régimen sobre justicia penal para adolescentes, al que adelante me referiré, persistió la idea de volver sobre el régimen total de la seguridad pública y la justicia penal a través de nuevas y abundantes reformas

que imprimieran un giro a la materia y redujeran o resolvieran los graves males persistentes: creciente y alarmante inseguridad pública y deficiencias numerosas en la justicia penal. Estas ideas reformadoras —que culminaron en los cambios constitucionales realizados entre 2007 y 2008— llegaron también al artículo 18 constitucional, que forma parte de un conjunto de diez artículos modificados.

La reforma penal constitucional de 2007-2008 tiene diversos antecedentes importantes: desde las iniciativas presidenciales de 2004 y 2007, ambas con fuertes componentes autoritarios, hasta las iniciativas —varias, de diversas fuentes— formuladas por miembros de la Cámara de Diputados —con precedente en el Senado de la República—, sea a título individual, sea en forma colectiva. En este campo trabajaron, con mayores o menores coincidencias, legisladores pertenecientes a los distintos partidos políticos con presencia en el Congreso de la Unión.

Tras algún análisis de propuestas e iniciativas —que los partidarios de este proceso calificaron como amplia consulta, calificación que ha recibido fuertes cuestionamientos—, las comisiones dictaminadoras de la Cámara de Diputados formularon el dictamen del 10 de diciembre de 2007, que he mencionado anteriormente, en el que se analiza el conjunto de las iniciativas y se plantea un proyecto general de reformas.

Ese dictamen del 10 de diciembre de 2007 fue aprobado en el pleno de la Cámara de origen, por abrumadora mayoría de sus integrantes, y la minuta respectiva pasó al Senado el 12 de diciembre. Las comisiones de esta Cámara emitieron un dictamen —que a menudo se limita a reproducir las consideraciones expuestas por los diputados—, en el que sugirieron algunos ajustes (menores, en mi concepto, aunque indispensables) al artículo 16 constitucional (que conviene consultar en el comentario relativo a este precepto), aprobados por la mayoría de los senadores el 13 de diciembre, y devolvieron la minuta a la Cámara de Diputados.

El proceso había tomado, hasta ese momento, apenas 72 horas: no mucho tiempo para una reforma de esta entidad. Sin embargo, no fue posible considerar el nuevo documento sino hasta febrero de 2008, cuando la Cámara de Diputados reanudó sesiones ordinarias. Replanteado el asunto, los diputados decidieron aceptar los escasos cambios sugeridos para el artículo 16, inclusive la eliminación del párrafo duodécimo —sobre allanamiento de domicilios por parte de la policía, originalmente aprobado por ambas cámaras— y llevar adelante el proceso de reforma. Retornó la minuta a la Cámara de Senadores —que la aprobó por mayoría, siempre con un alto número de votos desfavorables— y siguió el veloz proceso ante las legislaturas locales.

No es mi propósito ir más allá en la reflexión sobre el conjunto de la reforma penal constitucional, a la que he dedicado un libro que figura en la bibliografía al final de este comentario y del que tomo mis actuales consideraciones. Me contraeré con examinar los cambios introducidos en el artículo sobre la pena de prisión, a la luz o a la sombra del proceso de reformas de 2007 y 2008.

Advierto, desde ahora, que si bien hay diversos aspectos positivos en la reforma constitucional, considerada en su totalidad, que son bienvenidos y pueden producir excelentes resultados, existen otros negativos y preocupantes, que significan verdaderos riesgos para el Estado de derecho y ponen en predicamento derechos y libertades

propios del sistema de justicia penal en una sociedad democrática, en la que predominan las corrientes garantistas. Esta apreciación sobre “luces y sombras” se proyecta también hacia el artículo 18, de cuyo nuevo texto paso a ocuparme.

Como he manifestado en el curso de este comentario, el artículo 18 constitucional se ha referido a los fines del sistema penal, no sólo a los objetivos del régimen penitenciario, aun cuando la forma de hacerlo se vincula más a la ejecución de la pena privativa de libertad que a la aplicación de otras consecuencias jurídicas del delito. El nuevo texto que en esta materia acoge la reforma constitucional opta por restringir el alcance del artículo 18. Ya no abarca todo el sistema penal, sino se reduce al orden penitenciario, esto es, a la ejecución de la pena privativa de libertad. Quedan fuera, pues, otras consecuencias jurídicas del delito.

Esta restricción, que deja un vacío, no parece afortunada. Como dije, el concepto finalista anteriormente empleado por la Ley Suprema a propósito del sistema penal fue *readaptación social*. Desde luego, esta noción parece pensada para la reclusión, no para todas y cada una de las penas y medidas. Las hay, sin embargo, a las que también podría alcanzar aquel objetivo —de difícil realización, por lo demás—, como los sustitutos de la pena privativa de la libertad: liberación bajo tratamiento, semilibertad, trabajo en favor de la comunidad.

El Constituyente Permanente, que ha invocado con gran frecuencia —y en ocasiones con acierto y de manera completa— los instrumentos que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos, adoptados por México, no ha leído bien esta parte del ordenamiento internacional. Recordemos algunos textos, sólo como referencia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que: “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (artículo 10.3). Ambos instrumentos forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional.

La reforma de 2007-2008 imprimió un cambio importante a esta materia —y quedó, sin embargo, a distancia de las expresiones utilizadas por la mayoría de los textos internacionales—, en tanto sustituyó el objetivo de readaptación social por el fin de “reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir” (artículo 18, segundo párrafo). En otros lugares se alude también al propósito rector de reinserción (párrafos séptimo y octavo), lo que permite al Constituyente mencionar, inclusive, un “nuevo régimen de reinserción” (artículo quinto transitorio del decreto que contiene la reforma constitucional).

Tanto el dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, como el suscrito en el Senado el día 13 del mismo mes, analizan algunas modificaciones al artículo 18 bajo el rubro, en principio inocuo, de “cambio de denominación”. Esto sólo apunta a un trasiego de términos —que suele presentarse, con necesidad o sin ella, en algunas reformas constitucionales—, pero no a una variación de fondo. Así, se habla de “Cam-

bio de denominación de pena corporal”, “Cambio de denominación de reo por sentenciado” y “Cambio de denominación: readaptación por reinserción”.

En efecto, las dos modificaciones mencionadas en primer término tienen muy reducida trascendencia. Otra cosa ocurre con la tercera, si se toma en cuenta, como en seguida veremos, que los legisladores no sólo desestiman el empleo de cierta palabra, sino cuestionan la aplicabilidad de un concepto ampliamente utilizado, que posee un contenido relevante (aunque los legisladores no pudieron, no quisieron o no supieron examinar ese contenido, cuyo acierto o desacierto no se podría confundir, desde luego, con los desarreglos y atropellos que se han consumado bajo su nombre). En este caso, el giro no es de palabras, sino de destino.

El dictamen estima que “readaptación social” es (un término) inadecuado para nombrar el momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social (glosaré aquí que el dictamen parece ignorar que la readaptación social no es una expresión que caracterice el momento mismo en que concluye la ejecución de la condena, sino se aplica a toda la etapa que corre entre la emisión de la sentencia, el internamiento del sujeto en el reclusorio —o el inicio de la medida penal— y el cumplimiento de la condena).

Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social (glosaré, de nuevo: efectivamente, esta paradoja constituye uno de los principales problemas que debe remontar la prisión). Por lo anterior —concluye el documento de los diputados—, se apoya que se cambie el término “readaptación social” por el de “reinserción social” y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir.

Se han deslizado algunos errores en los textos del dictamen. Cabe discutir, por lo menos, la rotunda afirmación de que “no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella (la prisión) una readaptación social”. En efecto, no es sencillo que ese objetivo se consiga, pero tampoco es imposible. Hay experiencias que lo acreditan. Se puede, si se sabe cómo. Pero rara vez se sabe.

Las consecuencias son ampliamente conocidas. En pocas ocasiones se han llevado a cabo esfuerzos reales —no apenas normas o discursos— para ensayar auténticos sistemas de readaptación social. Se suele creer —en este campo como en otros— que la emisión de disposiciones opera inmediatamente sobre la realidad, aunque no se acompañe con acciones específicas que promuevan la aplicación de las normas.

Por otro lado, el propósito de que los reclusos no vuelvan a delinquir no es, de ninguna manera, un “nuevo objetivo” del sistema penitenciario. Por el contrario, constituye uno de los más antiguos. Ha cambiado, claro está, la forma de procurarlo.

La readaptación social se ha propuesto siempre —con buenos o malos resultados— que el condenado no vuelva a delinquir, esto es, evitar la reincidencia. Antes, la prevención especial se vinculó con la readaptación; ahora se vinculará con la reinserción

social. Las palabras son diferentes; los contenidos son, en esencia, los mismos. El cambio de palabras, ¿generará un cambio sustancial de resultados?

No sobra decir que el Constituyente Permanente que alude a reinserción social olvidó que apenas en 2005, al modificar el sexto párrafo del mismo artículo 18 —reforma a la que me referiré *infra* y que versó sobre los adolescentes que incurrir en conductas tipificadas por la ley penal—, otro proceso revisor aportó a la Ley Suprema el concepto *reintegración social*.

Desde luego, es posible que el reformador de 2007 hubiese considerado que la reinserción social del adulto sentenciado es una cosa y la reintegración social del adolescente sentenciado es otra, aunque no parece fácil el deslinde. Si así fue, el dictamen del 10 de diciembre de 2007 no brinda explicación alguna sobre este punto.

En otra parte, el dictamen de los diputados dice que “la readaptación (ha sido) poco eficaz, pues el sentenciado difícilmente se reinserta a la sociedad”. Puestas las cosas con semejanza simplicidad, la expresión resulta errónea: el sentenciado siempre se “reinserta a la sociedad” (salvo cuando se trata de condenas muy largas, verdadera cadena perpetua disfrazada, que sólo concluyen con la muerte del condenado, posibilidad auspiciada por el ordenamiento mexicano, tanto en disposiciones ordinarias como en la deplorable Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996), reinserción que constituye, en sí misma, un “acontecimiento mecánico”. Lo que sucede es que esa reinserción es inadecuada, incompleta, desfavorable —como se quiera—, en tanto el sujeto no está preparado (socialmente readaptado) para la nueva etapa de convivencia.

Quizás el dictamen ha querido decir que el “sistema penitenciario” ha sido “poco eficaz” —y hasta muy ineficaz, si se le mide a la luz de sus objetivos—, como muchos otros quehaceres públicos. El propio dictamen declara que las prisiones se han convertido “en lugares donde sistemáticamente se violan los derechos humanos de los reclusos”.

Pero aquella ineficacia funcional no se corregirá con reformas normativas (que el artículo 18 ha recibido en buen número: cuatro antes de 2007, a las que se añade, como quinta reforma, la emprendida en este último año), ni con membretes apresurados. Habría que iniciar, desarrollar y culminar una verdadera reforma penitenciaria, tema que requiere atención detallada y especial.

Vuelvo al concepto de readaptación social, que examiné brevemente al ocuparme en la finalidad del sistema penal en su conjunto, conforme al texto anterior del artículo 18. En realidad, el cambio de 2007-2008 no resultaba indispensable, porque la readaptación social podía ser entendida —y debía serlo— como capacidad de reinserción social y colocación del sujeto en condiciones de no volver a delinquir, es decir, de llevar una vida ajustada a las normas de convivencia vigentes, en ejercicio de su libertad de elección. No se trataría, pues, de “convertir” al individuo, sino de darle los elementos necesarios para optar, con libertad, por conducir su existencia conforme al ordenamiento prevaleciente.

Permítaseme reproducir algunas opiniones que he vertido en otros trabajos:

¿Qué es la readaptación social? ¿Transformación? ¿Conversión? ¿Modificación radical de la personalidad? No, desde luego. La readaptación, en una sociedad democrática, en un Estado de derecho, tiene un significado mucho más modesto, pero también eficaz: colocar

al sujeto en la posibilidad de no delinquir de nuevo; dotarlo de los medios para elegir, en libertad. No más; tampoco menos. Es decir, un proceso para la reinserción y la prevención (con libertad) de nuevos delitos. En otra ocasión afirmé: “Readaptar no es ‘convertir’ a un ser humano en alguien distinto de él mismo, adoctrinar, privar de identidad y arbitrio. Todo lo contrario: readaptar debiera ser liberar, en el más generoso sentido de la palabra; esto es, dotar al hombre de medios para que ejerza su libertad y elija, con capacidad de opción (al menos relativamente), el camino que prefiera”. De nuevo: un proceso para la reinserción y la prevención (con libertad) de nuevos delitos.

En resumen, y sin dejar de lado el arduo debate que se anima en torno a esta materia y las graves o gravísimas contradicciones que existen entre una doctrina recuperadora y una práctica devastadora, el Constituyente Permanente ha desechado el uso de una expresión que definía el sentido ético del quehacer del Estado en todo el horizonte del sistema penal, sustituyéndola en el acotado espacio del sistema penitenciario por una voz que carece de resonancias éticas y se remite a un dato mecánico: la recolección del sujeto en la sociedad libre, reinserción en ésta.

Reconozco los respetables pareceres que se han elevado en contra de las invocaciones a la readaptación social, pero me preocupa este *aligeramiento* de los fines y los deberes del Estado, y consecuentemente de los derechos y garantías del individuo, precisamente en un momento de retrocesos del Estado social.

La palabra *reinserción*, que tiene amplio uso en este campo, sugiere un acto o proceso mecánico, más bien concerniente a objetos que a personas. En efecto, insertar significa —conforme al *Diccionario de la Academia*— “incluir, introducir una cosa en otra. Dícese regularmente de la inclusión de algún texto o escrito en otro”. Reinsertar también significa, conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, “volver a integrar en la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado”. En todo caso, considero que este sentido de la expresión carece del designio moral y/o jurídico explícito que posee el término readaptación.

La frase constitucional transcrita agrega una oración: “observando los beneficios que para él (el sentenciado) prevé la ley”. No es fácil entender el significado de esta expresión. Cabe suponer que el Constituyente ha querido destacar la importancia que el empleo de esos beneficios —suponemos que se alude a preliberación, libertad preparatoria, remisión, por ejemplo, o bien, a cualesquiera medios que se incorporen al amparo de la nueva legislación nacional sobre ejecución de penas y medidas— reviste para alcanzar la mencionada reinserción y favorecer la conducta lícita. Por lo demás, es obvio que el sentenciado tendrá acceso a determinados beneficios previstos por la ley en su favor, en tanto cumpla las condiciones para obtenerlos.

Sin embargo, es probable que el reformador de la Constitución se haya querido referir a otro género de beneficios: los oscuros favores que en calidad de *ayudas penales* se otorgan a los inculpados cuando éstos y el Estado, negociando la aplicación de la ley, efectúan ciertas *transacciones*. También aquí figura el “toma y daca” característico del régimen de mercado trasladado a la ejecución penal, como han dicho algunos críticos de estos arreglos, que implantan el régimen de mercado en la justicia penal.

Como señalé al examinar la reforma de 1964-1965 al artículo 18 constitucional, el Constituyente estableció entonces que los medios o elementos de los que debía valerse el sistema penitenciario para alcanzar sus fines eran el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, que implican verdaderos derechos del sentenciado, concurrentes en el derecho a la readaptación social.

La reforma de 2007-2008 añade otros datos: la salud y el deporte. Lo primero abre la puerta al examen del tratamiento médico que se proporcionará al sentenciado, aunque el dictamen de los diputados parece equivocarse el rumbo y limitarse a proyectar en este ámbito el derecho constitucional a la protección de la salud, lo cual era innecesario, o bien, obligaría a rescatar también otros derechos fundamentales del recluso que no se hallen suspendidos o excluidos por la pena privativa de libertad. El dictamen multitudinario sostiene:

Los internos de nuestras prisiones tampoco tienen acceso al derecho a la salud (*rectius*: a la protección de la salud). La precariedad económica existente en los servicios médicos provoca que, en ocasiones, los médicos no puedan siquiera atender lo elemental. Por lo anterior, se considera un acierto (dice el dictamen acerca de su propia propuesta) incluir el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad, pues con ello provocará que cada vez se respeten los derechos humanos de los reclusos en mayor medida.

La consideración de la salud como dato de la reinserción, factor o elemento de ésta, al igual que el trabajo, la educación o la capacitación laboral, plantea cuestiones delicadas, no tanto en lo que respecta a la asistencia debida a cualquier persona en virtud del derecho universal a la protección de la salud —con las características inherentes a cada caso particular—, sino en lo que concierne a tentaciones de injerencia médica excesiva —o por lo menos cuestionable— en aras de la reinserción social o de la prevención de reincidencia.

El dictamen de los diputados del 10 de diciembre no se refirió originalmente al derecho al deporte o al acceso a éste como medio, entre otros, para la reinserción social del sentenciado. La inclusión de aquél fue producto del proceso posterior en la propia Cámara de Diputados. La posición final se recoge en el segundo párrafo del artículo 18, que señala: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte”. Al ocuparse de esta reforma, el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores agrega:

Igualmente, es importante precisar que tampoco tienen derecho al deporte, lo cual se estima beneficioso (me permitiré glosar: supongo que se considera beneficioso el acceso al deporte, no el hecho de que los reclusos carezcan de este derecho), ya que la práctica de éste fomenta la reinserción a la sociedad, por ser una conducta sana. (Concluye el dictamen) estas comisiones coinciden con la minuta en estudio, para que la salud y el deporte sean considerados también como base de la organización del sistema penitenciario.

Por supuesto, es cierto que la práctica del deporte —y más ampliamente, de la educación física (ya incluida en el concepto amplio de educación que utiliza el artículo 18 constitucional)— constituye un muy valioso instrumento para el desarrollo y el

bienestar de los reclusos (los que se hallan en condiciones de practicar deportes, obviamente) y que, en efecto, los reclusos no brindan a sus habitantes, ni remotamente, condiciones adecuadas para el ejercicio físico, como tampoco las ofrecen para otros efectos indispensables: alojamiento, servicios higiénicos, educación, trabajo, visita, simplemente.

Sin perjuicio de ese enfático reconocimiento, parece por lo menos dudoso colocar al deporte entre los medios de reinserción, al lado del trabajo, la educación y la protección de la salud (que se hallan consagrados como derechos constitucionales de todas las personas, cosa que todavía no ocurre con el deporte), y desatender otros instrumentos que contribuyen poderosamente al mismo fin: de manera muy destacada, las relaciones del recluso con personas y organizaciones externas a la prisión.

Observemos, por último, que se aplazó considerablemente la aplicación de las nuevas normas constitucionales en materia penitenciaria general. Las disposiciones transitorias del decreto que recoge la reforma de 2007-2008 otorgan, a este respecto, un plazo de tres años a partir del día siguiente a la publicación del decreto. El artículo quinto transitorio se refiere a la necesidad de contar con cierto tiempo, más o menos amplio, para lo que llama la aplicación del “nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18”, que en realidad no es un nuevo sistema, sino sólo una nueva denominación del sistema tradicionalmente invocado —pero rara vez aplicado en la realidad— bajo el rubro de readaptación social.

Por supuesto, hay otros aspectos de esa norma que resultan novedosos y demandan preparación material y de otro género: los reclusos y las medidas especiales. Ojalá que aquel plazo baste para lograr lo que no se ha conseguido —salvo por excepción, tan evidente como desatendida— en el ámbito del régimen penitenciario, al que han acudido leyes, programas, discursos y erogaciones cuantiosos, con magros resultados.

Existe una vigorosa tendencia a reducir el uso de la prisión preventiva y la prisión punitiva. Por lo que atañe a esta última —la prisión como pena—, el movimiento reductor de la cárcel ha encontrado sendas vías para evitar o atenuar la reclusión de los sentenciados. Así, se luchó contra las penas breves privativas de libertad; se propuso, para sustituirlas, la condena condicional.

Ésta se traduce en una suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad durante cierto tiempo, que funciona como periodo de prueba para alcanzar, finalmente, la libertad. Así, igualmente, surgieron los *correctivos* de la prisión, atentos a la readaptación lograda, o incluso dependientes de la benignidad del Estado, como la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena privativa de libertad. Ambas existen en el derecho mexicano y aparejan reducciones considerables en la duración de la reclusión.

La mayor y más esperanzadora innovación de una época más o menos reciente se halla en la sustitución franca de la prisión por medidas en libertad. Decaído el crédito de la cárcel, hoy se alza el crédito de la libertad, que confía en las capacidades del Estado y de la sociedad para obtener los fines de la pena —en el individuo y en la sociedad misma: recuperación del sujeto y prevención del delito— sin recurrir a los muros y las rejas.

Esta innovación ingresó al derecho mexicano en la más importante reforma penal posterior a 1931: la inclusión —en 1983— del tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. Ya aludí a este punto al mencionar la norma del artículo 5º constitucional sobre trabajo impuesto por la autoridad judicial.

Ejecución de la pena en lugares cercanos al domicilio del sentenciado

Vayamos a otro tema que acoge el artículo 18. En el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 se publicó el decreto que reforma los artículos 1º, 2º, 4º, 18 y 115 de la Constitución General de la República. La reforma fue resultado de un complejo proceso seguido a partir de que el Ejecutivo hizo suya una debatida propuesta de enmienda constitucional destinada a resolver el problema creado en Chiapas por el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en las primeras horas de 1994.

En la parte final del proyecto de reforma, diecinueve legislaturas estatales se pronunciaron en favor del texto previamente aprobado por el Congreso de la Unión, y nueve se declararon en contra. Entre éstas figuraban, por cierto, algunos estados con la mayor población indígena, como Oaxaca y Chiapas.

No es mi propósito comentar aquí la reforma constitucional a propósito de los derechos individuales y colectivos de los indígenas, sino en la medida en que ésta trajo consigo un nuevo párrafo para el artículo 18 constitucional, sede del régimen penitenciario y, más todavía, de los objetivos generales del sistema penal mexicano, primero concentrado en el fin de la readaptación social de los delincuentes adultos, que se proyecta igualmente hacia los menores de edad a partir de la reforma de 1965, y ahora cifrado en el objetivo de reinserción social.

La modificación constitucional de 2001, que fue promovida por el propósito de mejorar la suerte de los sentenciados pertenecientes a grupos étnicos indígenas, constituye apenas una implicación menor —y un tanto casual— de la reforma de 2001, que se manifiesta primordialmente en el nuevo texto del artículo 2º de la Constitución, en el que se recoge y detalla un tema del derecho social constitucional que anteriormente aparecía, con escueta redacción, en el artículo 4º.

La reforma del artículo 18 en 2001, suscitada por los problemas existentes a propósito de la población indígena de los reclusorios generales, así como por el traslado de reclusos de procedencia indígena a instituciones alejadas de sus lugares de origen o residencia, no refleja aquella fuente. Se ha redactado —como era pertinente— en forma general, que abarca a cualesquiera personas bajo el título de *sentenciados*.

La fórmula adoptada transita por un camino varias veces recorrido por el artículo 18 y siempre oportuno en este género de atenciones. Por una parte, el señalamiento de la finalidad de la pena, que se proyecta naturalmente hacia la ejecución de ésta y, por otra, el régimen de clasificación de los sujetos del derecho penitenciario.

La hipótesis normativa que ahora examine contempla a los “sentenciados”, e invoca disposiciones reglamentarias para definir el alcance de su mandato. Puesto que se trata de sentenciados que compurgan sus penas, se debe entender que existe, en la especie, sentencia firme de condena dictada por autoridad judicial federal o local, en sus casos. Se pudo ir más lejos y mejor: la regla de clasificación adoptada no debiera supeditarse a la posible —pero no siempre segura— expedición de normas instrumentales.

Se ha acogido aquí una constante aspiración del sistema de ejecución de condenas: moderar la distancia entre el sentenciado y la sociedad, hasta donde ello resulte posible. Una distancia física que a menudo implica otro género de distancia, ciertamente adversa al ideal de la reinserción social. Sin embargo, el precepto que alienta la ejecución de la pena en reclusorios —centros penitenciarios, dice el artículo, que así se refiere, quizás inadvertidamente, sólo a una de varias categorías institucionales— cercanos al domicilio del sujeto, no tiene carácter imperativo, sino facultativo. ¿Facultativo para la autoridad? ¿Dispositivo para el reo? Probablemente ambas cosas, y en este sentido se estaría en la misma línea del sistema de repatriación de sentenciados instituido desde 1976. De ser el caso, como supongo lo es, habría que conciliar ambas voluntades en un acto jurídico complejo.

La referencia al domicilio es desafortunada. Éste tiene una connotación civil que carece de sentido —si se aplica en forma rigurosa— en la materia que nos ocupa. Más que hallarse el reo cerca de su domicilio ordinario, deberá localizarse cerca del medio que pueda influir favorablemente en él, mejorar su condición, facilitar su retorno. Éste puede ser el domicilio inmediato anterior al ingreso a la prisión, pero también puede ser otro lugar, distinto y quizá distante. La norma reglamentaria debiera matizar la referencia constitucional, en la medida de lo posible.

La última frase del artículo 18, en la parte que ahora analizamos, alude al objetivo de la pena. En lo sucesivo deberá vincularse dicha norma con la contenida en el segundo párrafo del mismo artículo, que anteriormente invocó la readaptación social y hoy alude, con menor pretensión, a la reinserción. Como antes señalé, el segundo párrafo utiliza un método para alcanzar su designio: el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, que ciertamente no agotan el catálogo de instrumentos ejecutivos.

En cambio, el párrafo agregado en 2001 emplea otra referencia, la reintegración a la comunidad. Aquí existe un problema con las palabras empleadas por la reforma constitucional de ese año, que debió revisar cuidadosamente el texto del artículo 18 para aportar una nueva fórmula amplia y adecuada, en vez de un agregado mecánico.

La “reintegración a la comunidad”, ¿es una forma de “readaptación social”? ¿Cómo jugaban, en rigor, estos dos conceptos? ¿No era razonable pensar, al revés de lo que supuso la norma constitucional, que la readaptación social procurada —así lo decía el párrafo segundo del artículo 18, que el reformador leyó de prisa— era la garantía o al menos el factor que haría posible la reintegración? Si se pensaba que iría primero la reintegración, y que sólo después —y como resultado de aquélla— acudiría la readaptación social, ¿se quería aludir a las instituciones abiertas, en las que efectivamente la readaptación se alcanzaría a través de la reintegración?

No tiene mucho caso internarse en mayores reflexiones sobre el sentido que tiene la expresión empleada en el actual párrafo penúltimo. Más allá de los tropiezos de redacción, lo que se quiso fue que no existiera desarraigo del sentenciado respecto de su medio social natural, y sobre todo, que ese desarraigo —una extrañeza perturbadora— no se produjera en el caso de los reclusos indígenas.

Aunque la terminología del precepto es vinculante y por ello conduce hacia conclusiones críticas, conviene afirmar que ha surgido un derecho, una garantía individual más, en favor de los sentenciados. Esto debe ser reconocido por ellos mismos, para hacerlo valer, así como por las autoridades jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tienen a su cargo asegurar el respeto a los derechos individuales previstos en la Constitución.

Por otra parte, la exclusión del concepto de readaptación social y la inclusión de la idea de mera reintegración social obliga a repensar las conexiones entre este nuevo concepto central y la expresión originalmente contenida en el penúltimo párrafo del artículo 18: reintegración a la comunidad. Es notorio el parentesco entre ambos términos. El texto resultante de la reforma de 2007-2008 señala que la cercanía del sujeto a su domicilio obedece al “fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social”. Las fronteras son sutiles.

Ejecución extraterritorial de condenas

Los párrafos tercero y séptimo del artículo 18, cuyo comentario emprendo ahora, modifica el principio tradicional de la ejecución territorial de sentencias. Es el producto de dos reformas constitucionales y recoge, en alguna medida, el debate abierto por la iniciativa de Carranza, que en este punto no persuadió al Constituyente revolucionario. Aquel principio se liga con la idea de que la soberanía se ejerce sobre determinado territorio, y sus consecuencias no van más allá de éste, por regla general.

La función punitiva es, típicamente, un ejercicio soberano: el Estado (federal o local, así como la Ciudad de México, antes el Distrito Federal) sanciona en su propio territorio, no fuera de él, y debe ejecutar las sentencias condenatorias que dicta en el mismo ámbito, no más allá de sus fronteras. A esto denomino “principio tradicional de la ejecución territorial de sentencias”.

Contra esa regla se han producido argumentos importantes, y a la larga convincentes. Entre ellos descuella la imposibilidad o inconveniencia de ejecutar las condenas precisamente en el sitio al que se aplica la autoridad del órgano que las dicta. ¿Qué ocurre, en efecto, cuando en ese lugar no existen los medios físicos para la debida ejecución de la condena? ¿Qué sucede cuando se pretende la readaptación del condenado, pero éste se halla lejos del medio propicio a ese fin? En ambos casos se frustra el proyecto de la pena. Ahora bien, ¿qué importa más, la ejecución territorial o la readaptación social, que hoy sería reinserción social?

Cuando se dispuso el establecimiento del sistema penitenciario en el artículo 23 de la Constitución de 1857, surgió el problema sobre el carácter central o local del

sistema. En uno de sus famosos *Votos*, el juriconsulto Ignacio Vallarta sostuvo que este asunto correspondía a la legislación local:

Decir que una ley federal es la que ha de establecer el régimen penitenciario, es, en mi opinión, u obligar a los estados que tengan penitenciarías a recibir a los reos de los que no las tienen, cosa que me parece absurda, o relajar la penalidad cuando no existen los medios de represión que exigió el Constituyente.

Vallarta opinó que la cuestión podría resolverse a través de convenios sobre ejecución penal. Otros tratadistas, como José María Lozano, constitucionalista eminente, Félix Romero y Rafael de Zayas Enríquez, consideraron que el régimen penitenciario era asunto de la ley federal.

El proyecto de artículo 18 presentado por Carranza sólo se refería, en este punto, a la ejecución de penas en establecimientos federales, lo relativo a la regeneración del delincuente por medio del trabajo fue producto del trabajo de la Comisión. Carranza propuso, sin éxito, que las penas que excedieran de tres años de prisión se ejecutasen “en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieren en dichos establecimientos”. Por ende, sólo serían ejecutadas en reclusorios locales o estatales las penas de tres años de prisión o menos.

La pretensión de Carranza fue rechazada por la Comisión. Ésta adujo que aquella propuesta vulneraba la autonomía de los estados y no servía adecuadamente al tratamiento de los reclusos. Además, aparejaba —habida cuenta de las características de las colonias penales— la ruptura de vínculos entre el reo y sus familiares, que traería consecuencias adversas para la recuperación de aquél. En favor de la iniciativa del primer jefe hablaron Macías y Terrones; en contra, Medina, Colunga y Mújica.

El diputado José María Rodríguez quiso zanjar la discusión con una salida conciliadora: los estados crearían colonias penales y se autorizaría el traslado de reos comunes a las colonias federales cuando aquéllos no contasen con establecimientos de este género. Tal cuestión fue el tema de la iniciativa presidencial de reforma al artículo 18, por adición de un tercer párrafo, aun cuando no sería, en fin de cuentas, el único tema de la modificación constitucional que surgió del Constituyente Permanente.

La iniciativa del 1 de octubre de 1964 solicitaba este párrafo: “Los gobernadores de los estados, con la previa autorización de sus legislaturas, podrán celebrar convenios con el Ejecutivo Federal para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos penales de la Federación”. He aquí, pues, una reposición de las ideas que condujeron la propuesta derrotada de Carranza.

En 1964, el Ejecutivo expuso razones asociadas al establecimiento de un verdadero sistema penitenciario en México, mediante instituciones bien provistas para el cumplimiento de los propósitos del sistema penal. Nada de esto, se dijo, pretende un inconveniente centralismo: los convenios tienen carácter facultativo, no obligatorio.

El dictamen de las Comisiones de la Cámara de Diputados —del 12 de octubre de 1964— apoyó la iniciativa y se refirió, en términos interesantes, al eventual conflicto entre los principios de territorialidad y de regeneración, contenidos en el texto que

entonces estaba vigente. Al respecto, sostuvo que la territorialidad es “una garantía implícita y no expresa y tutelar de un bien jurídico individual de valor temporal, [en tanto que la regeneración constituye] una garantía explícita que tutela además de un bien individual, un interés público y ambos de valor permanente”.

El voto particular que anteriormente mencioné aportó una idea diferente acerca de los convenios entre la Federación y los estados. Ambos promoverían tales acuerdos, identificados como *convenios económicos*, con la finalidad de proveer a “la organización, mejora o mantenimiento de dichos sistemas” (es decir, se entiende, de los reclusorios o establecimientos penales).

La redacción del párrafo tercero, a raíz de la reforma de 1964-1965, provino del segundo dictamen de las Comisiones en la Cámara de Diputados. Autorizó a los gobernadores de los estados, con sujeción a las leyes locales respectivas, a “celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal”. La propia disposición suprema habló de envío de reos comunes a establecimientos federales; no trataba, por lo tanto, de la situación contraria, que era —y es— la dominante en la práctica: presencia de reos del fuero federal en prisiones del orden local.

Aquella se refirió sólo a extinción de condena, esto es, a sujetos sentenciados en resolución ejecutoria. Quedaron fuera, pues, los individuos solamente procesados, pendientes de sentencia. Véase, finalmente, que los convenios de que se trata han de revestir un *carácter general*, restricción que excluye cualquier acuerdo de alcance individual para la ejecución de condenas: entendimiento para que un individuo o varios sujetos determinados sean extraídos del ámbito ejecutivo de su autoridad local natural y queden sometidos al de la autoridad federal, que no produjo su condena.

Antes de la reforma de 2007-2008, formulé los siguientes planteamientos a propósito de la existencia de dos jurisdicciones en relación con el condenado: la correspondiente a quien dicta la sentencia y la concerniente a quien asume la ejecución de ésta. Al respecto, me pareció pertinente preguntar por las normas que se aplicarán al individuo extraído de su autoridad ejecutiva local.

¿A qué régimen se atendería la ejecución en estos casos: al federal que gobierna a los internos en el establecimiento dependiente de la Federación, o al local correspondiente al delito cometido, a la responsabilidad acreditada, a la sentencia expedida? Me pareció que debe aplicarse la ley federal en todo lo que concierne al régimen de vida en el reclusorio. Sería imposible, por impráctico, sostener lo contrario. En todo caso, se trataba solamente de las normas de convivencia en la institución.

En cambio, era preciso atender a la ley común o estatal en lo que tocara a cuestiones de fondo a propósito de la ejecución. Ésta se hallaba determinada por la sentencia, que a su vez se dictaba en el contexto de cierta regulación sustantiva y ejecutiva. Se alteraría el sistema jurídico al que pertenecía la sentencia si los puntos esenciales de ésta quedaran a la discreción de una autoridad diferente, bajo una legislación distinta.

Esto abarcó, en mi concepto, asuntos tales como la conmutación, la revisión —o reconocimiento de la inocencia del sentenciado—, la libertad preparatoria, la remisión

y, en general, cualesquiera modalidades ejecutivas que afecten las características naturales o la duración de la pena. En todos estos casos, la autoridad del reclusorio —y las demás que tengan injerencia en éste e intervengan en el régimen aplicable a los internos— debe estar a lo que disponga la ley bajo la que fue condenado el reo. Desde luego, estas consideraciones deben revisarse tanto a la luz de la reforma constitucional de 2011, como al amparo del nuevo régimen de centralización —o federalización, se dice— de la facultad legislativa referente a la ejecución de penas, según el nuevo texto de la fracción XXI del artículo 73 constitucional.

El sistema consensual de ejecución extraterritorial de condenas, en lo que hace al territorio mexicano, se modificó en los términos de la reforma de 2007-2008, a la que en seguida me referiré con detalle, que amplió considerablemente —y acertadamente, por lo demás— el espacio de los convenios. Las normas reglamentarias deben conferir eficacia y acentuar —así lo espero— la racionalidad del nuevo sistema, sin producir gravámenes improcedentes sobre los derechos fundamentales.

El tercer párrafo del artículo 18, conforme a la redacción aportada en 2007-2008, contiene un avance que había quedado pendiente desde la reforma constitucional de 1964-1965, a la que corresponde el texto anterior. El actual permite que a través de convenios entre la Federación, los estados y la Ciudad de México —se decía: el Distrito Federal— “los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia (de cada una de aquellas instancias del Estado mexicano) extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa”.

Esto último significa ejecución de penas de sentenciados federales en establecimientos locales; de sentenciados estatales en instituciones federales, y de sentenciados del fuero común de una entidad federativa en reclusorios correspondientes a otra entidad. La nueva solución es positiva, en la medida en que el régimen de convenios atienda —en general y en particular, casuísticamente— al *desideratum* de la recuperación social y no apenas a la redistribución de los pobladores de las prisiones bajo criterios de buena administración o seguridad.

No se olvide que aquí aparece un derecho del individuo, del que resulta la necesaria conexión entre los convenios y el proyecto de reinserción, entendida como derecho individual del interno, además de ser objetivo funcional del Estado ejecutor de condenas. Así las cosas, hay que pensar en la convergencia de voluntades a la hora de aplicar esta derogación del principio de territorialidad ejecutiva en favor del principio de reinserción, como sucede en el supuesto de repatriación de sentenciados al que se refiere el séptimo párrafo del mismo artículo 18, que demanda el consentimiento expreso del recluso.

Otra reforma constitucional de enorme trascendencia —por adición del actual párrafo séptimo al artículo 18— generó la iniciativa presidencial del 4 de septiembre de 1976. Ésta llevó al plano de la relación internacional la prioridad del principio de readaptación social, y por ello determinó una salvedad de mayor hondura a la regla de ejecución extraterritorial. En efecto, ya no sólo declinó en el interior del país, sino decayó en la relación entre los estados que integran la comunidad internacional.

En la circunstancia de la adición iniciada en 1976 y concluida en 1977 figuraron dos datos fundamentales. Por una parte, diversos desarrollos en el mismo sentido operados en el Derecho europeo, principalmente el de los países escandinavos (desarrollos que han continuado tanto en la normativa como en la doctrina). Por la otra, el desenvolvimiento y las consecuencias de la internacionalización o transnacionalización de la delincuencia —o en todo caso, más sencillamente, de la comunicación internacional, que da movilidad a delincuentes actuales o potenciales—, uno de cuyos efectos es la presencia de infractores extranjeros en prisiones nacionales. Este fenómeno provoca, a su turno, una crisis en la práctica de la readaptación —que se proyecta sobre la idea de reinserción, acogida por la ley suprema—, además de graves problemas carcelarios.

La iniciativa pretendía el cumplimiento extraterritorial de sentencias dictadas contra mexicanos en el extranjero, a fin de que ese cumplimiento ocurriera en prisiones de la República; y el de sentencias emitidas en México en contra de extranjeros, para que la ejecución se realizara en establecimientos de sus países de origen o de residencia. El texto del párrafo séptimo vigente es el propuesto en el dictamen de las Comisiones que examinaron la iniciativa presidencial en la Cámara de Diputados. El dictamen amplió y mejoró los progresos contenidos en el proyecto del Ejecutivo.

Analicemos esta adicción, fincada en una advertencia que se hizo en la exposición de motivos del presidente de la República: “la readaptación social del sujeto en su ambiente vital es, en último término, el objetivo superior de los supuestos punitivos”. Ahora bien, si la reincorporación “radica en la observancia de los valores medios de una sociedad determinada, no se podría readaptar un individuo en establecimientos carcelarios ubicados en país extranjero, cuyas costumbres e instituciones sociales difieren apreciablemente de las imperantes en sus países de origen”.

El párrafo séptimo del artículo 18 determinó, bajo la reforma de 1975-1976, que los nacionales mexicanos que purgan penas en el extranjero —por haber sido condenados en éste, se entiende— pueden ser trasladados a nuestro país para que aquí cumplan sus condenas “con base en los sistemas de readaptación social (ahora, de reinserción social) previstos en este artículo”, es decir, a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación (añádanse, hoy día, salud, deporte y derechos humanos).

Asimismo, los extranjeros sentenciados en México —luego indicaré las características de este supuesto— pueden ser enviados al país de su origen o residencia. Sobre estas expresiones es útil observar que la transferencia de reos ya no sólo acarrea la aplicación al trasladado de las normas de vida en el reclusorio, sino mucho más que esto: el sistema mismo de readaptación o reinserción social, con su proyecto último, evitar la reincidencia del sancionado.

En el caso de los extranjeros, el supuesto de traslado no se contrae al país de origen, que regularmente será el de nacionalidad, sino también alcanza al país de residencia. Efectivamente, lo que la norma constitucional pretende es la readaptación o reinserción del individuo en el medio en el que se desarrollará su vida futura; si esto ocurrirá en un país —el de residencia— distinto al de nacimiento, debe optarse por el primero, no por el segundo.

Aun cuando la fórmula constitucional no indica, al hablar de los reos extranjeros trasladados, que el efecto de este envío es la aplicación del sistema de readaptación social o reinserción vigente en el país de destino, parece evidente que así habrá de ser. En este punto cabe aplicar la idea expresada acerca de los mexicanos transferidos a México.

El sistema de traslado de reclusos se integra con normas de diversos niveles y caracteres. Puesto que se trata de alterar la regla territorial, ha sido necesaria la reforma constitucional. Puesto que se quiere fijar la conducta de diversos países o estados soberanos, es menester que exista un tratado internacional que recoja la voluntad de cada uno de ellos. El artículo 18 manifiesta que el traslado de sentenciados se sujetará a los tratados internacionales celebrados para tal efecto. El primero de esos tratados, al que han seguido muchos más, fue el suscrito con los Estados Unidos de América.

El trabajo parlamentario aportó una novedad de suma importancia con respecto a la iniciativa del Ejecutivo. El dictamen en la Cámara de Diputados indicó —y el texto adoptado por el Constituyente Permanente acogió— una frase final en el párrafo séptimo del artículo 18: “El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso”. Esta bondadosa disposición acentúa la naturaleza del traslado como derecho público subjetivo del sentenciado.

El régimen vigente exige la coincidencia de tres voluntades, que hacen del traslado un acto complejo: en éste han de participar la voluntad del Estado que dictó la condena, la del que recibirá al sentenciado y la del sujeto cuyo traslado se pretende. Si no existe alguna de esas voluntades, no se practicará el traslado. Conviene reflexionar sobre la pertinencia de que una disposición semejante —que asocie las voluntades del poder público que condena, del poder público que ejecuta y del sentenciado sobre el que recaen la sentencia y el proceso de ejecución— gobierne el sistema de traslados en el interior del país. Para ello militan —con diversa intensidad— los mismos motivos que determinan esta solución en el caso de las ejecuciones extraterritoriales internacionales.

Esta institución —que por primera vez introdujo México en el derecho constitucional del continente americano— ha sido denominada de diversas formas. Se le designa como *intercambio*, *transferencia*, *canje*, *ejecución extraterritorial*. Si se atiende al sentido profundo de la medida, me parece más adecuado denominarla *repatriación de reos*. No sólo se trata de una remisión de sujetos, sino de un retorno a la patria de origen o de adopción para llevar adelante en ella un proceso tan delicado y profundo como es —al menos en teoría— la readaptación social, e inclusive la más modesta reinserción.

Reclusorios y medidas especiales

La reforma de 2001 al artículo 18 constitucional se propuso, en el primer momento, favorecer a los internos de procedencia indígena, y finalmente abarcó a todos los condenados, estatuyendo la posibilidad, no la obligación, de que los sentenciados compurgasen sus penas en reclusorios cercanos a su domicilio, a fin de “propiciar su reintegración a

la comunidad como forma de readaptación social”. La reforma de 2007-2008 modifica esta disposición y coloca otros intereses por encima de la reinserción, antes readaptación social.

En efecto, esta última modificación señala que la norma benefactora “no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”. Esto acentúa el doble sistema penal acogido por la más reciente reforma, que eleva la dispersión normativa al rango constitucional en todos sus extremos —sumamente cuestionados—, a saber: sustantivo, procesal y ejecutivo. Éste es, en mi concepto, uno de los más notorios desaciertos de la citada reforma, que en otros aspectos provee beneficios para el sistema de justicia penal, pendientes, por supuesto, de un eficiente y experto traslado de las palabras a los hechos.

En los términos de la reforma que estoy examinando, “todos” los inculpados sujetos a prisión preventiva y los condenados a privación de libertad por delincuencia organizada, indiscriminadamente, deberán quedar en centros especiales, señalamiento que traerá consigo problemas prácticos mayores. No parece razonable instituir esta rígida clasificación carcelaria —por primera vez— en el plano constitucional.

Claro está que dicha regulación implica problemas de movimiento y estancia de los internos de esta categoría en los centros especiales, si se toma en cuenta que los procesos iniciados y las sentencias dictadas conforme a leyes estatales relativas a delincuencia organizada se desarrollarán hasta su conclusión y se ejecutarán hasta la extinción de la pena, respectivamente, en los términos de las disposiciones vigentes en el momento en que se realiza el proceso o se dicta la sentencia (artículo sexto transitorio). Esto significa que habrá reclusos por delincuencia organizada en prisiones especiales federales y reclusos de este mismo grupo en prisiones (especiales o no) locales.

Destaca la disposición del Constituyente —que aquí se manifiesta como “reglamentador carcelario”— en el sentido de que “las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial”.

¿Quiénes son esas autoridades competentes? Como se sabe, la situación jurídica de los procesados (presuntos inocentes), sujetos a custodia por parte de la administración, depende de la autoridad judicial; en cambio, la de los sentenciados, que se sustenta en un acto judicial de condena, depende de la autoridad administrativa. Por lo tanto, los derechos de los internos atañen a diversas competencias. Ahora bien, la nueva disposición sobre jueces de ejecución de penas —artículo 21 constitucional— deberá concentrar estas decisiones en las nacientes autoridades ejecutivas jurisdiccionales, federal y local.

Vayamos al alcance que pudieran tener las aludidas restricciones aplicables a la comunicación entre los reclusos de los centros especiales y otras personas, y en torno a la naturaleza y el alcance de las *medidas de vigilancia especial* que la autoridad podrá adoptar con respecto a los internos en estos establecimientos. Desde luego, hay que establecer la diferencia que media entre *restringir* y *suprimir* comunicaciones.

Lo primero implica disminuir, reducir, acortar, graduar las comunicaciones. Suprimirlas consiste en prescindir de ellas, proscribirlas de plano, impedir las absolutamente.

te. No existe la debida concordancia entre estas restricciones y el señalamiento de la fracción II del apartado B) del artículo 20, fórmula que no fue afectada por la reforma de 2007-2008: “Queda prohibida [...] toda incomunicación”. Se debió hacer un enlace explícito entre ambos mandamientos.

Para identificar a los reos que serán sujetos —u objetos— de la medida especial y que no figuran en la categoría de procesados o sentenciados por delincuencia organizada, el dictamen del 10 de diciembre de 2007 advirtió que:

tal medida pued[e] justificarse dada la capacidad del interno para evadirse de la acción de la justicia o para seguir delinquirando desde los centros penitenciarios, así como cuando exista peligro evidente de terceros hacia el propio interno [*sic*] —como en el caso de ex miembros de instituciones policíacas— o que haya una afectación psicológica que pueda poner en riesgo al resto de la comunidad penitenciaria, entre otros supuestos.

Queda en la penumbra el alcance de esta última expresión —*otros supuestos*—, fuente de discrecionalidad. En diversos comentarios sobre la reforma analizada he formulado algunas interrogantes. Así: ¿qué privaciones de derechos implicarán esas medidas, adicionales a las que son estrictamente inherentes a la prisión? ¿Cómo se conciliarán con los estándares internacionales sobre privación de libertad? ¿En qué forma podrán afectar a terceros?

Y finalmente: ¿en realidad era necesario fijar estas disposiciones de orden y seguridad carcelaria en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos? ¿No era posible proveer a la seguridad pública y al control de las prisiones y los prisioneros con apoyo en las normas existentes, sin necesidad de instituir un sistema carcelario excepcional en la propia Constitución? En rigor, en la reforma de 2007-2008 parece campear el propósito de permitir muy amplias restricciones de derechos a partir de una suerte de *franquicia constitucional*.

Vale considerar que la legislación secundaria pudo fijar categorías de internos y señalar medidas aplicables a ellas, disposición que podía suscitar la conveniente apreciación, por parte de las autoridades judiciales, acerca de la constitucionalidad de esas medidas, es decir, sobre su conformidad con los principios acogidos en la norma constitucional.

Ahora, en cambio, han quedado *constitucionalizadas* las medidas especiales, cuyas resoluciones tienen fuente constitucional directa. Existe, claro está, cierta posibilidad de control jurisdiccional a través del examen sobre la conformidad de las medidas con el sistema constitucional general, pero en todo caso se ha sembrado de dudas y obstáculos esa valoración jurisdiccional, que no debía tropezar con señalamientos bajo los que se pretende refugiar cualquier acuerdo administrativo.

Además de todo lo anterior, la creación de una categoría constitucional de “interos que requieran medidas especiales de seguridad” suscita otras cuestiones cuya solución debe proveer con gran cuidado la ley secundaria. Cabe preguntar, por ejemplo, si quedarán reclusos en los centros especiales destinados a los inculcados o sentenciados por delincuencia organizada, o habrá reclusorios específicos para ellos, o se les

asignarán secciones especiales —de *alta seguridad*— en los centros ordinarios, lo cual generaría dispersión de soluciones en el interior de éstos.

Juez de ejecución

Es un mérito de la reforma de 2007-2008 la jurisdiccionalización —que es más que procesalización— de la ejecución de penas, ámbito que históricamente estuvo sustraído al imperio del principio de legalidad en el mundo entero. La legalidad debe proyectarse, con sus implicaciones en orden al conocimiento y el control jurisdiccional, sobre todos los extremos de la acción punitiva del Estado, sin excluir zonas para *discreción* de ciertas autoridades.

En diversas legislaciones europeas y americanas se ha recogido la figura del juez de ejecución —que no es, obviamente, un administrador de prisiones, un custodio carcelario ni un “tratante” médico o social de los reclusos—, y en reciente fecha esa figura ha llegado también a alguna legislación local mexicana.

El artículo 18 es la sede natural para la previsión del juez ejecutor, aunque también pueden alojarse la función y la titularidad de ésta en el artículo 21, para fijar el gran alcance de la *jurisdiccionalidad* en materia penal. El Constituyente Permanente ha seguido esta línea al señalar: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial” (artículo 21, tercer párrafo).

Hay un paso en falso en el dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, cuando se analiza el deslinde entre el Ejecutivo y el Judicial a propósito del régimen aplicable a los reclusos. Ese documento sostiene que la reforma procura dar:

A cada ámbito de poder lo que le corresponde: al Poder Ejecutivo la administración de las prisiones y al Poder Judicial la de ejecutar las sentencias, que implica salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos, desviaciones y cumplimiento de los preceptos [*sic*] que en el régimen penitenciario puedan producirse.

Convengamos en que concierne al juez salvaguardar derechos y evitar abusos, pero no “ejecutar las sentencias”, noción que abarca muchos actos que se hallan fuera de la misión y de las posibilidades de un juez de ejecución.

Se debió elaborar el tercer párrafo del artículo 21 con mayor nitidez, que por lo menos sugiriera las fronteras entre el tribunal de la causa (conocimiento) y el órgano judicial de ejecución. Cuando se dice *modificación* de las penas, ¿se alude a la que pudiera provenir del tribunal de superior instancia, o se hace referencia —como han expresado algunos analistas, en la fase temprana del examen de la reforma— a los cambios que traen consigo instituciones que operan en la etapa de ejecución?

Considero que la sustitución de penas —en una instancia o en sucesivas instancias— cae dentro de la competencia de los juzgadores de conocimiento (fondo del asunto controvertido), y que los cambios que vengan al caso —y conviene que vengan al caso; de lo contrario habría un retroceso mayor en el sistema penal ejecutivo— du-

rante la ejecución se hallan bajo la competencia del juez ejecutor: sea que afectan a la duración (libertad anticipada, por ejemplo), sea que interesen a la entidad de la medida (traslado de prisión cerrada a prisión abierta y preliberaciones, en algunas de sus especies). Esto mismo se colige del artículo quinto transitorio del decreto que recoge la reforma constitucional.

El Constituyente Permanente debió ser explícito —así fuese en forma muy general— acerca del juez de ejecución: establecimiento de la figura y determinación suficiente de sus atribuciones características. Éstas van más allá de precisar modificaciones y tiempos penales. Involucran la resolución de cualesquiera puntos controvertidos y de cuestiones que conciernan a los derechos del sentenciado, con o sin controversia (entre esas cuestiones, los correctivos de la prisión), tanto por lo que respecta a la reclusión como por lo que toca a otras penas y medidas de seguridad impuestas a aquél. En fin, compete a la legislación reglamentaria fijar el ámbito para la actuación del juez de ejecución.

Es necesario considerar, finalmente, que la función del juez ejecutor no debe contraerse a la pena privativa de libertad, sino abarcar —no es suficientemente explícito, a este respecto, el artículo 21— la observancia de la juridicidad a todo lo largo y ancho de la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito (sin perjuicio, por supuesto, de las atribuciones del tribunal de amparo). Su universo es más amplio que el relativo a la ejecución penitenciaria, en la que está llamado a ejercer, evidentemente, un papel de primer orden.

No es ocioso subrayar que los jueces ejecutores no son, ni deben ser, jueces penales a los que se confiere, por acuerdo administrativo, el calificativo o membrete de ejecutores. La función de éstos no es la misma que la de los juzgadores penales, colegas de misión jurisdiccional. Los jueces de ejecución requieren vocación, aptitudes, selección, formación, supervisión, todo ello de manera específica, a la luz de las características de la tarea que asumen.

Antes de ahora he señalado que sería lamentable que el sistema de ejecución jurisdiccional, que nace bajo un signo de esperanza, hiciera agua por falta de personal idóneo. Ya contamos con la amarga experiencia, que debiera ser aleccionadora, de improvisación judicial en el desempeño de la función jurisdiccional sobre adolescentes que incurren en conductas tipificadas por la ley penal. No debiera existir espacio para la improvisación en este campo.

En otros lugares me referiré al periodo previsto en las normas transitorias para la plena aplicación del sistema instituido en los artículos 18 y 21, acerca del sistema penitenciario, la inserción social del sentenciado y la jurisdiccionalización de la ejecución. Una mirada retrospectiva en torno a esta cuestión permite advertir que el sistema deja mucho que desear: persisten los vicios y extravíos en la mayoría de los reclusorios —agravados por las características de la nueva población penitenciaria— y el panorama normativo y aplicativo del juez de ejecución es insatisfactorio. Hemos improvisado la jurisdicción ejecutiva.

Sistema de justicia integral para adolescentes

Históricamente se ha dado un trato especial a los menores de edad que cometen delitos, o bien, para decirlo en términos más específicos, que incurren en conductas previstas como delictuosas por la ley penal. El antiguo derecho resolvió moderar las penas aplicables a los menores y dispuso distinguir, para estos efectos, entre quienes actuaban con malicia y quienes lo hacían sin mala intención. Los primeros eran sujetos de Derecho penal: *malitia supplet aetatem*, como se estableció en alguna etapa del derecho romano.

El avance de las ideas y las prácticas penales llevó a excluir progresivamente a los menores del imperio de la ley penal. Para ello se fijó determinada edad, que posteriormente se elevaría: 15, 16, 18 años. Hacia 1931 predominaba en México la edad de 18 años como lindero entre la minoría de edad, excluyente de la ley penal, y la mayoría de edad, que hacía al sujeto penalmente responsable de su conducta.

Exentos los menores de la ley penal, fue necesario elaborar un Derecho especial para ellos, un Derecho correccional, vertiente llamada del Derecho minoril. En éste figuraron tres capítulos básicos: comportamientos que determinan la aplicación de ese derecho especial, al que se quiso dar naturaleza tutelar; órganos y procedimientos que intervienen para la corrección de los menores infractores y medidas aplicables a estos sujetos, diferentes, en calidad y cantidad, de las previstas para los adultos delincuentes. Esas medidas se dividieron en dos grandes rubros: internamiento en centros de rehabilitación y tratamiento en libertad, con entrega a la familia propia del sujeto o a una familia sustituta. En México apareció el Tribunal para Menores en 1923, en San Luis Potosí.

El artículo 18, conforme al texto de 1917, nada dispuso a propósito de los menores infractores. El silencio constitucional provocó dudas e interpretaciones encontradas acerca del régimen jurídico aplicable a estos sujetos. Tal era el panorama en 1964, cuando el presidente de la República envió al Congreso su iniciativa de adiciones al artículo 18, que nada decía, tampoco, sobre esa categoría de individuos.

En el voto particular de algunos diputados, que líneas arriba mencioné, se solicitó un régimen especial para menores de edad, enfermos mentales, toxicómanos, ciegos y sordomudos que contraviniesen la ley penal. Estos sujetos serían “mantenidos en establecimientos distintos a los destinados a procesados o sentenciados, en la situación jurídica que les corresponda conforme a resolución de la autoridad judicial competente”.

De esa propuesta contenida en el voto particular, el trabajo del Constituyente Permanente retendría la sugerencia relativa a menores de edad, en una fórmula concisa que entonces pasó a ser el párrafo cuarto del artículo 18. El segundo dictamen elaborado por las Comisiones en la Cámara de Diputados aportó la fórmula: “La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”. Así surgió en el derecho constitucional mexicano el concepto del menor infractor, deslindado del adulto delincuente. La materia obedecería a la estructura general del orden jurídico mexicano sobre conductas antisociales: distribución de competencias entre los fueros federal y común.

Antes de la reforma realizada en 2005, dicho párrafo cuarto destacaba el concepto de “instituciones especiales” y se ponía de manifiesto el propósito de éstas: “tratamiento”. La noción de tratamiento —tema controvertido— ha cobrado auge en el ámbito penal y en sus colindantes: se trata de actuar sobre el sujeto para contrarrestar los factores causales del delito en el caso particular.

En cuanto a las instituciones, es razonable entender —y así se ha hecho, generalmente— que esa voz abarca no sólo establecimientos o centros de internamiento, sino, más ampliamente, un sistema jurídico específico y característico y unos órganos para el conocimiento de la conducta antisocial de los menores mediante el tratamiento previsto.

La corriente más lúcida y generosa en este orden de consideraciones insiste en la naturaleza propia del derecho de menores —y de sus instituciones— con signo protector (actualmente prevalece el concepto de *protección integral*, que ha relevado al término *tutelar*), completamente ajeno al designio punitivo del derecho aplicable a los adultos delincuentes. En la época de mayor desarrollo de ese criterio en México, fue expedida la Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores, de 1973.

Últimamente se ha deslizado de nuevo en nuestro derecho una orientación punitiva, a través de normas penales especiales para menores infractores. Aquélla era la orientación del ordenamiento dictado en 1992 para el Distrito Federal —con repercusiones en los estados—, que en vez de los Consejos Tutelares y el procedimiento tutelar estableció órganos y procedimientos similares a los existentes en el sistema penal común.

El impulso para realizar una importante reforma al artículo 18 en materia de menores infractores —tema que, como ya dije, apareció en 1964-1965— provino de las propuestas presentadas en el Senado de la República el 4 de noviembre de 2003, suscritas por senadores pertenecientes a los diversos partidos políticos con presencia en esa Cámara. En 2004 hubo una iniciativa presidencial de reforma al conjunto del sistema penal —incluso el enjuiciamiento de menores infractores— que no prosperó o que fue absorbida, en lo que respecta a este tema específico, por el trabajo y las propuestas de los legisladores.

La deficiente negociación del proyecto, el escaso conocimiento que hubo sobre sus características y fundamentos, la equivocada explicación de algunos de sus datos principales —así, se confundió con una ley *antisequestros* y se simplificó bajo el rubro casi exclusivo de *proceso oral*— y otros defectos de fondo y forma que no procede examinar ahora, determinaron su suerte en el Congreso. En diversas oportunidades he analizado la propuesta de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo, que al lado de manifiestos errores contenía sugerencias plausibles.

El 22 de abril de 2004 se presentó el dictamen de las comisiones senatoriales. Son diversos los precedentes normativos en esta materia, de fuente internacional y nacional, varios de los cuales fueron mencionados en los trabajos preparatorios de la reforma. Destaca, por lo que hace a los nacionales, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo de 2000, publicada el 29 del mismo mes, que ciertamente no es un buen modelo de técnica legislativa.

Como precedentes internacionales cuentan la Declaración de Ginebra, de 1924, acerca de los derechos del niño, y la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de

noviembre de 1959. Descuella el moderno marco de los derechos internacionalmente reconocidos: la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, que ha sido suscrita por la inmensa mayoría de los estados, con dos excepciones que no es fácil entender.

La relación incluye, asimismo: Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), relevante conjunto de principios y disposiciones en esta materia; Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio), y Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad).

Se puede agregar, porque ya existía entonces y fue suficientemente conocida por quienes intervinieron en la elaboración de las propuestas y el dictamen, la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se refiere precisamente a los derechos fundamentales y la situación jurídica de los individuos menores de 18 años en relación con el sistema penal y asistencial, principalmente, pero no exclusivamente.

La iniciativa senatorial inicial postuló, como señaló: “un sistema integral de justicia penal para adolescentes [—individuos mayores de 12 y menores de 18 años— a quienes se acusara] por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. [Las personas menores de 12 años quedarían] exentas de responsabilidad penal”.

La aplicación del sistema se encomendaría a instituciones, tribunales y autoridades:

Específicamente previstas para la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes. [También se preveía que] las formas alternativas al juzgamiento deberán observarse en la aplicación de la justicia penal para adolescentes, [y que en el procedimiento se atendería al] sistema procesal acusatorio. [La privación de la libertad se emplearía] como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

En la iniciativa de reforma se propuso que ésta abarcara tanto el artículo 18 constitucional, sede final de los cambios, como el artículo 73; esto último con el propósito de dar atribuciones al Congreso de la Unión para establecer las bases uniformes de la legislación nacional de la materia. Esta posibilidad fue desechada; años más tarde —no muchos— se admitiría. Hubo modificaciones importantes y acertadas en un segundo documento suscrito por los senadores de la República —con fecha 31 de marzo de 2005—, que aportaría el texto de la reforma.

El principal cambio introducido por éste con respecto al primer proyecto senatorial consistió en la eliminación de referencias “penales”. Este giro mejoró considerablemente la iniciativa y fijó el buen rumbo de la reforma constitucional y sus expresiones normativas y prácticas.

En el dictamen modificado del 31 de marzo se consideró que la intención de establecer el nuevo sistema “se encuentra colmada con las reformas y adiciones propuestas al artículo 18 constitucional, por lo que el hecho de facultar al Congreso para expedir una ley que establezca las bases normativas a que deberán sujetarse los estados y el Distrito Federal, resulta innecesario”. Consecuentemente —se añade—, la Fede-

ración, los estados y el Distrito Federal actuarán concurrentemente conforme a sus “respectivas competencias, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación y concurrencia que prevén las leyes”.

Esas instancias están “facultadas para legislar en materia de justicia para adolescentes, sin mayor limitación que la observancia y el apego a las bases, principios y lineamientos esenciales introducidos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la presente reforma”.

En consecuencia, la propuesta final que se convertiría en reforma constitucional determinó la concurrencia de facultades entre la Federación, los estados y el Distrito Federal para ocuparse de esta cuestión, en el ámbito de sus respectivas competencias. Quedaba pendiente para el futuro —que nos alcanzó con rapidez— la posibilidad de unificar en mayor medida la legislación de la materia en bien de una verdadera política nacional de prevención y persecución del delito. La reforma —al igual que el dictamen inicial— se refirió a un *sistema integral* de justicia. No se quiere resumir la acción del Estado sólo en una porción de las atenciones que requiere esta materia: la noción de un “sistema integral” apunta a la más amplia cobertura de necesidades y a la adopción completa y adecuada de soluciones pertinentes, con todos los recursos y en todas las direcciones.

He mencionado *supra* que la revisión del dictamen y la correspondiente reelaboración del proyecto, para abrir la puerta al texto final, se caracterizaron por el abandono de la idea de *justicia penal* a cambio del concepto de *justicia* —sin aquel calificativo— para adolescentes que infringen la ley penal. A veces ocurre que un cambio de redacción no queda amparado por suficientes explicaciones o precisiones en la exposición de motivos o en el debate, o bien, se observa una manifiesta contradicción entre lo que dice la norma y lo que sugiere la reflexión de sus autores, como ocurrió cuando fueron reformados los artículos 16 y 19 constitucionales, en 1999, para reparar el desacierto de la reforma de 1993, que sustituyó el cuerpo del delito por elementos del tipo penal. En algún punto específico el dictamen de los senadores, de 1999, marchó por un rumbo diferente al que sustentó la reforma y quedó expresado en los correspondientes preceptos.

Afortunadamente, ése no fue el caso en la reforma de 2005 al artículo 18. Por la importancia que tuvo el cambio incorporado en el curso de los trabajos legislativos —como dato relevante para su orientación y culminación—, y la trascendencia que debe tener en la reglamentación y aplicación del nuevo sistema integral, me permitiré transcribir *in extenso* los razonamientos expresados en la revisión del dictamen, que el estudioso de esta materia deberá confrontar con los argumentos aducidos para llevar adelante la reforma —regresiva— que instaló en 2015 el texto actual del artículo 18 en el punto que ahora nos ocupa. Los integrantes de las comisiones expresaron su convencimiento de que el *espíritu* de las iniciativas sujetas a dictamen

No es el de reducir la edad penal o el crear una estructura gubernamental que juzgue como inimputables a los menores de 18 años. Por ello consideramos que es necesario suprimir el calificativo “penal”, a fin de evitar cualquier confusión con las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos [Igualmente, señalaron] en el ámbito jurídico

la idea de lo “penal” implica la imposición de penas como principal consecuencia del delito, mismas que constituyen la privación o restricción de bienes jurídicos, impuestas conforme a la Ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica tipificada previamente como delito.

Habida cuenta de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, señaló el nuevo documento:

No es dable que se haga referencia a un sistema “penal” para menores adolescentes, a quienes no es posible aplicarles una pena en estricto sentido, puesto que no tienen la posibilidad de determinar la comisión de un ilícito penal. [Dado que no hay] pena sin culpabilidad, [los autores del giro consideraron] pertinente que el sistema a que se refieren las iniciativas se identifique como “Sistema Integral de Justicia para Adolescentes”.

Otras modificaciones atendieron a la misma línea de pensamiento como:

Eliminar toda noción relacionada con la imputabilidad, culpabilidad o responsabilidad penal, que no pertenecen al ámbito de la justicia para menores. [Finalmente] el concepto de sanciones se sustituye por el de medidas, con el mismo criterio de evitar la confusión con el régimen punitivo aplicado a los imputables, es decir, a los mayores de edad.

Las referencias a la edad de los individuos sujetos a la justicia para adolescentes son relevantes. Hacía falta una definición en este punto, que debió presentarse desde hace tiempo, merced a un juicioso consenso —y en todo caso a partir de la vigencia en México de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño—, sin necesidad de que la Constitución resolviera lo que puede decidir el acuerdo promovido por la razón.

Pero no fue así: las características de nuestro federalismo penal o parapenal permitieron que varias entidades carecieran de referencia sobre la edad mínima de acceso a la justicia especial para menores —antes de la cual sólo se plantea la atención asistencial— y que se mantuviese una gran variedad de soluciones acerca del ingreso al ámbito de la justicia penal —no diré a la imputabilidad penal, que es un problema diferente—, que fue fijado en 16 años por diversas legislaciones, en 17 por alguna y en 18 por la mayoría.

La reforma ha puesto orden en esta materia, aun cuando existen opiniones que prefieren fijar en 14 años y no en 12, como finalmente se dispuso, la edad de acceso a la justicia especial. En este orden sólo se consignó una precisión, que adelante mencionaré, sobre la adopción de medidas privativas de la libertad.

Sin perjuicio del debate que puede existir acerca de la edad, examen que no está cerrado, se ha ganado mucho terreno gracias a las nuevas definiciones constitucionales. Éstas toman en cuenta un generalizado criterio sobre lo que es adolescencia, etapa posterior a la niñez y anterior a la “juventud adulta”: entre 12 y 18 años. Los menores de aquella edad quedan sustraídos a la persecución. Para ellos prevalecen otros conceptos, cuando incurren en conductas infractoras de la ley penal: rehabilitación y asistencia social.

También hacía falta establecer, más allá de dudas e interpretaciones, que sólo quedarán comprendidos en este sector de la función estatal quienes realicen conductas penalmente típicas, como lo ha reclamado la tendencia dominante desde hace varias décadas, y lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, basada en los instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, quedan fuera los estados de peligro y riesgo personal y social que en otra época determinaron la actuación de los tribunales y consejos para menores.

También se hallan excluidas las conductas constitutivas de infracción administrativa, cuyas sanciones constituyen igualmente —como lo ha precisado la jurisprudencia interamericana— una expresión del poder punitivo del Estado, potencialmente severa y siempre inquietante desde la perspectiva de los derechos individuales y la vigencia del orden democrático. Habrá que reflexionar cuidadosamente en torno a las consecuencias de la infracción administrativa (faltas de policía, principalmente) cometidas por sujetos de entre 12 y 18 años: ¿el mismo régimen de los adultos, que no parece acertado? ¿Un sistema especial, sin contravenir la norma constitucional?

La subordinación del sistema integral de justicia al concepto de tipicidad, que constituye garantía de legalidad, no implica, sin embargo, que esa legalidad sea la misma para todos. Puesto que subsiste la desconcentración de las atribuciones legislativas en materia penal, es decir, de las facultades tipificadoras, habrá que atender aquí —como en el supuesto de los adultos— las decisiones particulares de los legisladores federales y locales.

La reforma constitucional acoge el sano criterio de comprender tanto garantías generales aplicables a todas las personas como garantías especiales dirigidas a los adolescentes. Así, se atiende la legalidad y la especificidad de los sujetos en su condición de personas en desarrollo. Esto último demanda medidas de corrección de las desigualdades que provienen de las diferencias materiales, punto al que me he referido ampliamente y sobre el que no insistiré. Evidentemente, la recepción de ambas garantías debe trasladarse a la legislación secundaria y a la organización real de la justicia para adolescentes.

En el texto constitucional se alojan algunas garantías procesales específicas. Aquí se recibe la noción de debido proceso legal, que no figuraba en la Constitución. Tenemos, pues, dos versiones para resolver una misma preocupación garantizadora: formalidades esenciales del procedimiento, que señala el artículo 14, y debido proceso, que indica el nuevo párrafo del artículo 18 (sin perjuicio de la elaboración de un diseño sobre la misma cuestión —en materia penal— derivado de la reforma de 2007-2008).

Se podrá entender que son conceptos diferentes, no necesariamente sinónimos, pero esta comprensión no resuelve el punto, sino lo desplaza: ¿por qué formalidades esenciales, no debido proceso, para los adultos, y por qué debido proceso, no formalidades esenciales, para los menores? Merecía mayor reflexión el empleo de fórmulas diversas, que siembra de problemas la interpretación, aunque sea plausible —por supuesto— la inclusión del debido proceso —o mejor todavía, de las ideas e imperativos que éste entraña— en la nueva justicia para menores.

El primer dictamen de las comisiones senatoriales apoyó la referencia al sistema procesal acusatorio, por contraste con el inquisitivo. Fue comprensible y satisfactoria esta preocupación del legislador —que se acogería en la reforma constitucional posterior, a propósito del sistema penal—, aun cuando ciertamente no existe un concepto final y acabado acerca de aquellos sistemas procesales y sus variantes mixtas.

A fin de cuentas, todos los sistemas son mixtos, en alguna medida. Ahora bien, la referencia al régimen acusatorio —que recoge una corriente reformadora en boga— no fue aceptada en la decisión final sobre la reforma. La revisión senatorial del 31 de marzo de 2005 optó por excluir la alusión al sistema acusatorio y referirse, en cambio, al dato clásico y nuclear de éste: deslinde entre la persecución y la resolución, expresado de la siguiente manera: habrá “independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas”.

Aquí cabe reflexionar sobre el espacio del Estado en el que debiera hallarse, conforme a sus atribuciones y a los fines del enjuiciamiento de adolescentes, cada una de esas autoridades, principalmente la jurisdiccional, que impone las medidas: ¿jurisdicción autónoma (no necesariamente tribunales administrativos) o incorporación en los Poderes Judiciales de la Federación, los estados y la Ciudad de México? Cada solución ofrece ventajas e inconvenientes, no sólo desde la perspectiva técnica —en orden a la división de funciones y a la independencia de los órganos jurisdiccionales—, sino también desde el ángulo práctico: recursos para instalar los órganos y atender su buen despacho.

También las soluciones institucionales deben examinarse bajo el rubro de las garantías. Lo son, por varias razones que atañen a la adecuada operación del conjunto. La Constitución vuelve a la necesidad de crear instrumentos específicos para la atención de problemas específicos. La justicia integral para adolescentes no es apenas un capítulo de la justicia penal ordinaria para los adultos, a la que deban trasladarse fielmente las instituciones, las categorías jurídicas, la “filosofía” y las prácticas de ésta.

Se requiere especialización —personal, orgánica, institucional, material, procesal— de las instituciones, los tribunales y las autoridades que actuarán en la procuración e impartición de la justicia para los adolescentes infractores de la ley penal. En la reforma de 2005, la Ley Suprema omitió un ámbito que reviste, sin embargo, enorme importancia: la ejecución de las medidas.

Las medidas previstas se disciplinan a determinados principios —protección integral e interés superior, que no sólo debieron vincularse con aquéllas, sino con el enjuiciamiento mismo— y tienen como objetivo la orientación, protección y tratamiento de los menores con el propósito de alcanzar la reintegración social y familiar del adolescente —que en no pocos casos pudiera resultar, en la realidad, inabordable o desaconsejable— y el pleno desarrollo de su persona y capacidad —propósito incuestionable. No faltarán los sinónimos para la protección ni el debate acerca del concepto de tratamiento.

Es importante el acento que la reforma de 2005 puso en la naturaleza y, sobre todo, en la intensidad de las medidas. Se previó que fuesen proporcionales a la conducta realizada. Sobre este punto tómesese en cuenta que las medidas entrañan afectaciones

de los derechos de quien se encuentra sujeto a ellas: principalmente, aunque no exclusivamente, la libertad. De ahí que no se autorice la desproporción, la desmesura, el exceso.

Es indebido corresponder a ciertas conductas con reacciones excesivas, expresión de un rigor defensivo o punitivo que pudiera resultar absolutamente injustificado y totalmente inaceptable en una sociedad democrática. Cualquier injerencia en los derechos fundamentales de las personas, debe tener como referencia las exigencias y los límites que las explican lógicamente y las justifican jurídicamente: necesidad, razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad, e incluso inevitabilidad. Este principio de proporcionalidad ha campeado también en la reforma penal constitucional de 2007-2008.

Que haya proporción entre el hecho ilícito y la reacción correspondiente, no impide que el órgano emisor de la medida tome en cuenta, sin romper ese marco garantista, los datos que conduzcan al cumplimiento de la función estatal y la finalidad de las medidas, particularmente en el supuesto de menores de edad, con respecto a los cuales la misma Constitución dispuso orientación, protección, tratamiento, reintegración social y familiar.

Esto requiere considerar las condiciones particulares del individuo al que se aplican las medidas. Disponer éstas sin miramiento para las personas llevaría a decisiones “en abstracto”, *in vitro*, ajenas al destinatario y alejadas de la realidad, y en todo caso impertinentes o arbitrarias.

La conciliación entre los intereses legítimos del individuo y los legítimos intereses de la sociedad, que viene al caso en el enjuiciamiento por conductas ilícitas, obliga a apreciar detenidamente las medidas restrictivas de libertad, como precaución procesal o como consecuencia del comportamiento ilícito. Esto quedó a la vista en el proceso de reforma constitucional.

De nueva cuenta es preciso considerar el carácter excepcional, restringido, marginal, de las afectaciones admisibles en el ámbito de la libertad. Por ello la reforma de 2005 destacó ciertas fronteras imperiosas para el internamiento de adolescentes. Se entiende que esta expresión abarca cualquier medida restrictiva o privativa de la libertad, sea durante el proceso, sea como resultado de éste, amparada por una resolución jurisdiccional.

Son varias las restricciones para la adopción del internamiento, que revelan una orientación garantista diferente de la que se observa en el caso de los adultos. Aquélla se informa en las mejores tendencias en esta materia y aparece en el artículo 37, inciso b), de la Convención de los Derechos del Niño. La misma tendencia se aprecia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha examinado el tema de la prisión preventiva y se ha referido, con un criterio aún más restrictivo, a la privación de la libertad en el caso de los menores de edad.

En los términos del texto constitucional reformado, el internamiento es una medida extrema; por lo tanto, no se debe aplicar —como está previsto en algunos supuestos de prisión preventiva para mayores de edad— de forma automática, regular, rutinaria, sino sólo cuando resulte verdaderamente indispensable y así se acredite. La medida —sostuvo la reforma de 2005— debía durar “el tiempo más breve que proceda”:

se aplicará en periodos generalmente cortos, tanto como sea posible, optando —si cabe la opción— por suspender la medida, no por prolongarla. Sólo estarán sujetos a internamiento los adolescentes mayores de 14 años; quedan a salvo quienes se hallen por debajo de esa edad. La misma norma reformada en 2005 señaló que la medida era precedente únicamente cuando se juzgase al sujeto por la comisión de una conducta antisocial calificada como grave.

Esta última precisión constitucional no implica que el internamiento venga al caso siempre que exista imputación por delito grave. Parecía necesario valorar la medida a la luz de los otros factores que la Constitución enuncia, principalmente su carácter de *medida extrema*. La referencia a delitos suscita, en este campo, los mismos problemas que produjo —y que no son pocos— en el enjuiciamiento de adultos con base en la reforma de 1993. Ésta ha motivado diversas —y en ocasiones muy desafortunadas— formas de entender que una conducta ilícita es “grave”, calificación que se proyecta sobre el acceso a la libertad.

Acertadamente, la reforma propicia el empleo de formas alternativas de justicia, que se han desarrollado en años recientes, de manera más o menos formal, prohibidas por el expansivo régimen de la querrela y el perdón y que ahora figuran, con grandes expectativas, en el artículo 17 constitucional, reformado en 2007-2008. Las soluciones compositivas son perfectamente admisibles en un amplio número de casos, e incluso resultan indispensables.

Ahora bien, la reglamentación de esta norma deberá buscar los medios para que la solución alternativa sirva de veras a la justicia, no la enrarezca o defraude. Evidentemente, lo que digo sobre la justicia para menores de edad es aplicable, aún más ampliamente, al enjuiciamiento de adultos. En 2005 iniciamos un camino promisorio; pero desde ese momento resultaba preciso —como lo mencioné en el comentario en torno a la reforma de dicho año— vigilar la marcha, para que en ella imperasen la pertinencia y la probidad.

Con alguna frecuencia los artículos transitorios de nuevas leyes o decretos que reforman leyes existentes, disponen que las novedades entren en vigor “al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”. Esta norma pudiera resultar razonable en algunos casos, pero no en todos. Efectivamente, es preciso proveer la difusión de las disposiciones emergentes, como es preparar las condiciones para su aplicación y eficacia, que a menudo reclaman la formación de funcionarios y la renovación de antiguos criterios, además de la provisión de medios materiales para el éxito de la reforma.

La modificación de 2005 al artículo 18 no incurrió en ese error (pero no tuvo aplicación afortunada en lo que corresponde a la *vacatio legis* y la vigencia formal y material). No estableció una *vacatio* muy amplia, como parece necesario si se toma en cuenta la magnitud de los cambios que dispone o sugiere y la época en la que aparece. Empero, los tiempos que previó debieron permitir una razonable preparación, si en ellos se hubiese trabajado con intensidad y buena orientación.

Los dos preceptos transitorios fijaron plazos sucesivos. El primero, de tres meses a partir de la publicación del decreto, para que la reforma entre en vigor. El segundo,

de seis meses contados desde el inicio de la vigencia, como plazo del que disponen “los estados de la Federación y el Distrito Federal [para] crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto”.

La reforma de 2005 no aludió al plazo que debía observar la Federación para emitir su propia normativa y establecer las instituciones correspondientes, como si aquella contara ya con todo lo necesario para aplicar exitosamente la reforma en el momento mismo de su vigencia. La grave omisión determinó una nueva reforma constitucional —enmienda de la enmienda—, que apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2009, que modifica la preceptiva transitoria.

Se fijó un plazo (¿de gracia?) a disposición del Poder Legislativo Federal para llevar adelante la tarea que le concierne y fue preciso resolver el severo problema que se había creado a propósito de las normas que debieran aplicarse a los menores sujetos a proceso, a falta de reglas claras de competencia, problema que implicó confusiones en el desempeño de la justicia estatal y federal, y cierre de procesos en forma indebida, cuestionada y desconcertante.

Para lo primero, se dispuso un plazo de un año —al cabo de éste aún no se disponía de la ley respectiva— y para lo segundo se resolvió, en una nueva norma transitoria, lo siguiente:

Los asuntos en trámite hasta el momento en que entren en vigor las leyes y se implementen las instituciones y los órganos a que se refiere el transitorio anterior se concluirán conforme a la legislación con que se iniciaron. Los asuntos que se encuentren pendientes de resolución en el momento en que inicie la operación del nuevo sistema se remitirán a la autoridad que resulte competente para que continúe en el conocimiento de éstos hasta su conclusión.

No deja de llamar la atención que entre en vigor una disposición que no resulta aplicable —o no parece serlo— cuando comienza su vigencia, porque se carece de las condiciones para que ello ocurra, y que, entendiéndolo así, el propio Constituyente disponga un nuevo plazo —“de gracia”, después de una llamada “de alerta”— para preparar la eficacia de la norma ya vigente.

Mientras tanto, ésta permanecerá como derecho en vigor, por una parte, pero apenas en proceso de aplicación, por la otra. Más allá de estos comentarios, resultaba necesario poner manos a la obra, diligencia y cuidado para crear las condiciones del gran progreso que se ha querido imprimir en la justicia para adolescentes. Bienvenidas las palabras y las normas, las intenciones y los programas: siguió la hora de los hechos.

Al final de 2008 no había concluido el proceso de actualización de las leyes secundarias referentes a los menores de edad en conflicto con la ley penal, y las soluciones adoptadas no eran coincidentes. Ni siquiera prevalecía la uniformidad acerca de la orientación del nuevo sistema: ¿penal de nuevo? Así lo consideraron muchos intérpretes, contrariando no sólo las mejores tendencias en esta materia, sino también las orientaciones explícitas del Constituyente Permanente, que se desprenden, con toda claridad, del proceso de reforma: tras un tropiezo “penalizador” del sistema, pronto corregido —pero

también reiterado en 2015, como o luego veremos—, el Constituyente resolvió —y así lo establece la Constitución— instituir un sistema de justicia especial para adolescentes, no un nuevo capítulo, ciertamente desmejorado, del régimen penal para mayores de edad.

Hasta aquí la reforma de 2005 al régimen sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. Las tendencias “penalistas”, fuertemente autoritarias, que no pudieron prevalecer entonces, volvieron a la carga más tarde, con el mismo equipaje de argumentos que habían portado anteriormente. Tuvieron éxito y determinaron una nueva reforma a los párrafos cuarto y sexto del artículo 18 constitucional y a la fracción XXI del artículo 73, inciso c), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 2015.

La reforma al párrafo contiene inserciones o cambios terminológicos que no varían realmente la regulación de la materia: así, la referencia a “adolescentes” (que se comprendía claramente del texto anterior); la alusión a “hecho que la ley señale como delito” (en vez de “conducta tipificada como delito por las leyes penales”), a garantía de derechos “humanos” (antes, “fundamentales”), a “personas” (no a individuos, como en el texto reformado) y a comisión o participación en un hecho señalado como delito (no solamente la comisión, aunque es obvio que quien participa en un hecho tipificado comete lo que menciona la norma tipificadora; en otros términos, participación es también comisión). La intención de los reformadores queda de manifiesto, con mayor claridad que en esas variaciones menores, en la parte final del párrafo cuarto que ahora comento. Se decía que las personas menores de doce años que hubiesen realizado una conducta prevista como delito por la ley, sólo quedarían sujetas a “rehabilitación y asistencia social”. La reforma de 2015 dejó asistencia social y suprimió rehabilitación, acogiendo así las reservas que algunos tratadistas de esta materia han expresado a propósito de la rehabilitación —como de la readaptación o del tratamiento, en su propio espacio—, por considerar que ese concepto lesiona derechos humanos. A nuestro juicio, semejante conclusión deriva de un erróneo entendimiento de lo que significa rehabilitación.

El nuevo texto del sexto párrafo del artículo 18, aportado por la reforma de 2015, contiene cambios de mayor alcance. Como hemos visto, la anterior redacción del precepto garantizaba la observancia del debido proceso legal en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes, así como la independencia que debe existir entre las autoridades que hacen la remisión del menor de edad y las que aplican la medida; asimismo, se refirió a la reintegración social y familiar del adolescente. La fórmula adoptada en 2015 avanza hacia la equiparación entre el juicio penal para adultos y el juicio para menores —que será penal, como veremos al invocar el artículo 73 de la Constitución— y señala que “el proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral”; no confía, pues, en la invocación del debido proceso.

Esta orientación debe relacionarse con la aludida reforma al artículo 73, fracción XXI, inciso c), que aclara de una vez la orientación penalista del “nuevo” régimen para adolescentes. Este cambio, coincidente con el introducido en el artículo 18, otorga al Congreso de la Unión facultades para expedir “la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de *justicia penal para adolescentes* (énfasis agregado) que regirá en la Re-

pública en el orden federal y en el fuero común”. Se ha recuperado, pues, la adscripción de los adolescentes al ámbito de la justicia penal, en el que se hallaron hasta la redefinición de este régimen en la primera mitad del siglo XX.

Hay otra diferencia relevante entre los textos del artículo 18 en 2005 y en 2015. En aquél, restrictivo de la medida de internamiento, como señalé en el examen de esa reforma, sólo se autorizaba la medida de internamiento (que puede compararse, relativamente, con la prisión preventiva de los adultos y/o con la pena de prisión de éstos) con respecto a personas mayores de 14 años “por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”. Por supuesto, la naturaleza de tales conductas antisociales era la correspondiente a hechos tipificados por la ley penal, que es el signo rector de la relación jurídica establecida por el artículo 18 entre el Estado y el adolescente. No se trataba, pues, de una antisocialidad genérica, fuera del marco de la ley penal.

En cambio, la reforma de 2015 abre la posibilidad de aplicar el internamiento en todos los casos en que el adolescente aparezca como autor o participante en un hecho tipificado penalmente. En efecto, el internamiento es aplicable a sujetos mayores de catorce años “por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito”. Ya no se alude a la gravedad de ese hecho. Desde luego, el tratamiento de esta cuestión es más severo que el utilizado con respecto a los mayores de edad, que no se hallan sujetos a prisión preventiva o a pena privativa de libertad en todos los casos.

Bibliografía

- BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Porrúa, 1999.
- BARROS LEAL, César, *Ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2009.
- BAZDRESCH, Luis, *Las garantías constitucionales*, México, Trillas, reimpresión, 1994.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1994.
- CARRANZA, Elías, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, México, Siglo XXI Editores, 2009.
- CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1981.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006.
- , *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2010.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal*, México, Porrúa, 2010.
- CUEVAS SOSA, Jaime e Irma García A. de Cuevas, *Derecho Penitenciario*, México, JUS, 1977.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, Coordinación de Humanidades-UNAM, 1967.
- y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016.
- , *La prisión*, México, FCE/IIJ-UNAM, 1975.
- , *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas Editores, 1978.
- , *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.

- _____, “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, en *Memorias del Seminario Internacional Los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos-México/Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores.
- _____, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- _____, Olga Islas de González Mariscal y Leticia A. Vargas Casillas (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, tomos I y II.
- _____, y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, IJ-UNAM/INACIPE, 2011.
- _____, Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y Augusto Sánchez Sandoval, *Traslado nacional e internacional de sentenciados*, México, Cuadernos del INACIPE, 1985.
- HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, Pablo, *Las garantías del inculgado*, México, Porrúa, 2009.
- HERRERA LASSO, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, México, Cuadernos del INACIPE, 1979.
- IGLESIAS, Andrés, “Artículo 18. Comentario jurídico”, en *Nuestra Constitución*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1990.
- LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*, México, Porrúa, 2009.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual de derecho penitenciario mexicano*, México, INACIPE/Secretaría de Gobernación, 1976.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho penitenciario*, México, McGraw-Hill, 2005.
- MONTIEL y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 2a. ed., facsimilar, México, Porrúa, 1972.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, México, Porrúa, 1984.
- _____, *Derecho constitucional penal, Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2005.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Detención preventiva. Previsiones constitucionales y legales*, México, IBIJUS, 2009.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *La orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso*, México, IBIJUS, 2008.
- RABASA, Emilio O. y Gloria Caballero, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, México, Cámara de Diputados-LVI Legislatura, 1995.
- RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, México, Porrúa, 2008.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de menores*, México, Porrúa, 2004.
- _____, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Porrúa, 2004.
- SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005.
- _____, *Los menores de edad que infringen la ley penal ante el nuevo sistema de justicia penal acusatorio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- _____, Pérez Sánchez, Rubén E. y Alfredo López Martínez, *La justicia de menores infractores en la reforma al artículo 18 constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “Los mitos de la prisión preventiva en México”, en *Gaceta, Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 173, diciembre de 2004.

Artículo 18

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 23-II-1965

XLVI LEGISLATURA (1-IX-1964/31-VIII-1967)

Presidencia de Gustavo Díaz Ordaz, 1-XII-1964/30-XI-1970

Se sustituye la expresión “en sus respectivos territorios” por “sus respectivas jurisdicciones” y, con base en el trabajo, la capa de citación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente se reorganiza el sistema penal. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres.

Se faculta a los gobernadores de las entidades a celebrar convenios para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos del Ejecutivo federal. La reforma establece la creación de instituciones y centros especiales para menores infractores.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 4-II-1977

L LEGISLATURA (1-IX-1976/31-VIII-1979)

Presidencia de José López Portillo, 1-XII-1976/30-XI-1982

Se estipula que los reos de nacionalidad mexicana o extranjera, por delitos del orden común, cuando medie su consentimiento expreso, podrán ser trasladados a su país de origen correspondiente para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 14-VIII-2001

LVIII LEGISLATURA (1-IX-2000/31-VIII-2003)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Se modifica el artículo para establecer que los sentenciados en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio; esto a fin de propiciar su integración a la comunidad como forma de readaptación social.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 12-XII-2005

LIX LEGISLATURA (1-IX-2003/31-VIII-2006)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Se establece que la Federación y los gobiernos de los estados serán los que establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores se entiende por menores infractores en niños entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, para garantizarles aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Se especifica que las personas menores de 12 años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. Se especifica que se les deberá garantizar el debido proceso legal y que la operación del sistema en cada orden de gobierno para la procuración e impartición de justicia para adolescentes estará a cargo de las instituciones, tribunales y autoridades especiales.

Se hace referencia a las medidas correctivas, las cuales deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, pero no especifica cómo se llevará acabo esto.

Finalmente, se establece que el internamiento se utilizará sólo como medida extrema, pero si se utilizara esta medida sólo se podrá aplicar a adolescentes mayores de 14 años por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves; sin embargo, no se especifican lineamientos generales para la reinserción de los adolescentes indiciados o las posibles causas de su conducta antisocial.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Como parte de la llamada reforma penal acusatoria, se modificó una gran parte del artículo, estableciendo este nuevo sistema de reinserción social. En el primer párrafo se sustituye el término “pena corporal” por “pena privativa de la libertad”. Seguido de los párrafos segundo y tercero en los que se establece que el sistema penitenciario tendrá como objetivo la reinserción del sentenciado a la comunidad; para ello organizará, sobre la base del trabajo la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, pero no se hace mención de cómo se llevará a cabo este planteamiento.

La Federación, los estados y el Distrito Federal se coordinarán por medio de convenios para que el sentenciado por algún delito cumpla sus penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción distinta a la que se cometió el ilícito.

Se establece que los sentenciados por delincuencia organizada así como aquellos que requieren un tratamiento especial, no necesariamente tendrán que cumplir sus penas en los lugares más cercanos a su domicilio.

Se establece que las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones e imponer medidas especiales de vigilancia a inculpados y sentenciados por delincuencia organizada. Aunque estas medidas también podrán aplicarse a otros reos. En consecuencia se podrá restringir la comunicación e imponer medidas especiales de vigilancia a cualquier persona bajo arresto “en los términos que determine la ley”. Finalmente, se adiciona un último párrafo que determina que para la reclusión preventiva y ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se crearán centros especiales.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-VI-2011

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

En el marco de la reforma constitucional de derechos humanos se modifica el segundo párrafo, para añadir a las bases sobre las que se organizará el sistema penitenciario el respeto permanente a los derechos humanos.

Séptima reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-VII-2015

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

La reforma constitucional elimina la mención del Distrito Federal en el párrafo cuarto y se establece el sistema integral de justicia para los adolescentes, que aun siendo menores de edad, se les da rango constitucional de sujetos delincuenciales, de manera preventiva. En el párrafo sexto del artículo agrega que: “El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral”, en acuerdo a las reformas en juicios orales.

Octava reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-VII-2015

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

La reforma constitucional elimina la mención del Distrito Federal en el párrafo tercero y cuarto sustituyéndolo por las “entidades federativas” en acuerdo a la reforma que crea a la Ciudad de México como una entidad federativa.

Artículo 19

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 19 se refiere a los tiempos de detención y a la necesidad de que toda aprehensión sea debidamente justificada. Asimismo, se estipula en este artículo la prohibición de todo maltrato hacia los prisioneros. Estas medidas cobraron forma a finales del siglo XVIII, cuando ganaron terreno los derechos del hombre sobre su persona. La Constitución de Cádiz de 1812 puntualizó, en sus artículos 293, 299 y 303, que el alcaide de la cárcel antes de poner a alguien bajo prisión tendría que recibir copia del auto motivado de prisión, sin el cual no podría recibir a ningún prisionero bajo riesgo de ser acusado de detención arbitraria; además, no debería usarse nunca contra los reos tormentos o apremios.¹

En ese sentido, la Constitución de Apatzingán señalaba que la ley debe reprimir “todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados”.² Más tarde, el Reglamento Provisional Político señaló en varios de sus artículos aspectos en esta materia. En su artículo 72, por ejemplo, ordenó que ningún mexicano fuera preso por queja de otro, sino cuando el delito mereciera pena corporal y constara en el acto, a menos de que el quejoso se obligara a probar las acusaciones dentro de seis días.

El artículo 73 indicaba que en caso de denuncia, si el que la diera no ofreciera probarla, el juez formaría proceso instructivo sólo en caso de existir elementos que fundamentaran la denuncia. El artículo 76, por su

¹Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

19

Sumario Artículo 19

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	173
Texto constitucional vigente.	177
Comentario	
Sergio García Ramírez	179
Bibliografía	198
Trayectoria constitucional	200

parte, prohibía cualquier tipo de tormento.³ Este último punto sería ratificado dos años más tarde en la Constitución Federal de 1824, que en su artículo 149 estipulaba: “Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso”.⁴ Con ello se buscaba poner fin a prácticas del antiguo régimen, donde el tormento (recuérdese, por ejemplo, la práctica inquisitorial) podía formar parte de algunos procesos.

Más precisas fueron las Leyes Constitucionales de 1836.⁵ En ellas se ordenaron puntos de suma importancia; por ejemplo, en la ley primera, artículo 2º, se señaló como un derecho de los mexicanos no ser detenido por más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado —con los datos de su detención— a la autoridad judicial competente. Tampoco podría ser retenido por más de diez días sin que se proveyera auto para su prisión. Las autoridades que contravinieran esto serían responsables de los abusos ocasionados. Asimismo, en la ley cuarta, artículo 18, se estableció como una limitante al presidente de la República, el retener a una persona por más de tres días sin ponerlo a disposición de tribunal o juez competente. Por último, en la ley quinta, artículo 49, se ratificó lo estipulado con anterioridad sobre prohibir el tormento para la averiguación de cualquier delito.

El Primer Proyecto de Constitución Política de agosto de 1842, volvió a legislar, en su artículo 7º, sobre los temas ya considerados.⁶ En diversas fracciones de este artículo se estableció que nadie podría ser aprehendido sino cuando hubiera indicios por los cuales se le acusara de un delito; sin embargo, no podría ser detenido por más de tres días sin que hubiera auto motivado de su prisión. Se trataría de una prisión arbitraria toda aquella que no respetara los tiempos señalados y pesarían sobre las autoridades respectivas las faltas cometidas. Nuevamente se ordenaba la erradicación de cualquier tormento u otra clase de apremio para el castigo de los delitos. Además, se precisó que los reos no podrían ser molestados con “grillos, ni con otra especie alguna de apremio”.

Un año más tarde, las Bases Orgánicas de la República Mexicana indicaban en su artículo 9º, fracción VII, que nadie podría ser detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste podría tenerlo más de cinco días sin declararlo formalmente preso. Se señaló, nuevamente, que al no cumplir con los tiempos, sería una detención arbitraria de la cual serían responsables las autoridades.⁷ Prácticamente, estos fueron los puntos que contemplaron los textos jurídicos anteriores a la Constitución de 1857.

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁵Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁶Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Primer_proyecto_de_Constituci_n_Constituci_n_Pol_t_1426.shtml.

⁷Bases Orgánicas de la República Mexicana, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>.

El Estatuto Orgánico Provisional de 1856, por ejemplo, en su artículo 44 establecía el periodo de cinco días para que la autoridad judicial dictara auto de formal prisión y diera auto motivado, del cual se tendría que dar copia al reo. Lo anterior se complementó con los artículos 47 y 48, donde se estipuló que pasados los términos legales el reo podría recurrir al Tribunal Superior para que éste dictara el recurso dentro de 24 horas. Asimismo, se declaró arbitraria la detención que excediera dichos tiempos, y responsable la autoridad en que recayera la falta anterior, privándola de todo empleo público. El plazo para la declaración de prisión empezaría a contar apenas el juez hiciera la aprehensión.⁸ Estos fueron los puntos que se consideraron también en el proyecto de Constitución del mismo, y de ahí a la propia Constitución de 1857, cuyo texto quedó de la siguiente forma:

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.⁹

El texto permaneció vigente el resto del siglo, sólo durante el periodo del Segundo Imperio la Constitución sufrió algunas cortapisas. Pese a esto, el mismo Maximiliano de Habsburgo decretó sobre el asunto en su Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865. En el artículo 61 de dicho ordenamiento, por ejemplo, señaló que cuando la autoridad administrativa hiciera alguna aprehensión, tendría que poner dentro de tres días al presunto reo a disposición de quien lo juzgaría. Para ello deberían hacerse los datos correspondientes de su aprehensión, de manera que el juez tendría cinco días para declarar si había elementos para declararlo preso. No obstante, se estipuló que si la aprehensión era por delitos contra el Estado, o por perturbar el orden público, la autoridad administrativa podría prolongar la detención hasta dar cuenta al comisario imperial o al ministro de gobernación para que determinara lo conveniente.¹⁰ Tras el fin del Segundo Imperio en 1867, la Constitución de 1857 recuperó su vigencia plena en el territorio. El texto constitucional no sería objeto de ninguna reforma sino hasta con la Constitución de 1917.

En este caso, el artículo incorporó nuevos elementos que dieron mayor precisión al acto de prisión. Se ordenó, por ejemplo, que el auto de formal prisión debería expresar el delito imputado, los elementos que lo constituyeran, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arrojará la averiguación previa, los cuales deberían

⁸Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁹Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁰Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

ser suficientes como para comprobar el delito. Se agregó, además, que de aparecer un nuevo delito imputado al acusado, éste debería ser objeto de otra acusación separada.¹¹

Esta mayor precisión, contemplada en el artículo 18, se logró en parte como resultado de los avances en materia penal, pero también de las circunstancias vividas bajo el régimen porfirista donde las cárceles y los presos políticos eran una de las marcas distintivas del sistema político. Las demandas posrevolucionarias encontraron así cause y se plasmaron en dicho artículo constitucional.

¹¹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la del 5 de febrero de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

Artículo 19

Texto constitucional vigente

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas —a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición—, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de

19

otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 19

Comentario por **Sergio García Ramírez**

En los comentarios sobre otros preceptos constitucionales de materia penal (artículos 18, 20 y 21) me he referido a los textos vigentes entre 1917 y 2008, así como a las disposiciones que resultaron de la reforma incorporada en 2007-2008, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, que introdujo cambios de suma importancia en el sistema de seguridad pública y justicia penal. Estos representan, de alguna manera, un punto de compromiso entre corrientes garantistas y corrientes autoritarias: vértice entre los designios del debido proceso y la seguridad pública, que se concilian difícilmente.

De ahí el carácter heterogéneo de la reforma de 2008, cuya vigencia gradual (especialmente en lo que respecta al sistema acusatorio con el que se ha querido relevar un supuesto sistema inquisitivo, que jamás figuró en las normas constitucionales, aunque se hubiera deslizado, parcialmente, en disposiciones secundarias y malas prácticas autoritarias) queda prevista en los preceptos transitorios del decreto respectivo. Desde luego ya se ha alcanzado, en junio de 2008, la vigencia plena de la reforma procesal constitucional de 2008, proyectada sobre la Federación y todas las entidades federativas, reglamentada por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Formularé algunas consideraciones generales sobre los temas del artículo 19, precepto relevante en el sistema penal constitucional; mencionaré las fórmulas acogidas antes de 2008, sobre todo aquellas que no han sido modificadas, y me ocuparé finalmente de las disposiciones aportadas por la reforma que definió el texto actual.

El artículo 19 figura destacadamente entre los preceptos que concurren a formar la *carta magna* del delincuente, como suele decirse; o mejor todavía, la *carta* del inculpado, el sentenciado, el ejecutado. Abarca dos asuntos: por una parte, en los párrafos iniciales, el tema de la sujeción a proceso —ahora denominada vinculación a proceso—, con sus respectivos actos procesales y situaciones jurídicas; por otra, en el párrafo final, ciertas prevenciones a propósito de la reclusión, que han de aplicarse tanto a la prisión preventiva como a la punitiva.

Nuestra Constitución ofrece varias series de normas con materia penal. Es ésta una de las cuestiones más desarrolladas en el texto supremo, y evidentemente la que más alude al hombre en particular, a su condición individual en la sociedad política, a su potencial enfrentamiento con la sociedad y el Estado. El ser humano entra en conflicto frontal con éstos, sobre todo cuando se le atribuye la comisión de un delito. Entonces, el Estado se eleva con su máximo poderío frente al individuo y en nombre de la sociedad ejerce la más grave de sus potestades: la función punitiva.

19

En ese ámbito —la dura escena del castigo— entran en riesgo los valores fundamentales del ser humano: vida, libertad, honor, patrimonio. De ahí el esmero con el que las constituciones suelen abordar el sistema penal: expresión, la más viva, de las convicciones autoritarias o democráticas de la sociedad política. En ningún otro trance queda el hombre —ahora con el título de acusado, que apareja una disminución material, moral y jurídica— tan desvalido ante el poder público.

Es por ello que la ley acude a aliviar ese desvalimiento —en prevención de la injusticia— a través de sendas garantías en favor del sujeto que ha delinquido o a quien se inculpa por haberlo hecho. El ofendido adquiere, paulatinamente, un lugar en esta escena.

Las garantías penales son, pues, el más poderoso y dramático instrumento de equilibrio entre el hombre y el Estado. Por ello, el catálogo constitucional de derechos del hombre se ocupa con detalle de los que amparan al ser humano en su trato difícil con la policía, los órganos de investigación del delito, los tribunales y los ejecutores de penas y medidas. Zona “crítica” de los derechos humanos, es éste el ámbito para el mayor cuidado normativo, que debiera traducirse, y no siempre lo hace, en la realidad indócil. Algunos de los remedios tutelares con mayor tradición y prestigio se asocian, precisamente, con el rechazo al abuso penal del Estado; ésa es la función del *habeas corpus*, que nuestro sistema absorbe en el amparo.

La primera de aquellas series normativas constitucionales se concentra en el principio de legalidad, en amplio sentido: sustantivo, procesal y ejecutivo. Otra, en normas orgánicas y funcionales acerca de la jurisdicción, la acusación y la defensa. La tercera, en principios procesales descollantes: principalmente la publicidad, medio para que el pueblo supervise la justicia. Una más en las normas cautelares, que afectan derechos y libertades antes de que se resuelva sobre la responsabilidad penal del interesado: arraigo, incomunicación, detención, prisión preventiva, libertad provisional —que ya no figura en el texto constitucional—, distintas invasiones en el terreno de la intimidad, *verbi gratia*.

La quinta, en disposiciones diversas sobre el número de instancias, vía impugnativa y otros extremos. La sexta, en la previsión de enjuiciamientos especiales o especializados: así, para militares, menores de edad o servidores públicos, o bien, sobre faltas a los reglamentos de policía y de buen gobierno.

La primera parte del artículo 19 constitucional corresponde a normas de legalidad jurisdiccional —legalidad en el proceso: debido proceso legal—, depositada en un acto básico: el auto que anteriormente se denominó de formal prisión o bien, en su caso, auto de sujeción a proceso —ahora, como dije, de vinculación a proceso—, y a normas acerca de medidas cautelares, específicamente la privación precautoria de la libertad: prisión preventiva. La segunda parte del artículo aborda otra expresión de la legalidad, desplegada hacia el proceso de la ejecución: el fiel cumplimiento de la ley en los reclusorios.

Las dos materias se localizaron en el artículo 32 del proyecto constitucional de 1856, del que pasaron al artículo 19 de la Constitución de 1917. Con modificaciones debidas a los diputados Ruiz, Díaz González y Fuentes, el Congreso Constituyente

adoptó la propuesta contenida en el artículo 32 del proyecto, durante la sesión de 25 de agosto de 1856. Zarco refiere que esa aprobación contó con el voto unánime de 89 diputados. Difiere el acta oficial, donde se registra unanimidad de 90 votos.

En su proyecto de reforma constitucional, o de nueva Constitución, marco jurídico de una etapa revolucionaria, Carranza agregó un párrafo que no había en el texto de 1857: se quiso, y consiguió, perfilar el tema del proceso a través del auto de formal prisión. La Comisión presentó dictamen en la sesión vespertina del 29 de diciembre de 1916.

El párrafo segundo del proyecto comenzaba: “Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito”. La Comisión sugirió decir: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión”. El artículo se aprobó sin discusión y por unanimidad de 165 votos.

El texto del artículo 19 recibió diversas modificaciones, como ha sucedido también en los mismos actos reformatorios con otras normas constitucionales. Se hallan estrechamente vinculados los artículos 16 y 19 en el empleo de ciertos conceptos, que en aquel caso sustentan la orden de aprehensión (y más ampliamente, el ejercicio de la acción penal), y en éste, el trascendental auto de procesamiento.

Hasta marzo de 1999 el texto de los dos primeros párrafos del artículo 19 fue producto de una iniciativa de reformas emanada de la Cámara de Diputados, el 8 de julio de 1993, y dictaminada por las respectivas comisiones de esa Cámara el mismo 8 de julio, conjuntamente con otra iniciativa anterior, dirigida a modificar los artículos 16, 20 y 119. Durante el debate del dictamen en el Pleno de la Cámara, hubo algunos cambios con respecto a la propuesta original. La versión aprobada apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993.

La fórmula posterior, vigente antes de 2008, es el producto de una nueva modificación constitucional, emprendida el 10 de diciembre de 1997, cuya exposición de motivos, del Ejecutivo, observó y destacó el error cometido en la reforma de 1993, al sustituir la noción de “cuerpo del delito” por el concepto “elementos de tipo penal”. En efecto, este cambio, innecesario y precipitado, trajo consigo problemas mayores que culminaron en la reforma emprendida en 1997 y consumada en 1999, tras un largo y laborioso proceso de análisis, en el que menudearon las opiniones adversas a la iniciativa del Ejecutivo, que finalmente fue modificada en puntos fundamentales. La redacción definitiva apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999.

En el presente comentario me referiré separadamente al texto constitucional anterior a 2008, y al adoptado en los términos de la importante reforma de ese año. En primer término aludiré, pues, a la normativa constitucional precedente. En el examen de esta materia dividiré los dos párrafos iniciales del texto anterior del artículo 19 en seis partes, que sucesivamente abordarán los siguientes puntos, denominados ahora como lo estuvieron antes de que adquiriese vigencia la regulación de 2008: *a)* necesidad y oportunidad del auto de formal prisión; *b)* elementos de fondo: cuerpo del delito y probable responsabilidad, primero, y elementos del tipo penal y probable responsabilidad, al final; *c)* elementos de forma: contenido del auto, conforme a la redacción de 1999,

que se ajusta a la que prevalecía antes de 1993; *d*) responsabilidad de servidores públicos por infracción a esta norma; *e*) liberación del detenido cuando se carece de auto de formal prisión, y *f*) consecuencias de los autos de formal prisión y sujeción a proceso, particularmente en cuanto al tema del proceso.

La primera estipulación de aquel artículo 19 ordenó: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo (se decía erróneamente: término) de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión [...]”. Antes de la reforma de 1993 no se aludía a la autoridad judicial, sino sólo a la detención; se hablaba de tres días, no de 72 horas; se hacía referencia al acusado, no al indiciado; y no se consignaba el momento *a quo* para el cómputo: a partir de que el indiciado fuese puesto a disposición del juzgador.

En el desarrollo del proceso, el juez adopta resoluciones; éstas son el típico acto judicial. A su vez, las resoluciones se dividen en varias categorías. Entre ellas figuran las sentencias, que resuelven el fondo del conflicto, y los autos, que deciden otras cuestiones. Ahora me refiero a resoluciones de esta última clase. Se trata, por otra parte, de resoluciones necesarias para el desarrollo del proceso. Sin esos autos no es posible que el proceso avance. Como adelante indicaré, los autos de formal prisión y de sujeción a proceso contienen el tema mismo del proceso, nada menos, que hoy día es materia del auto de vinculación al que *infra* me referiré.

La fórmula transcrita involucra una medida cautelar sobre la libertad del individuo; en efecto, habló de “detención”. En mis comentarios a otros preceptos constitucionales, sobre todo los artículos 18 y 20, examino brevemente la naturaleza y las categorías de las medidas cautelares en el ámbito penal. Se trata de restricciones impuestas al disfrute de ciertos bienes y derechos —como la libertad de movimiento o la disposición del patrimonio— con el propósito de asegurar la buena marcha del proceso y la ejecución de la sentencia, en su caso y momento.

Al imponer esas restricciones, el juez no “prejuza” acerca del delito y la culpabilidad del sujeto, sino sólo “previene” los problemas que surgirían si se permitiera, en determinados casos, el disfrute normal de los bienes y derechos del inculcado. Si éste pudiera usar su libertad sin restricción alguna, quizá se alejaría del lugar en que se desarrolla el juicio, sustrayéndose a la acción de la justicia. Si pudiera disponer de su patrimonio, sin límite alguno, tal vez ocultaría o transmitiría sus bienes, haciendo imposible la satisfacción de los legítimos intereses patrimoniales de la víctima del delito.

Tales precauciones, semejante cautela (de ahí el nombre de dichas medidas: precautorias, cautelares), son frecuentes en el curso del procesamiento penal. Hay, por cierto, una viva discusión acerca de la justicia y pertinencia de los medios cautelares más severos. ¿Es lícito —se preguntan muchos— privar a un individuo de su libertad cuando aún no se ha establecido, por sentencia, que es culpable de un delito? ¿Es legítimo impedirle, en la misma circunstancia, el manejo libre de su patrimonio? ¿No contraviene todo esto el principio de que se presume la inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad? ¿Cómo es posible que se impongan tan intensas restricciones a los derechos de un sujeto a quien todavía se presume inocente del delito que se le imputa?

Vuelvo al texto del artículo 19. La detención que ahí se menciona es la privación de la libertad en alguno de los casos previstos por el artículo 16 de la misma Constitución. Cualquier persona puede privar a otra de la libertad —es decir, detenerla y ponerla sin demora a disposición de la autoridad— cuando la sorprenda en flagrante delito. Asimismo, el Ministerio Público puede disponer la detención de un individuo en caso de urgencia, en los términos que señaló el artículo 16 según la reforma de 1993 —igualmente, bajo la reforma de 2008—, cuyo texto no fue alterado en 1999.

En estas especies existe una llamada “retención” hasta por 48 horas, o bien, hasta por el doble de este plazo cuando se trate de delincuencia organizada. La retención obedeció a la necesidad de detener a un sujeto para llevar adelante la investigación de los hechos que se le imputan, antes de resolver el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal.

Éstos son los únicos casos en que es lícito privar de la libertad a un individuo sin contar con orden judicial de captura: flagrancia y urgencia. Sin embargo, de la legislación procesal secundaria también se infiere la legitimidad de la detención cuando el indiciado comparece voluntariamente ante el Ministerio Público que practica la averiguación. A aquellos casos se refirió la primera oración del artículo 19 cuando habló de “detención”.

El precepto comentado prohíbe que la detención se prolongue por más de 72 horas sin que se justifique con un auto de formal prisión (ahora, con un auto de vinculación a proceso). Lo mismo indicaba, en sustancia, la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, derogada en 1993. La materia se concentró en el artículo 19.

De esa fórmula constitucional se desprendió el momento *a quo* para el cómputo del plazo: cuando el indiciado era puesto a disposición del juez. La derogada fracción XVIII del artículo 107 contenía ese mismo concepto. Indicaba que las 72 horas entonces mencionadas en el artículo 19 serían “contadas desde que [el detenido] esté a disposición de su juez”. He aquí una referencia jurídica y material diferente de la mera detención.

El detenido queda a disposición del tribunal que habrá de juzgarlo —su juez— en un momento posterior, por horas o días, al de la detención en virtud de flagrancia o urgencia. De la detención se pasaba a la averiguación; de ésta a la consignación; de ella al libramiento de orden de aprehensión; del libramiento al cumplimiento de la orden, y de éste a la colocación del aprehendido, material y jurídicamente, a disposición del juzgador, sea en un reclusorio, sea en un centro de salud, cuando se tratase de un sujeto enfermo o lesionado.

En torno al plazo para dictar el auto de formal prisión era preciso considerar dos posibles ampliaciones. Una derivó del artículo 107, y se recogió en el párrafo primero del mismo artículo 19; la otra, provino de una extensión solicitada por el inculpado y favorable a éste desde la perspectiva de su defensa, conforme a la propia Constitución y, en sus casos, a la legislación secundaria.

Por lo que hace a la primera ampliación posible, bajo el texto anterior al aportado en 2008, tómesese en cuenta que el responsable del establecimiento en que se encontraba el indiciado (y no los custodios, en general, como señalaba con evidente error el

texto derivado de la reforma de 1993) disponía de tres horas adicionales a las 72 horas referidas, para excarcelar al sujeto cuando no recibía copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga a dicho plazo, cuyas características establecieron la Constitución misma y la ley procesal, como abajo señalaré.

Otra variante a la estipulación del artículo 19 operó primero por mandato de la ley secundaria, convenientemente reformada en 1987. Se trataba, en la especie, del artículo 161 del abrogado Código Federal de Procedimientos Penales. Para comprender la intención legítima de esta variante secundaria, es preciso tomar en cuenta, así sea brevemente, los antecedentes y fundamentos de dicha reforma.

Se observó que el plazo de tres días o 72 horas era, es, angustiosamente reducido para el inculpado y su defensor. En efecto, no brinda suficiente tiempo para que éstos aporten pruebas de descargo y eviten, por ende, el auto de procesamiento. Piénsese, por ejemplo, en la disposición de documentos que se hallen en otras poblaciones o en la declaración de testigos que se encuentran fuera del lugar de juicio. La extrema brevedad del plazo constitucional —incorporado en la Ley Suprema a título de garantía para el individuo— en realidad quebranta la debida defensa de éste, sin que ese menoscabo beneficie a la administración de justicia o sea conveniente para la víctima del delito o para la sociedad.

Establecidos así los hechos, naturalmente surgió la pregunta que antes de entonces ya se había producido a propósito de la libertad provisional o de la designación de defensor: ¿puede modificar la ley secundaria un derecho concedido por la Constitución a un particular? O dicho en otros términos: ¿contiene la Constitución un catálogo máximo de derechos, cuya ampliación deba ser dispuesta por la propia ley fundamental, o se trata sólo de un catálogo mínimo que la ley secundaria puede ampliar, jamás restringir?

Parece fácil la respuesta, aunque no lo haya sido para muchos analistas de esa cuestión: en un Estado de derecho democrático, humanista, pendiente de la libertad del hombre, los derechos públicos subjetivos establecidos en la Constitución son apenas el *minimum* irreductible, que ninguna autoridad —ni la legislativa ordinaria: el Congreso de la Unión o los congresos de los estados— puede reducir, estorbar o cancelar. Se trajo a colación, inclusive, el texto anterior del artículo 1º de la Constitución, que asegura a todo individuo las garantías estipuladas por aquélla —texto que no experimentó modificación en la reforma de 2011—: “las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. Se prohíbe, pues, restringir y suspender, pero no ampliar o extender.

A la luz de esta interpretación sobre la naturaleza y el alcance de las garantías individuales —hoy de los derechos humanos—, desde antes de la reforma constitucional de 1993 mejoró grandemente la situación del inculpado en lo que toca a la libertad provisional, defensa y formal prisión o libertad por falta de elementos para procesar o libertad absoluta. Los dos primeros casos son objeto de consideración en los comentarios al antiguo apartado A del artículo 20, a los que me remito.

Por lo que toca al auto de formal prisión, la reforma del artículo 161 del ya relevado Código Federal de Procedimientos Penales, modificado en puntos secundarios en

el mismo año de 1993, puso en manos del inculpado y de su defensa la posibilidad de que el plazo de tres días se ampliase hasta por otros tres, cuando aquéllos lo solicitasen para beneficio del inculpado. La ampliación no ocurría a solicitud del Ministerio Público —órgano del Estado que sostiene la acusación— ni por voluntad del juzgador: no se trataba de establecer facultades para éstos, sino de extender el derecho del particular en forma consecuente con la buena administración de justicia.

Con base en ese adelanto de la legislación secundaria, en 1993 fue reformado el artículo 19 para introducir esta expresión, insuficiente y equívoca: “La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal”. Antes sólo se aludía a la sanción aplicable a las autoridades que infringieran el propio artículo 19, al ordenar, consentir o ejecutar una detención indebida. Los autores del nuevo párrafo entendieron que en él quedaba recogida la ampliación del plazo en forma favorable para el inculpado, sin establecer, empero, el alcance de esa ampliación, que sería precisada por la ley secundaria. Al aprobar ese texto, estimaron que la conveniencia de ampliar el plazo debería ponderarse por los legisladores de las entidades federativas a la luz de la “carga de trabajo” de sus tribunales.

Desde luego, esa fórmula no resolvió adecuadamente el problema, puesto que parecía autorizar una ampliación *sine die*, en la medida en que favoreciera al inculpado, lo cual podría aparejar, en casos concretos, que el plazo se extendiese por semanas y hasta por meses. También se observó que la multicitada ampliación no debía atender a las “cargas de trabajo” de los tribunales, sino a las necesidades de la defensa del inculpado.

La reforma de 1999 al artículo 19 constitucional enmendó un yerro del texto de 1993, en cuanto vino a establecer que el plazo de 72 horas “podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado (debió decirse inculpado o imputado), en la forma que señale la ley”. Existió, pues, una clara indicación al legislador ordinario para que dispusiera la forma —esto es, las razones, los motivos, los términos y límites— en que podía prorrogarse el plazo. Empero, la enmienda de 1999 dejó subsistente la expresión equívoca que introdujo la de 1993, a saber, que la prolongación de la detención “en perjuicio” del inculpado será sancionada por la ley.

¿*Quid* de la prolongación más allá de los linderos temporales autorizados por la ley secundaria, que, sin embargo, no redunde en perjuicio del inculpado, sino acaso y a juicio de éste, en su beneficio? Por ejemplo, una prolongación muy grande —días o semanas— que permite acceder a elementos de prueba que no se hallarían disponibles en breve tiempo.

El auto de formal prisión se sustentaba en ciertos elementos, a los que se llamó “de fondo”. Eran el cimiento de esa resolución judicial. Antes de la reforma de 1993, el primer párrafo del artículo 19 decía, entre otras cosas, que en el auto de formal prisión se expresarían “los datos que arroje la averiguación, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.

El artículo 16 concordaba parcialmente con aquel texto, en cuanto aludía también a la probable responsabilidad: la orden de aprehensión se libraría cuando existiesen “datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado”. Este texto fue cambiado

en 1993 y recuperado —palabras más, palabras menos— en 1999, lo cual constituyó, por cierto, la admisión palmaria del error cometido en 1993.

Implícitamente, el artículo 19 estableció las finalidades del periodo del procedimiento entonces denominado “averiguación previa”. Para una revisión más detallada sobre ésta me remito al comentario del artículo 21, pero es oportuno recordar ahora que la averiguación previa era una fase o etapa del procedimiento penal que se desarrollaba ante el Ministerio Público, sin intervención del juez. Hoy día se designa como investigación, cuya primera etapa corre bajo la autoridad del Ministerio Público.

La averiguación comenzaba cuando se presentase una denuncia o una querrela en contra de alguna persona —o de “quien resulte responsable”— como autor o participante en cierto delito y concluía cuando el Ministerio Público, habiendo realizado la investigación a su cargo y con base en las pruebas que había reunido, decidía ejercitar la acción penal ante el juez, esto es, “consignar” a una persona para que se llevase adelante, en contra suya, un proceso penal; o resolvía, en contrapartida, no ejercitar esta acción. ¿Cuál era, pues, el objetivo del Ministerio Público en la averiguación previa, del que dependía que se ejercitase la acción o resolviera no ejercitarla?

La respuesta a esa pregunta se localizó tanto en el artículo 16 como en el 19. Al respecto, han existido cuatro fórmulas: una, desde 1917 hasta 1993; la otra, a partir de las reformas de este último año; la tercera, aportada por la reforma iniciada el 10 de diciembre de 1997 y concluida con la publicación del 8 de marzo de 1999; la cuarta, derivada de la reforma de 2008. Para el adecuado conocimiento de dicho asunto, me referiré a las primeras soluciones; la cuarta será materia de examen cuando analice la reforma de 2008, en la segunda parte de este comentario.

Originalmente, el artículo 19 señalaba que para dictar auto de formal prisión era necesario reunir datos bastantes para “comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”. Así las cosas, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad eran el eje de la averiguación previa, la razón del ejercicio de la acción penal y el sustento del proceso, cuyo tema —como adelante analizaré— se depositaba en el auto de formal prisión o, en su caso, en el de sujeción a proceso.

La noción de “cuerpo del delito” tiene larga historia. No se interpretó de manera uniforme en todas partes y en todo tiempo. Alguna vez se sostuvo que el cuerpo del delito era el objeto del delito mismo, es decir, la persona o la cosa sobre la que recaía la conducta criminal. También se creyó que era el medio o instrumento con que se cometía: el puñal, la ganzúa o el arma de fuego. En el sistema jurídico mexicano este concepto fue materia de prolongada elaboración. Se distinguió, gracias a ella, entre el cuerpo del delito y otras nociones importantes, a saber: objeto, instrumento, huellas, producto del delito.

El cuerpo del delito —*corpus delicti*, conforme a la vieja expresión latina— es un concepto esencialmente jurídico. Para entenderlo es preciso observar que las leyes penales contienen “tipos delictivos”, que son las fórmulas con las que se describe una conducta ilícita que se ha resuelto sancionar severamente; así, los “tipos” o “figuras” de homicidio, lesiones, robo, fraude, violación, etcétera. Para que un individuo sea sancionado penalmente es indispensable —garantía penal de legalidad recogida en el

párrafo tercero del artículo 14 constitucional— que su comportamiento esté rigurosamente encuadrado en la descripción que hace la ley penal.

Por ejemplo, en el ordenamiento penal sustantivo se halla el tipo de homicidio: comete el delito “quien priva de la vida a otro”. En consecuencia, el que priva de la vida a otra persona es un homicida y debe ser sancionado como tal (salvo excluyentes de responsabilidad, causas que extinguen la pretensión y otros factores que no tiene caso examinar ahora).

Pensemos en otro delito, el fraude. Según la descripción legal —el tipo penal— existe fraude cuando alguien obtiene un beneficio ilícito o causa a otro un perjuicio patrimonial indebido por medio del engaño o aprovechando el error en que se encuentra la víctima. Para comprobar el cuerpo de estos delitos, era preciso acreditar, mediante pruebas que la ley autorizaba u ordenaba, que efectivamente se había privado de la vida a cierta persona (homicidio), o que realmente se había obtenido un lucro indebido por medio del error o del engaño (fraude).

En consecuencia, el cuerpo del delito equivalía al conjunto de elementos mencionados en la figura delictiva o tipo penal. Acreditados éstos, se habría comprobado el *corpus delicti*. De lo contrario —esto es, si no se demostraba alguno de los elementos del tipo penal—, no se habría comprobado el cuerpo del delito y, en consecuencia, no sería posible consignar al sujeto, o en su caso, dictar auto de formal prisión. Era ésta, y no otra, la versión del cuerpo del delito vigente antes de la reforma de 1993, tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina. Con evidente error se ha llegado a decir que el *corpus delicti* sólo abarcaba, entonces, los elementos objetivos o materiales del tipo. No era así.

El otro elemento de fondo del auto de formal prisión —y además objeto de la averiguación previa, condición para el ejercicio de la acción y el libramiento de la orden de captura— era la probable responsabilidad de cierta persona, a quien genéricamente se denomina inculcado o imputado. Esta referencia no fue suprimida por la reforma de 1993, ni ha sido cambiada por la de 1999. La ha modificado, en cambio, la reforma de 2008.

Bajo la interpretación anterior al texto de 1993, el tema de la responsabilidad se resolvía principalmente a la luz del artículo 13 del Código Penal Federal. Éste —también modificado en 1993— señalaba quiénes eran responsables de los delitos. En esa categoría cabían las diversas formas de autoría y participación.

Para establecer la existencia de la probable responsabilidad se necesitaba, pues, que entre la conducta de una persona y la consecuencia punible (la muerte de otro o la obtención de un lucro indebido, *verbi gratia*) existiese una relación de causa a efecto. Se decía: es responsable quien causa la muerte; lo es quien realiza el engaño y por este medio obtiene el lucro ilícito. En consecuencia, era preciso demostrar que cierta persona (probablemente) había causado la muerte o había obtenido el beneficio indebido. Una vez demostrado esto, se habría acreditado la probable responsabilidad y sería procedente consignar al inculcado o dictar en su contra una orden de aprehensión y un auto de formal prisión.

A partir de la enmienda de 1993, el párrafo primero del artículo 19 estableció, en cambio, que para emitir auto de formal prisión, sería necesario que “de lo actuado

aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”. Así, fue deseada la noción de cuerpo del delito, largamente elaborada por la ley, la jurisprudencia y la doctrina en México, y en su lugar quedó la noción —no procesal, sino sustantiva— de elementos del tipo penal.

No es unánime la doctrina sobre la identidad de estos elementos. Hay debates de “escuela” al respecto. Por eso resultó necesario que el legislador secundario, tratando de puntualizar el alcance de los textos constitucionales, resolviese mediante normas la controversia doctrinal. De este modo, los códigos de procedimientos penales deciden lo que debe entenderse por “elementos que integran el tipo penal” y por “probable responsabilidad” del inculpado. La descripción que hacen los códigos sobre este particular contiene diversas referencias técnicas, de las que derivan los datos permanentes o constantes del tipo penal —aquellos que se hallan en cualquier tipo de contenido en la ley punitiva— y los datos circunstanciales o eventuales —los que requieren algunos tipos penales, pero no necesariamente todos.

Del mismo modo que la legislación secundaria derivada de la reforma constitucional de 1993 determinó qué debería entenderse por elementos del tipo y por probable responsabilidad, y al hacerlo modificó profundamente el entendimiento que existía con anterioridad, la propia legislación ordinaria debió redefinir el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, al amparo de la reforma constitucional de 1999. Ciertamente, había grandes diferencias entre ambas interpretaciones sobre cuerpo del delito y elementos del tipo, de un lado, y versiones de la probable responsabilidad, del otro.

El texto aprobado en 1993 no enunció los llamados elementos de forma del auto de formal prisión, es decir, el contenido de éste. Los mencionaba, en cambio, el texto anterior a ese año. Hay ciertas reglas a propósito de las resoluciones judiciales en general, tomando en cuenta que son, en esencia, mandamientos de autoridad. Un auto de formal prisión era un mandamiento que causaba ciertas “molestias” o restricciones en los derechos del individuo (como también lo es, aunque el dictamen de la Cámara de Diputados haya supuesto otra cosa, el auto de vinculación a proceso).

Por esto, era preciso atenerse a lo ordenado por la primera parte del artículo 16 constitucional, que estipulaba: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

En tal virtud, el auto de formal prisión debía constar por escrito y proceder de una autoridad judicial legalmente facultada para dictarlo. Además, debía estar motivado y fundado. La “motivación” se refiere a los hechos en los que se apoye el mandato de autoridad, que deberán aparecer debidamente descritos y probados. La “fundamentación” alude a los preceptos jurídicos en los que se sustenta ese mandato de autoridad. Si se trata, por ejemplo, de un delito de homicidio, en los “motivos” del auto (y de la sentencia, en su momento: los resultandos) figurarán la descripción de las causas de la muerte, acreditada a través de pruebas legales, y la relación entre el sujeto a quien se atribuye esa muerte y el hecho mismo de la pérdida de la vida. En los “fundamentos” del auto (y de la sentencia, en su hora: los considerandos) se indicarán los preceptos

que establecen el tipo penal de homicidio y la responsabilidad atribuida al inculpado, así como la sanción prevista en la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, que es aplicable a cualquier acto de autoridad que infiere alguna molestia a un ciudadano, la fórmula original del artículo 19 pormenorizaba el contenido del auto de formal prisión. Se decía que éste debería expresar el delito que se imputaba al acusado, los elementos que lo constituyeran, el lugar, el tiempo y las circunstancias de ejecución de aquél, y los demás datos que permitiesen comprobar el cuerpo del delito y “hacer probable” la responsabilidad del acusado. Si el auto omitía alguno de estos puntos, incurría en inconstitucionalidad, combatible a través del juicio de amparo.

El texto de 1993 creyó oportuno —sin verdadera necesidad— eliminar la referencia al contenido del auto de formal prisión. Con ello no suprimió, empero, la necesidad de observar las normas del artículo 16, las prevenciones de la ley secundaria y, en suma, atender a las necesidades que impone la lógica para dejar acreditados los elementos que integrasen el tipo penal del delito imputado y demostrar la probable responsabilidad del sujeto.

La reforma de 1999 restableció las referencias a la forma del auto de formal prisión. Esto también significó el “desechamiento” de los errores de 1993 y la recuperación de los aciertos precedentes. Así, dijo que en el auto de formal prisión “se expresarán el delito que se impute al acusado (pudo decir: al inculpado o al imputado); el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa”.

Hubo un riesgo a partir de la reforma de 1999, considerando sus antecedentes y algunos de los actos preparatorios de esta modificación, en sí misma adecuada y conveniente. El riesgo —que debería sortear la legislación secundaria— consistió en entender, como lo ha creído el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores, que cuerpo del delito es equivalente a elementos objetivos del tipo penal, y que no incluye, por lo tanto, los elementos de diversa naturaleza que pudiera exigir el tipo: subjetivos y normativos.

Esa caracterización, que también afectaría al artículo 16, en forma por demás peligrosa para el conjunto de las garantías del individuo, marcharía en la línea de “flexibilizar” el ejercicio de la acción y la apertura del proceso, olvidando que ni aquél ni ésta pueden atenerse sólo a una parte del delito —los elementos objetivos—, dejando de lado otra u otras.

Si sólo se acredita una parte, no se habrá comprobado —con la fuerza probatoria que se quiera— la existencia de una conducta típica, y por lo tanto el ejercicio de la acción y el proceso mismo se basarán en una versión incompleta del delito; en otros términos, no habrá delito, puesto que éste es el conjunto de datos comprendidos en el tipo, y no sólo una parte de ellos. Todo esto viene nuevamente al caso bajo los conceptos —aún menos precisos— que utiliza el precepto aportado por la reforma de 2008.

El auto de formal prisión —como ahora el de vinculación— constituyó una preciosa garantía para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos. Por ello era indispensable que el juzgador observase escrupulosamente las normas constitucionales

correspondientes; de no hacerlo, incurría en responsabilidad, que se exigía a través de un juicio penal, y se sancionaba severamente. La base de esta responsabilidad apareció en la propia Constitución bajo el texto anterior a 1993. No es frecuente que ello suceda; en efecto, es punible la infracción a los derechos subjetivos recogidos en el capítulo I del título I de la Ley Fundamental, pero no lo es, en cambio, que esta misma aluda a la punición respectiva.

La punición fue invocada, excepcionalmente, por los artículos 19 y 107, fracción XVIII —actualmente derogada—, a propósito de la formal prisión. Una vez que el párrafo primero del artículo 19 había ordenado el auto para justificar la detención del individuo, y había resuelto cuáles eran sus elementos y en qué tiempo debían dictarse, añadía: “La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten”.

La primera parte de la fracción XVIII del artículo 107 —derogada hace tiempo— aludía al plazo para dictar el auto, según el artículo 19 —que el 107 citaba expresamente—, y a la ampliación de dicho plazo, hasta por tres horas, una vez que los encargados de la custodia del inculcado habían hecho notar al juzgador la falta de auto que justificase la detención. En otro párrafo, la suprimida fracción XVIII prevenía: “Los infractores del artículo citado —es decir, el 19 constitucional— y de esta disposición, serán consignados inmediatamente a la autoridad competente”. Los tipos penales de estas infracciones, así como las penas que aparejan, constaban en el Código Penal.

El párrafo primero del artículo 19, como quedó tras la enmienda de 1993, atrajo parte de las prevenciones contenidas en la fracción XVIII del artículo 107; otras fueron convenientemente recogidas en el artículo 16. Es en el artículo 19, pues, donde se indicó que “los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo” de 72 horas al que he venido refiriéndome, “deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo (*rectius*, el momento mismo) de concluir el término (*rectius*, plazo), y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad”.

No hubo novedad en esta redacción con respecto a la anteriormente contenida en el artículo 107, como no fuese hablar de “custodios”, genéricamente —lo cual constituyó un error manifiesto—, en vez de hacerlo de “agentes, ministros, alcaldes o carceleros”. Desde luego, tal excarcelación no exonera de responsabilidad al inculcado: podrá requerirse el libramiento de nueva orden de aprehensión, y el proceso seguirá su curso.

En 1999 se corrigió el desacierto aportado por la reforma anterior, que aludió a los custodios, esto es, a todos los servidores del ramo de custodia del establecimiento. En la justificada corrección se habló de “la autoridad responsable del establecimiento”, como debía ser. La misma reforma de 1999 mejoró apreciablemente el texto precedente al referirse al establecimiento “en el que se encuentre internado el indiciado”, precisión que no existía, y al mencionar tanto la copia del auto de formal prisión como la correspondiente a la “solicitud de prórroga”.

Con esto último se estableció la necesaria congruencia entre frases diferentes del segundo párrafo del artículo 19 y se creó la justificación para que el encargado del establecimiento retuviese al interno cuando no hubiera copia del auto pero existiese petición

de prórroga (no necesariamente acuerdo sobre esa petición). Recuérdese que dicha extensión en el plazo constituye una novedosa garantía para el inculpado.

Quedó en el aire, sin embargo, el tiempo que puede durar la detención en esta última hipótesis. Lo razonable era concluir que sólo duraría hasta que el juzgador resolviese sobre aquella solicitud. El tribunal debería dar aviso del auto al encargado del establecimiento. ¿De qué tiempo disponía el juez para resolver? ¿Con qué plazo contaba para notificar al encargado del establecimiento? ¿Cómo se informaría éste de que efectivamente se hallaba en marcha el procedimiento conducente a la ampliación? Se trata de preguntas sujetas a la legislación ordinaria. Empero, la falta de alguna respuesta en el texto mismo de la Constitución sembró oscuridad sobre el alcance de ésta.

La fórmula vigente en 1993 aludió, como antes dije, a la sanción que se aplicaría cuando se prolongase la detención en perjuicio del inculpado. Esta misma expresión contuvo el texto aprobado en 1999. Ya mencioné que esto tiene que ver —según los antecedentes de la reforma en la Cámara de Diputados— con la extensión del plazo para dictar auto de formal prisión, y no con la falta de auto de formal prisión al concluir el plazo de 72 horas. Sin embargo, la amplitud de la expresión recogida en el artículo 19 permitía comprender todas las hipótesis: las que ocurriesen ante el juzgador y las que se plantearan en el centro en que estuviera recluido el sujeto.

Me referiré ahora a las consecuencias jurídicas —que sustentaban sendas consecuencias materiales— del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso. La alusión a este último derivó de las reformas de 1993 al párrafo tercero del artículo 19, que no abordó la reforma de 1999. La Constitución se refirió a la más relevante de esas consecuencias, la fijación del tema del proceso. Previno la primera parte del párrafo segundo del artículo 19 que “todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”.

He aquí una garantía de enorme importancia. Confiere seguridad a la situación del inculpado y, por esta vía, también asegura su defensa: ni aquella ni ésta serían ciertas y la defensa resultaría ilusoria si dichos autos considerasen determinado delito y el proceso se siguiera —y la sentencia se pronunciara— por un delito diferente, o bien, por el señalado en el auto y por otros que no figuran en él. Así, el enjuiciamiento de vendría una trampa tiránica en la que caería, sin remedio, el derecho del ciudadano.

Es por ello que esos autos fijaban, estrictamente, el tema del proceso: su materia, su objeto, la cuestión litigiosa; sólo a ésta se referiría el proceso; a ella se dirigirían las pruebas de cargo y descargo; en ella se concentrarían los alegatos de la acusación y la defensa; a ella se encaminaría la sentencia. El auto de formal prisión y el de sujeción a proceso han sido, pues, el límite de la sentencia, que no puede agregar punto alguno a los hechos delictivos contemplados en aquéllos.

Cuando la Constitución advirtió que el proceso se seguiría por el delito o los delitos señalados en el auto, se estaba refiriendo a los hechos que éste contiene, no a lo que se denomina la “clasificación legal” de los hechos. Veamos la diferencia. Los hechos son el acontecimiento delictivo del que se inculpa a determinado individuo: por ejemplo, que A privó de la vida a B en ciertas circunstancias, que el auto describe, mediante el empleo de un arma de fuego. La clasificación es una calificación jurídica

de esos hechos, tomando en cuenta los tipos consignados en la ley penal: aquella privación de la vida se clasifica, técnicamente, como delito de homicidio intencional.

No es posible alterar los hechos; sí lo es, en cambio, modificar la clasificación técnica cuando se observa que aquéllos no corresponden rigurosamente a la clasificación formulada. Entonces será preciso variar la clasificación, siempre por razones técnicas. Lo pudieron hacer el Ministerio Público en sus conclusiones o el juez al dictar sentencia. No habría violación constitucional ni menoscabo del derecho individual de defensa, porque ésta se ejerció contra la imputación de la conducta delictuosa, que no ha cambiado, no contra una clasificación jurídica que se modifica.

Ahora bien, es posible que en el curso del proceso se advierta que el inculpado cometió un delito diferente del que se asienta en el auto de formal prisión, o que ha incurrido en varios delitos. ¿Cómo desplegar la persecución legal sin modificar el principio de que todo proceso debe seguirse forzosamente por el o los delitos contemplados en el auto de formal prisión? La respuesta se encontraba en la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19, conforme al texto anterior de éste, que informó el precepto en vigor. Previno que en tal caso el nuevo delito advertido “deberá ser objeto de averiguación (acusación, se indicaba antes de 1993) separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”.

Aquello significa que el Ministerio Público, titular exclusivo de la acción penal —y por lo tanto de la facultad de promover la apertura de un proceso penal y solicitar la sanción que corresponda al delinciente— formularía nueva consignación para que se dictase otro auto de formal prisión en el que se tomara en cuenta el delito últimamente advertido. La acumulación implica que dos o más procesos se reúnen tomando en cuenta la afinidad de los temas o la identidad del responsable en ellos, para que sean resueltos en una sola sentencia.

Dije que la fijación del tema del proceso fue la más importante consecuencia de los autos de formal prisión y sujeción a proceso —ahora vinculación— pero no es la única. En efecto, la resolución de formal prisión tuvo otros notables efectos jurídicos y materiales.

Ellos fueron, principalmente: abrir la vía procesal que correspondiese (sumaria u ordinaria); justificar la prisión preventiva del inculpado —ya no la mera detención— que comienza cuando hay auto; permitir que el juez solicitase a otras autoridades informes sobre anteriores ingresos del inculpado a prisión; autorizar la identificación del sujeto a través de los métodos que la criminalística ha desarrollado con ese fin: huellas dactilares, mediciones óseas, fotografía; iniciar el cómputo de los plazos estipulados en el artículo 20 para la conclusión del proceso; suspender los derechos del ciudadano, cuando se tratase de delito que mereciera pena corporal, conforme a la fracción II del artículo 38 constitucional; establecer una causal de divorcio, bajo la entonces vigente fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.

He aludido también al auto de sujeción a proceso, que fue recogido por la ley suprema, aunque mucho antes lo fuera en la ley procesal penal secundaria. A este respecto, tómese en cuenta que cuando el delito por el que se hizo la consignación no estaba sancionado con pena de muerte o privativa de libertad, o cuando se castigaba

con pena alternativa (corporal u otra que no tuviese tal carácter), quedaba excluida la restricción de libertad del inculpado.

En esta hipótesis carecía de sentido hablar de formal “prisión”; sin embargo, era indispensable que se fijara, mediante resolución judicial, el tema del proceso: a ello sirvió el auto de sujeción a proceso. En tal virtud, se planteaba, conceptualmente, una categoría genérica de resolución básica: el auto de procesamiento, que comprendía dos especies: el auto de formal prisión y el auto de sujeción a proceso. Hoy día, como veremos, la resolución genérica es el auto de vinculación a proceso, que en rigor constituye un auto de procesamiento. Empero, los estudiosos de esta materia han subrayado las diferencias que median entre los autos de formal prisión, por una parte, y de vinculación a proceso, por la otra.

Cuando transcurrían las 72 horas previstas en el artículo 19 —o el doble de ese tiempo, en hipótesis de ampliación— era preciso emitir auto de formal prisión, o bien, de libertad por falta de elementos para procesar o por falta de méritos, con carácter provisional. Nuevas y mejores pruebas permitirían al Ministerio Público insistir en la acción penal. Por supuesto, también era posible emitir auto de libertad absoluta, en el supuesto de que se acreditase plenamente la inexistencia del delito o la irresponsabilidad penal del individuo señalado como agente de aquél.

Al principio de este comentario señalé que el artículo 19 abarcaba dos cuestiones. Una de ellas era el auto de formal prisión al que se refieren las anotaciones precedentes; la otra, el buen trato en la prisión, en amplio sentido, que comprende los casos de simple detención previa a la comparecencia del sujeto ante la autoridad judicial, y los de prisión preventiva y prisión punitiva. Por ende, dichas disposiciones se vinculan a las contenidas en otros preceptos de la Ley Suprema: artículos 18 y 22.

A este respecto, el artículo 19 indicaba y actualmente señala que “todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”. Aquí se refrenda el principio de afectación estricta y exclusiva de la libertad, que prevalece en materia de captura y encarcelamiento, esto es, ni aquélla ni éste deben extremarse en forma tal que vulneren, sin necesidad verdadera y comprobable, otros bienes del inculpado o sentenciado, como su integridad física o su derecho patrimonial.

Dicho de otra manera: la captura debe contraerse a la detención del sujeto, conforme a la orden judicial, y la prisión debe limitarse a la privación cautelar o punitiva de la libertad, sin incluir castigos o sufrimientos ajenos a la naturaleza estricta de la prisión.

Aquí estamos en presencia de normas de carácter humanitario, en contraste con las de calidad técnica o finalista que se hallan en el artículo 18, orientado no sólo hacia el buen trato al recluso, sino también hacia la satisfacción de los fines inherentes a la privación punitiva de libertad: originalmente, regeneración; luego, readaptación; ahora, reinserción y procurar que el sujeto “no vuelva a delinquir”. Sobre este particular, me remito a mi comentario en torno al artículo 18.

Vayamos ahora a la segunda parte de este comentario sobre el artículo 19 constitucional, referida al texto que trajo la reforma de 2007-2008. Ésta introdujo cambios

de gran importancia en el precepto analizado, que figuran en el conjunto de modificaciones conducentes a establecer un nuevo sistema en materia de seguridad pública y justicia penal, suscitado por el evidente incremento de la criminalidad y por la generalizada insatisfacción pública frente a las medidas adoptadas para contenerla y reducirla. El fracaso de la política criminal —o la inexistencia de ésta, que deja al garete la defensa de la sociedad frente al crimen— se halla en la base de las exigencias de reforma y de las expectativas que ésta genera en una sociedad irritada y atemorizada.

El diagnóstico de los problemas existentes, en el que coincidieron el Ejecutivo federal —autor de un proyecto que no prosperó en los términos planteados— y los diputados que suscribieron varias iniciativas, al cabo reunidas en un solo “dictamen de concentración” el 10 de diciembre de 2007, hizo notar la existencia de impunidad, corrupción e incompetencia en este sector de las tareas del Estado mexicano, y señaló, asimismo, el envejecimiento del aparato normativo. No se dijo, ni ha sido costumbre hacerlo, por qué no hubiera sido posible enfrentar semejantes problemas —al menos, los tres mencionados en primer término— con la normativa existente.

Finalmente, esa reforma —cuya explicación más relevante, desde la perspectiva de los diputados que integraron las comisiones dictaminadoras, se halla en el dictamen de “concentración”—, se extendió sobre 10 preceptos constitucionales, profundamente modificados algunos de ellos, y aportó igual número de disposiciones transitorias, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

El primer párrafo del nuevo, o renovado, artículo 19 constitucional se refiere, como ha sido tradicional, al plazo para la definición judicial de la situación jurídica del inculpado detenido que se halla a disposición del juzgador; una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, aun cuando no hay claridad en la legislación secundaria acerca de la naturaleza del acto que realiza el MP para poner al sujeto a disposición del órgano judicial. ¿Ejercicio de acción penal? ¿Acción cautelar? Como antes mencionamos, fue regla que la decisión judicial se expresara en un auto denominado de “formal prisión” —aun cuando ese mandamiento no necesariamente determinaba la privación de libertad del inculpado—, que en realidad lo era de procesamiento o sumisión a proceso.

Hoy día se habla, en cambio, de “vinculación a proceso”, concepto importado sin mayor deliberación. En el dictamen del 10 de diciembre se explicó el nuevo giro con argumentación peregrina:

[...] la idea de sujeción a proceso denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación a derechos, en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación, y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental.

Es evidente el desacierto que supone atribuir al auto de referencia el simple propósito de informar al inculpado, y no la indudable afectación de derechos que signifi-

ca la apertura formal de un proceso. Por eso he insistido en señalar que el auto llamado de vinculación es, en realidad, una resolución formal de procesamiento, aunque no lo sea, por fuerza, de prisión del inculpaado.

La reforma del primer párrafo del artículo 19 trajo consigo los mismos problemas que se plantearon a partir de la fórmula del artículo 16 relativa a los elementos de fondo para la emisión de la orden de captura. En este caso se trata del sustento de la vinculación a proceso, a saber: “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito [por supuesto, era preferible aludir a elementos que “acrediten”, es decir, que “prueben”, como lo hacía el texto precedente] y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Es así que han decaído las expresiones anteriormente utilizadas por la Constitución, que poseyeron intención garantista y procuraron una razonable precisión en los fundamentos del acto de autoridad: cuerpo del delito o elementos del tipo penal. Ahora se dice, con expresión insuficiente, “hecho que la ley señale como delito”. ¿Esto equivale a elementos del *corpus delicti* o del tipo penal? Menos que eso, significaría una peligrosa reducción de garantías. No ha sido afortunada la inclusión constitucional de referencias a la autoría, implícitamente, y a la participación delictuosa, explícitamente. Bastaba la alusión a la probable responsabilidad.

El segundo párrafo del precepto reformado aborda una cuestión delicada, que ha cobrado superlativa importancia y trascendencia en el enjuiciamiento penal: las medidas cautelares destinadas a asegurar la buena marcha del enjuiciamiento y la efectiva ejecución de la sentencia, en su caso. Es preciso tomar en cuenta que cualquier medida cautelar —sobre todo las que figuran en el enjuiciamiento penal, que con la mayor frecuencia repercuten sobre la libertad de la persona— significa la reducción, compresión o suspensión de un derecho o libertad.

Por lo tanto, deben sujetarse a los principios que conforme a nuestra mejor tradición constitucional y al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos justifican estos actos de autoridad, que operan antes de que se acredite la responsabilidad penal del inculpaado, esto es, cuando el sujeto goza todavía de la llamada presunción de inocencia.

No sobra señalar, nuevamente, la paradoja que significa la aplicación de una medida cautelar —singularmente la prisión preventiva— a un presunto inocente. Empero, se impone la necesidad de hacerlo, sustentada en motivos prácticos y acotada por el marco de principios que gobiernan este género de medidas: legalidad, necesidad, fundamentación, pertinencia, proporcionalidad, provisionalidad, control sistemático (revisión) de la autoridad.

La reforma anuncia una tendencia razonable, que luego contradice. En efecto, parece minimizar la aplicación de la prisión preventiva, que hemos utilizado en forma desbordante y a menudo injustificada. De ahí que disponga que el Ministerio Público solicitará al juzgador dicha privación de libertad “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes” para asegurar los designios que adelante menciona el precepto y que inmediatamente comentaré. Por lo tanto, la prisión preventiva pasa a segundo término en el catálogo de opciones de las que puede valerse la autoridad penal.

Esos designios son, al tenor del texto reformado del artículo 19: “garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”. El legislador ha olvidado, en algún momento, que la prevención de delitos no es inherente a la verdadera naturaleza de la medida cautelar en el marco de una sociedad democrática. Pero el tropiezo constitucional crece de punto si se observa que el mismo precepto alude a otros supuestos de posible o forzosa aplicación de la prisión preventiva, que desbordan absolutamente los límites que debiera observar y asegurar la Constitución.

En efecto, es posible que el Ministerio Público solicite al juzgador la prisión preventiva del inculcado (aunque no se indica que deberá solicitarla *a fortiori*: existe, pues, cierto margen de discreción) “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. He aquí supuestos de prisión completamente alejados de la exigencia cautelar inherente al proceso en el que se dicta la medida: se trata, más bien, de vincular entre sí la probable responsabilidad del sujeto en ambos procesos y extraer de ese vínculo una consecuencia más represiva (material) que cautelar (procesal).

El problema se “agravó” cuando el segundo párrafo del artículo 19 “dispuso” que el juez ordenará (no apenas que podrá ordenar) la reclusión preventiva, con petición del Ministerio Público o sin ella, esto es, oficiosamente (facultad inconsecuente con la noción de proceso acusatorio que ha pretendido entronizar la reforma constitucional), en los casos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud”.

A este catálogo de hipótesis de prisión preventiva necesaria se agregó el supuesto de trata de personas, merced a una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio de 2011, vinculada con modificaciones o adiciones en torno a la misma materia —trata de personas— que ingresaron a los artículos 20, apartado C, fracción V (en torno a la reserva sobre la identidad de la víctima) y 73, fracción XXI, que ordenó al Congreso de la Unión expedir la Ley General para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (también existe un ordenamiento de este carácter en lo que respecta al secuestro) en un plazo no mayor de los 180 días siguientes a la entrada en vigor del decreto que contuvo la citada reforma.

Es notorio que el reformador constitucional, que a menudo invoca los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos, ha ignorado éstos o negado su eficacia en la serie de hipótesis de prisión preventiva forzosa a la que me acabo de referir. Con ello mella seriamente la naturaleza de la medida cautelar. Añádase el empleo de conceptos imprecisos, equívocos: así, la invocación de delitos cometidos con medios violentos, “como” armas y explosivos (¿y otros instrumentos o métodos que incluyen violencia?) y la alusión a delitos contra el “libre desarrollo de la personalidad”, noción que no se halla suficientemente perfilada en nuestro orden jurídico —se suele vincular a ilícitos que afectan a menores de edad o que vulneran bienes como la libertad y el desarrollo psicosocial— y que podría ser fuente de exclusiones numerosas de la libertad durante el enjuiciamiento, por motivos materiales, no procesales.

La reforma no aporta novedades interesantes en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 19. Pudo y debió ser más puntual en la fijación de condiciones para la revocación de la libertad de los individuos vinculados con proceso (es decir, procesados), para evitar, desde el peldaño mismo de la Constitución, excesos en la supresión de la libertad y el empleo irracional de la reclusión.

Tampoco hay novedad en el último párrafo, que reitera la precaución humanitaria y legalista tradicional en el texto supremo: “Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”. Cabe esperar que esta pertinente estipulación descienda al terreno de los hechos.

Hay, en cambio, novedad en el sexto párrafo, que es el penúltimo del precepto que ahora comento, en los términos de la reforma de 2007-2008. Ese párrafo supone que ya existe un auto de vinculación a proceso (es decir, de procesamiento, y por lo tanto se halla en marcha un proceso penal, que somete al inculpado a la autoridad del juzgador y obliga a éste a ejercer justicia en el caso al que aplica su potestad jurisdiccional) y que ese auto se refiere a una hipótesis de delincuencia organizada, tema que sólo interesa a la competencia federal. El mismo párrafo agrega otros supuestos: que el inculpado evada la acción de la justicia o sea puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero.

El primer extremo abarca los casos de sustracción material a la justicia, por fuga, desatención al mandato judicial de presencia y permanencia. El segundo concierne a un fenómeno diverso: no se trata de un hecho ilícito o indebido del inculpado, sino de una situación jurídica —con repercusión en la práctica del proceso y las medidas cautelares— perfectamente regulada: suspensión del ejercicio de la competencia nacional, que naturalmente se está ejerciendo sobre el inculpado, y reatrimiento en favor de una competencia foránea, que podría ser la de un Estado extranjero o la de un tribunal penal internacional (la Corte Penal Internacional, aunque no sólo ella).

Nada dice la norma constitucional sobre preferencia jurisdiccional nacional, entrega al término del ejercicio de ésta o cumplimiento previo de la pena aplicada por la autoridad doméstica. El texto de aquella norma sugiere una abrupta cesación del conocimiento por parte del tribunal mexicano, un eventual diferimiento de la ejecución de la condena nacional, si ésta existe, y una inmediata intervención del tribunal no nacional que requiere la entrega del inculpado.

Este “fenómeno procesal” implica la suspensión del proceso en México “junto con los plazos para la prescripción de la acción penal”. Por lo tanto, el proceso y la prescripción quedarían en suspenso *sine die*. Menos mal que el revisor de la Constitución no incurrió en la tentación —que dominó el autoritario proyecto de reforma constitucional de 1997, reelaborado en 1999— de instituir el juicio penal en ausencia.

La reforma de 2007-2008 se propuso establecer —en rigor, acentuar o ampliar— el sistema procesal penal acusatorio. Al hacerlo, partió del erróneo concepto de que las disposiciones existentes hasta ese momento consagraban un régimen inquisitivo, o bien, en el mejor de los casos, uno mixto con proclividad inquisitiva. Desde luego, la

Constitución no acogía semejante orientación, acaso desenvuelta en normas secundarias y, sobre todo, en prácticas institucionales.

En los preceptos transitorios del decreto de reforma de 2008, el Constituyente Permanente determina, de manera implícita, cuáles son las normas aportadas por dicha reforma que acogen el sistema procesal penal acusatorio. Entre ellas figura, íntegramente, el nuevo texto del artículo 19. En efecto, los artículos segundo, tercero y cuarto transitorios se refieren, para fines de vigencia de las novedades constitucionales, al “sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución”.

Al amparo de estas disposiciones transitorias, el nuevo texto del artículo 19 ha entrado en pleno vigor, a escala nacional, en junio de 2016 —dentro del plazo de ocho años contado a partir del día siguiente a la publicación del decreto que contiene las reformas de 2008—, merced a las declaratorias de vigencia emitidas por la Federación y por las entidades federativas.

Bibliografía

- BARROS LEAL, César, *Ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2009.
- BAZDRESCH, Luis, *Las garantías constitucionales*, México, Trillas, 1987.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1989.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2010.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal*, México, Porrúa, 2010.
- CARRANZA, Elías, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, México, Siglo XXI Editores, 2009.
- CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1978.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989.
- , *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1995.
- , “El sistema penal acusatorio en la Constitución mexicana”, en *Memoria de las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Panamá, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, 2014.
- , *La reforma penal constitucional 2007-2008 ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- , *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016.
- , Olga Islas de González Mariscal y Leticia A. Vargas Casillas (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, tomos I y III.
- y Olga Islas de González Mariscal (coord.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, IJ-UNAM/INACIPE, 2011.

- _____ y Olga Islas de González Mariscal (coord.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Una nueva cara de la justicia en México: aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo un sistema acusatorio adversarial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2014.
- HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, Pablo, *Las garantías del inculpado*, México, Porrúa, 2009.
- HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, México, Cuadernos del INACIPE, 1979.
- IGLESIAS, Andrés, “Artículo 19. Comentario jurídico”, *Nuestra Constitución*, México, Cámara de Diputados-LVII Legislatura, 1988.
- LARA ESPINOSA, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, México, Porrúa, 1998.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, Iure Editores, 2011.
- LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*, México, Porrúa, 2009.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, Porrúa, 1988.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 2a. ed., facsimilar, México, Porrúa, 1972.
- MORENO CRUZ, Everardo, *El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y Miguel Ontiveros Alonso (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México CEPOLCRIM-AMPEC-UBIJUS, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Detención preventiva. Previsiones constitucionales y legales*, México, UBIJUS, 2009.
- RABASA, Emilio O. y Gloria Caballero, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, México, LVII Legislatura-Cámara de Diputados, 1988.
- RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, México, Porrúa, 2008.
- ÚROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2010.
- _____, *Introducción a los juicios orales en materia penal. Apuntes sobre el pasado, presente y futuro enjuiciamiento criminal en México*, México, Porrúa, 2013.
- ZAMORA RIERCE, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011.

Artículo 19

Trayectoria constitucional

19 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 3-II-1993

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se aumenta y precisa el contenido de las garantías contempladas en los párrafos I y II del artículo 19. Se señala lo referente a las prescripciones a las que se refiere el primer párrafo acerca de la detención preventiva ante autoridad judicial; por su parte, la reforma al segundo párrafo observa lo relativo al proceso, auto de formal prisión o sujeción a proceso.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 8-III-1999

LVII LEGISLATURA (1-IX-1997/31-VIII-2000)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

La reforma establece los requisitos del auto de formal prisión y su término constitucional.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se reforma una gran parte del artículo. Se modifica el término de “auto de formal prisión” por “auto de vinculación a proceso”. Se establece que ninguna detención podrá exceder el plazo de 72 horas, a menos que se justifique con un “auto de vinculación”.

Se determina que el Ministerio Público únicamente podrá solicitar la prisión preventiva cuando no existan otras medidas cautelares para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos de la comunidad; de igual forma, cuando el imputado esté bajo un proceso o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Se finca que la prisión preventiva decretada por el juez oficiosamente podrá pedirse solamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como por delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Se faculta al juez para revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso, y se adiciona un último párrafo estableciendo que, si posteriormente a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada, el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo requiera en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 14-VII-2011

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se regulan los supuestos en los cuales el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva; los jueces podrán solicitarla de manera oficiosa.

Artículo 20

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 20 constitucional hace referencia al derecho de los acusados en todo juicio de orden criminal. Algunos de los primeros antecedentes sobre este tema los encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812.¹ En sus artículos 290 y 291, dicho ordenamiento estableció que el arrestado, antes de ser puesto en prisión, sería presentado al juez, siempre que hubiera cosa que lo impidiera, para que éste le recibiera declaración. Si esto no pudiera verificarse al momento, según se señaló, se le pondría en las cárceles, en calidad de detenido, y el juez le recibiría declaración dentro de 24 horas. La declaración del arrestado sería sin juramento, según especificó el artículo 291. Asimismo, en el artículo 296, se especificó que cuando el delito imputado no fuera causa de pena corporal, se debería poner en libertad al acusado dando fianza. Por su parte, el artículo 300, señaló que se debería manifestar, al tratado como reo, la causa de su prisión y el nombre de su acusador dentro de las 24 horas de su detención. También se especificó que se le deberían leer, íntegramente, todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con sus nombres (artículo 301) y cuando no los conociere se le proporcionaría toda la información sobre éstos. Por último, el artículo 302, ordenó que el proceso sería público en el modo y forma que determinaran las leyes.

Estos puntos dados por la Constitución española se acataron en México en las primeras décadas del siglo XIX. Nuevos lineamientos se fueron sumando en cada uno de los ordenamientos jurídicos que surgieron en la conformación de la nueva nación. El Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814, por ejemplo, sumó el derecho

¹Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

20

Sumario Artículo 20

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	203
Texto constitucional vigente.	207
Comentario Sergio García Ramírez	211
Bibliografía	247
Trayectoria constitucional	249

de todo ciudadano de ser reputado por inocente, mientras no fuera declarado culpable (artículo 30).² Años después, en el Reglamento Provisional Político del Imperio, en 1822,³ en el artículo 72 se ordenó que ningún mexicano podría ser preso por queja de otro sino cuando el delito mereciera pena corporal y constara en el mismo acto, o el quejoso se obligara a probarlo dentro de seis días, en su defecto dicho acusador debería satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que le generara la acusación. Por otro lado, el artículo 74 mandó que nunca sería arrestado quien diera fiador en los casos en que la ley no prohibiera admitir fianza. Dicho recurso quedaría expedito para cualquier estado del proceso en que constara no haber lugar a imposición de pena corporal.

Otros de los antecedentes históricos del artículo 20 los encontramos en las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836.⁴ En su artículo 47, por ejemplo, se contempló que dentro de los tres días en que se verificara la detención, se tomaría al presupuesto reo su declaración preparatoria, en ese acto se le manifestaría la causa del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere. En el mismo texto se dijo que tanto la primera declaración como las demás que se ofrecieran en la causa, serían recibidas sin juramento del procesado, en lo que respecta a sus hechos propios. Como complemento de lo anterior el artículo 48 estipuló que en la confesión, “y al tiempo de hacerse al reo los cargos correspondientes”, debería instruírsele de los documentos, testigos y demás datos que obraran en su contra, y desde dicho acto el proceso continuaría sin reserva del mismo reo. Pocos años más tarde, el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, contempló en su artículo 9º, fracción VII, que se le recibiría declaración al reo a lo menos dentro de tres días, contados desde que tomara conocimiento la autoridad judicial. En dicho acto se le haría saber la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere. No se le ocultaría ninguna de las constancias del proceso, fuera de los casos que señalaran las leyes, respecto del sumario y del término probatorio.⁵

Nuevos elementos se sumaron en el Primer Proyecto de Constitución Política de 1842, donde en su artículo 7º, fracción XI, se señaló que nadie podría ser declarado confeso de un delito sino cuando él lo confesara libre y paladinamente en la forma legal. Asimismo, la fracción XII estipuló que en cualquier estado de la causa podrían exigir los reos que se les prestara audiencia, se les dijera el nombre del acusador y se les diera vista de las constancias procesales. El acusado podría también presenciar los interrogatorios y respuestas de los testigos, así como hacerles preguntas que juzgara necesarias para su defensa.⁶ Ese mismo año, el Segundo Proyecto de Constitución

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingan, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁵*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 270.

⁶Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

Política precisó en su artículo 13, fracción XVIII, el que ninguna constancia sería secreta para el reo y que ninguna ley les quitaría a los acusados el derecho de defensa ni lo restringiría a ciertas pruebas, determinados alegatos ni a la elección de tales personas. La fracción XIX de dicho artículo, sumó a los lineamientos anteriores, y se establecía que todos los procedimientos serían públicos, después de la sumaria, a excepción de los casos en que lo impidieran la decencia o la moral, y todos los jueces de derecho serían responsables.⁷

Años más tarde, ya en la década de 1850 y previo a la Constitución de 1857, otros textos jurídicos abonaron en materia de derechos de los reos ante los juicios en materia criminal. El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, por ejemplo, señaló en su artículo 44 que la autoridad judicial no podría detener a ningún acusado por más de cinco días sin dictar el auto motivado de prisión, del cual se daría copia al reo y a su custodio. Para entonces debería haber datos suficientes según las leyes para creer que el detenido era culpable y se le habrían señalado los datos de su acusador, cuando lo hubiere.⁸ Asimismo, dicho ordenamiento ratificó el derecho de fianza cuando el delito no implicara pena corporal (artículo 50). Defendió el derecho de defensa del reo luego de concluida la sumaria y la presentación de pruebas, las cuales no podrían restringirse a un sólo tipo de personas ni de argumentos (artículo 51). Por último, el artículo 53, precisó que todas las causas criminales serían públicas desde que concluyera la sumaria y, el 54, que a nadie se le tomaría juramento sobre hecho propio en materia criminal, ni se aplicaría ningún medio coercitivo para que se confesase culpable.

Con todos estos lineamientos se buscaba proteger al presunto culpable de medidas que pudieran enturbiar el proceso judicial en su contra, garantizándole una correcta y clara aplicación de las leyes y protegiendo su derecho a la legítima defensa. Nuevas medidas se contemplaron en esta materia en el Dictamen y Proyecto de Constitución de 1856. En el artículo 24, se declaró la protección de las siguientes garantías: que se le oyera en defensa por sí o por personero, o por ambos; que se le hiciera conocer la naturaleza del delito, causa de la acusación y nombre del acusador, y que se le careara con los testigos que depusieran en su contra, obteniendo copia del proceso para preparar su defensa. Los testigos que él eligiera podrían ser incluso compelidos a declarar por la ley; que se le juzgara breve y públicamente por un jurado imparcial compuesto de vecinos honrados del estado y distrito donde el crimen fuera cometido.⁹ Cuando se promulgó la Constitución Política al año siguiente, prácticamente todos los puntos estaban ya bien definidos. Así lo demuestra el texto original de la Constitución del 57:

20. En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

⁷Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi_1428_printer.shtml.

⁸Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., pp. 272 y 273.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.¹⁰

Como puede verse, en el artículo constitucional se condensaron los puntos que desde inicios de siglo se venían perfilando en torno al derecho de los supuestos culpables en los juicios criminales. Estos derechos se mantuvieron prácticamente el resto del siglo. También bajo el Segundo Imperio se respetaron estas garantías.

En el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, se ratificó la esencia del proceso en su artículo 65, donde se estipuló que en todo juicio criminal el acusado tendría derecho a que se le hiciera saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere. También tendría derecho a que se le facilitaran, concluido el sumario, los datos del proceso que necesitara para preparar sus descargos.¹¹ El artículo 20 recuperó toda su vigencia en 1867 tras el triunfo liberal y el derrocamiento de Maximiliano. Su texto se mantuvo sin cambios hasta el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza en 1916, luego del triunfo de los constitucionalistas. Se dijo entonces que si bien el artículo 20 protegía a los individuos en el proceso judicial, en la práctica esas garantías habían sido “enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos”.¹² Entre otras de las premisas por las cuales se consideró introducir reformas en el artículo estuvieron el hecho de que persistían “las diligencias secretas y procedimientos ocultos”, y que no existían tiempos precisos para que los jueces dictaran sentencia en varios casos. Por estas razones el artículo 20 de la Constitución promulgada en 1917, sumó nuevos aspectos.

¹⁰Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹¹Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

¹²*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., pp. 273-275.

Artículo 20

Texto constitucional vigente

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. 20

A. De los principios generales:

- I.** El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;
- II.** Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
- III.** Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
- IV.** El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
- V.** La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
- VI.** Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
- VII.** Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
- VIII.** El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

- IX.** Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y
 - X.** Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.
- B.** De los derechos de toda persona imputada:
- I.** A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;
 - II.** A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;
 - III.** A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculgado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

- IV.** Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;
- V.** Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculgado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

- VI.** Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o en-

travistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

- VII.** Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- VIII.** Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y
- IX.** En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

- I.** Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
- II.** Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso; a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

- III.** Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

- IV.** Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

- V.** Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.¹³

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

- VI.** Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y
- VII.** Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.¹⁴

¹³Párrafo reformado, *DOF*: 14-07-2011.

¹⁴Fe de erratas al artículo, *DOF*: 06-02-1917. Artículo reformado, *DOF*: 02-12-1948, 14-01-1985, 03-09-1993, 03-07-1996, 21-09-2000, 18-06-2008.

Artículo 20

Comentario por **Sergio García Ramírez**

En este comentario acerca del artículo 20 constitucional, como en otros que elaboré en torno a diversos preceptos de la Ley Suprema que se refieren a la materia penal, daré cuenta del texto contenido en esa disposición, modificado por varias reformas incorporadas entre 1917 y 2008 acerca de diversos extremos del precepto.

He dividido este comentario en dos partes. En la primera aludo a la evolución general del artículo 20 —que implica la evolución del proceso penal— bajo las normas que prevalecieron antes de la muy importante y renovadora reforma de 2008. Analizo esta materia para proveer al lector con información interesante acerca de muchos conceptos del proceso penal que operaron a lo largo de las primeras décadas corridas entre 1917, fecha de promulgación de la Ley Suprema, y los primeros años del siglo XXI, esto es, la mayor parte en la vida —vigencia— del texto constitucional.

En la segunda parte del presente comentario me referiré al texto aportado por la reforma de 2008 que se halla en vigor y cuya aplicación plena se sujeta a las reglas transitorias del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de ese año, que también examinaré *infra*. No entraré al comentario de la legislación reglamentaria —Código Nacional de Procedimientos Penales, de 2014—, que fue expedida en virtud de una reforma al artículo 73 constitucional, en 2013, que federalizó, o mejor dicho, centralizó la normativa procesal penal, así como la referente a los medios alternos de solución de controversias y a la ejecución de sanciones. Evidentemente, el estudioso y el aplicador del procedimiento penal deberán tomar en cuenta el desenvolvimiento del artículo 20 de la Ley Suprema —y de otros preceptos de la misma ley— en la regulación contenida, sobre todo, en el Código Nacional.

La más intensa acción del Estado sobre el individuo ocurre en el ejercicio de la función punitiva: la potestad que aquél tiene para sancionar por la comisión de un delito. Esta actividad apareja la pérdida o el grave menoscabo de bienes jurídicos individuales; a la cabeza de éstos se encuentra la libertad y pudiera hallarse la vida misma.

Es por ello que en las grandes declaraciones de derechos —a partir de los textos expedidos por la antiguas colonias inglesas de Norteamérica y de la Declaración francesa de 1789— ocupan un lugar destacado, en número y extensión, las prerrogativas del hombre sujeto a proceso penal o a ejecución de la condena impuesta por la autoridad judicial. Se trata de las garantías del procesado y el ejecutado: estatuto amplio y notable, en uno de los más importantes y delicados espacios de la libertad.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos abundan las normas a propósito del enjuiciamiento penal y otras cuestiones conexas. En diversas oportuni-

dades he manifestado que son seis, básicamente, las series de preceptos procesales que aparecen en la Ley Suprema. La primera establece el principio de legalidad penal, procesal y ejecutiva. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 13, 14 y 17.

En seguida figuran distintas prevenciones orgánicas y funcionales que aluden a la jurisdicción, la acusación y la defensa, en forma directa o a través de los órganos en los que esas funciones se depositan. A ello se refieren, entre otros mandamientos, los artículos 20 y 21 y los textos que organizan a los poderes judiciales de la Federación, los estados y la Ciudad de México.

La tercera serie tiene como materia los más destacados principios procesales, que ameritan una declaración constitucional, así como el régimen general del enjuiciamiento. Tómense como ejemplo la oralidad, la publicidad, la concentración, *inter alia*, y la proclamación en favor del sistema acusatorio, que se localizan en el artículo 20. En la cuarta forman filas varias disposiciones concernientes a medidas cautelares o precautorias. Así, la detención (artículo 16), la prisión preventiva (artículos 18 y 19), la libertad provisional (antes de la reforma de 2008), etcétera.

En quinto término cuentan las estipulaciones sobre ciertos procedimientos penales o parapenales especiales, en función de la edad del sujeto, el cargo que desempeña, su profesión, la naturaleza de la conducta desarrollada, entre otros extremos. En efecto, el artículo 13 ampara el fuero castrense o militar para las faltas y los delitos de este carácter. El artículo 18 previene instituciones especiales —entre ellas, las procesales— para adolescentes que infringen la ley penal (anteriormente calificados como menores infractores).

En el texto previo a la reforma de 2005, esta disposición, bien entendida, no se refería apenas a la existencia de “establecimientos” específicos para los jóvenes infractores, separados de las prisiones destinadas a los adultos, sino que aludía a verdaderas “instituciones” especiales, rubro que abarcaba figuras sustantivas, adjetivas, ejecutivas y orgánicas diversas de las correspondientes a los mayores de edad. En otros términos, sustentaba la existencia de un derecho especial para los menores con orientación protectora, no meramente penal. Una reforma constitucional posterior hizo retroceder el avance logrado en 2005 y retornó, en los términos que examino en el comentario al artículo 18, el régimen de esta materia.

Sobre esta última cuestión me remito, pues, al comentario que hago acerca del artículo 18, en el que tomo en cuenta el debate entre las corrientes *tutelar* y *garantista*. Aquí sólo agregaré que lo “tutelar” no se contrapone a lo “garantista”, sino a lo penal. La incompreensión sobre este punto hizo retroceder al derecho para menores infractores en México, como sucedió bajo la regresiva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del 19 de diciembre de 1991, y como acaba de suceder, ahora en el más alto plano normativo, con la aludida reforma al artículo 18.

El artículo 21 prevé la justicia por infracciones a los ordenamientos de policía y buen gobierno. En este ámbito, el principio de legalidad avanzó un buen paso merced a la Ley de Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno, del 28 de diciembre de 1983, cuya vigencia ha cesado. El título cuarto de la Constitución instituyó las

responsabilidades políticas, penales y administrativas de los servidores públicos, así como el sistema orgánico y procesal para exigirlos, tema de nuevas reformas constitucionales llamadas a establecer el “Sistema Nacional Anticorrupción”.

Por último, una sexta serie de normas constitucionales de contenido procesal penal se ocupa en otros puntos vinculados con los anteriores: *verbi gratia*, el tema de la impugnación o el número de instancias, que limita el artículo 23.

A este catálogo se podría agregar otra serie de normas, aunque las figuras que en ella aparecen no se contraen al enjuiciamiento penal, sino van más lejos. Se trata de las garantías jurisdiccionales o de otro carácter que tutelan los derechos del individuo en general, y dentro de este marco, los del sujeto a procedimiento penal o ejecución de sanciones. En este sector se hallan, por ejemplo, la jurisdicción de amparo y el *ombudsman* (éste, merced al apartado B del artículo 102 constitucional).

El conjunto de esas disposiciones integra el régimen procesal penal de la Constitución, cuyos mandamientos revisten notable importancia, sin excepción: son piezas de un sistema que responde al objetivo de proteger al hombre cuando se hallan en juego sus bienes fundamentales. No obstante la relevancia de todos los preceptos de la materia, acaso destaca el artículo 20, en cuanto cubre un amplio elenco de actos o situaciones a lo largo del enjuiciamiento. Por ello, se ha dicho que ese precepto es, de algún modo, la columna vertebral del proceso.

Inicialmente, el artículo 20 reunía en un solo conjunto de garantías todas las estipulaciones de su materia. A partir de las reformas publicadas el 21 de septiembre de 2000, pasó a constar de dos apartados (actualmente tres, en los términos de la reforma de 2008, de la que abajo me ocuparé). El apartado A se refirió a las garantías del inculcado en todo proceso de orden penal, y el apartado B a las garantías de la víctima o el ofendido. En primer término comentaré las disposiciones del apartado A.

Varias reformas al artículo 20, a partir de 1917 (y entre ellas la primera de todas, que data de 1947), se concentraron en la fracción I de lo que sería el apartado A, a propósito de la libertad provisional bajo caución; así, la citada reforma de 1947 y las de 1984, 1993 y 1996. Éste fue el tema penal más frecuentemente revisado por el Constituyente Permanente.

Por ello, entre 1917 y 2008 rigieron cinco textos diversos sobre la libertad provisional bajo caución, lo que puso de manifiesto la preocupación por hallar fórmulas satisfactorias en este ámbito, donde entran en colisión, intensamente, los derechos del inculcado, el ofendido y la sociedad. Cada reforma implicó una nueva versión sobre el equilibrio deseable y posible de los intereses en conflicto. En 2008 desapareció la referencia a la libertad provisional, que ahora se procura reintroducir a título de medidas cautelares “innominadas”.

El 30 de junio de 1993 un grupo de diputados presentó una iniciativa de reformas a diversas fracciones del artículo 20, así como a los artículos 16 y 119. El dictamen de la Cámara correspondiente, que introdujo algunos cambios a la propuesta original, se produjo el 8 de junio del mismo año y abarcó también otra iniciativa de reformas, referida a los artículos 19 y 107. En el debate parlamentario hubo modificaciones a la propuesta sobre la fracción IX del artículo 20. La reforma constitucional fue publicada

en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993. Una fe de erratas apareció en ese mismo *Diario Oficial de la Federación* del 6 de septiembre. Otra reforma, publicada el 21 de septiembre de 2000, se refirió a la fracción IV del apartado A, así como al apartado B. El artículo primero transitorio del respectivo decreto señaló que las disposiciones contenidas en éste entrarían en vigor seis meses después del día de su publicación.

Antes de la reforma de 1993, el primer párrafo del artículo 20, al que se vinculaban todas sus estipulaciones, decía: “En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías”. A partir de aquella enmienda pasó a decir: “En todo proceso penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías”. Posteriormente manifestó: “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido tendrán las siguientes garantías”. La redacción varió sustancialmente en 2008, como explicaré en su oportunidad.

El texto anterior a 2008 contenía varios conceptos relevantes. Uno de ellos —*garantías*— era común a todas las normas concentradas en el capítulo I del título primero de la Constitución. Bajo aquel nombre, el artículo 20 presentó cierto número de derechos públicos subjetivos —derechos humanos— en favor de una categoría de individuos —los inculpados— en determinada circunstancia o situación jurídica —el proceso penal. Se trataba pues, de facultades, derechos o prerrogativas que el hombre podía esgrimir frente al Estado y que éste, en consecuencia, debía respetar.

Como dije, el artículo 20 habló de “juicio del orden criminal”. Anteriormente se abordaban las cuestiones penales con ese giro: “criminal”. Una antigua división de conductas antisociales —que algunos países conservan— distinguió entre faltas, delitos y “crímenes”, que eran, o son, los delitos más graves.

En la época napoleónica de las grandes codificaciones, el ordenamiento procesal de esta materia se denominó Código de Instrucción Criminal. También se identificó como derecho criminal —esto es, de los crímenes— a la rama del orden jurídico que hoy se conoce generalmente como derecho penal, es decir, de las penas. Tal perspectiva tradicional se incorporó en la cabeza del artículo 20; de ahí, pues, que se hablase de juicio del “orden criminal”. Posteriormente se aludió, como señalé, a “proceso de orden penal”, expresión que equivale, en lo fundamental, a “juicio del orden criminal”, y que distingue a este proceso de otros enjuiciamientos con diverso contenido: civil, familiar, laboral, agrario, administrativo, etcétera.

Dos palabras acerca de la expresión “proceso”. Así se denomina el medio para resolver la controversia planteada, sometida a decisión de un órgano estatal: tribunal o juzgado. Si el asunto no está sujeto, todavía, al conocimiento de dicho órgano, no existe un verdadero proceso. Éste termina, una vez agotadas sus etapas, cuando el juez o el tribunal resuelven a través de una sentencia firme.

Así, no hay todavía “proceso de orden penal” cuando el Ministerio Público está investigando los hechos para orientar su propio criterio y actuar en consecuencia. El Ministerio Público no juzga, sino indaga; es el juez quien juzga. Esto último ocurre cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal —es decir, formula lo que tradicionalmente se denominó “consignación”— y somete el caso a la autoridad judicial. Es

entonces que ésta asume el conocimiento del problema e inicia el despacho de sus propias atribuciones. Así comienza el proceso. La reforma de 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales han introducido variantes de apreciable importancia —y suscitado debates— en torno al momento y al acto en que el Ministerio Público ejercita la acción penal, que pudiera ser aquel en que formula una imputación —en concepto de algunos analistas— o aquel otro en que lleva a cabo la acusación, a juicio de otros tratadistas.

El primer párrafo del artículo 20 utilizó la expresión “acusado”. Éste era el titular o beneficiario de las garantías en el juicio del orden criminal. Generalmente se dijo y aceptó que un sujeto era “acusado” cuando el órgano de la acusación, esto es, el Ministerio Público, había formulado una acusación ante el tribunal que conocía la causa. Si no había acusación, tampoco existía, propiamente, un acusado.

Es esto lo que acontecía en el periodo de averiguación previa —ahora, de investigación—, en que el Ministerio Público investiga el delito y la responsabilidad de ciertas personas. Entonces se entendió que había indiciados, inculpadados o imputados, pero no acusados, puesto que no se había formulado acusación alguna, ni era posible que se formulase aún, dado que la indagación no había concluido ni se hallaba sometido el asunto al juez o tribunal que debía resolver en definitiva.

Si se hubiese considerado esa expresión constitucional en su valor estricto, cosa que nunca ocurrió, se habría llegado a la conclusión de que las garantías o derechos que consagra el artículo 20 sólo beneficiaban al individuo que tenía la condición de acusado en un juicio penal, o dicho de otro modo, a quien había sido consignado y se encontraba sujeto a la autoridad de un juez.

A la misma conclusión se llegaba con la simple lectura de las fracciones del artículo 20, en sus términos anteriores a 1993: aludían claramente a la etapa del procedimiento en que el sujeto estaba sometido a proceso, no a una frase anterior. Por ende, las garantías del artículo 20 no abarcaban el periodo del procedimiento que se desarrolla ante el Ministerio Público, la averiguación previa —actualmente, ya dije, investigación—, que no constituye un verdadero juicio o proceso, y en la que el individuo no tiene el carácter de acusado.

Es importante destacar, para la comprensión del desarrollo de esta materia, que en nuestro derecho frecuentemente se sostuvo y actualmente se sostiene la posibilidad de que la ley secundaria ampliara los derechos del individuo sometido a una averiguación previa, ampliación que resulta admisible si se toma en cuenta que la Ley Suprema establece un mínimo de derechos, no un máximo.

Esa interpretación favorable a los derechos del individuo inculcado significó una anticipación de garantías. Por otra parte, también se apoyó la posibilidad de ampliar, en el proceso mismo, el alcance de las garantías que consagraba la Constitución. Ello implicó, a su vez, una extensión de aquéllas por obra de la ley secundaria. Así sucedió, por ejemplo, en lo que respecta a la libertad bajo caución y a la intervención del defensor. También ocurrió en lo que toca a la emisión del auto de formal prisión —concepto prevaleciente antes de la reforma de 2008 y relevado por el de auto de vinculación a

proceso, que no es sinónimo de aquél—, regido por el artículo 19 constitucional, a cuyo comentario me remito.

¿Cómo era posible semejante anticipación o ampliación de la garantía constitucional, a efecto de que abarcase situaciones que no fueron consideradas por el Constituyente ni quedaron establecidas, por ende, en la Ley Suprema? Esto se debió, como antes señalé, a que la Constitución no agota la relación de derechos de las personas. Recordemos que el concepto de Estado de derecho implica que los individuos —gobernados, administrados, ciudadanos— tienen, en principio, amplias libertades, sólo limitadas por el derecho de los demás. En cambio, el Estado únicamente cuenta con las atribuciones que las leyes expresamente le confieren. La regla es la libertad del hombre y la restricción del poder público.

La Constitución recoge esa regla y establece el conjunto fundamental de los derechos del ser humano: las facultades que los antiguos textos y nuestra vigente Constitución han denominado naturales y considerado inalienables, es decir, los derechos de mayor relevancia y jerarquía. Esto no supone, en modo alguno, que aquéllos sean todos los derechos del individuo y que para ampliarlos —en numerosos ámbitos— sea preciso reformar la Constitución e incorporar explícitamente las nuevas facultades.

La Constitución prevé un *minimum* de derechos irreductible para el legislador ordinario; sin embargo, éste puede extender ese *minimum* y generar nuevos derechos. Hicieron esto, con plena razón y propósito inobjetable, las normas de la legislación secundaria que ensancharon los derechos relativos a la libertad provisional, la asistencia jurídica mediante defensor o el plazo para emitir auto de formal prisión. Tal fue la obra progresiva de la reforma procesal penal secundaria, en la que se apoyaron históricamente muchas de las modificaciones constitucionales practicadas en 1993 y en años posteriores.

La defensa es uno de los temas del artículo 20, cuestión central, por cierto, en cualquier ámbito del proceso y más todavía en el enjuiciamiento penal. Recordemos brevemente que el proceso en una forma de composición o solución de una controversia, a la que técnicamente se denomina *litigio*. Aparece entre dos o más personas que entran en conflicto; cada una de ellas ostenta una pretensión, en principio incompatible con las pretensiones del otro. Se dice que el litigio es un conflicto de intereses jurídicos caracterizado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia que despliega el otro. ¿Qué hacer entonces?

Es posible que el litigio culmine en una solución aportada por los propios litigantes, sin intervención de terceros; pero también lo es que aquéllos no acierten a resolverlo y que sea preciso, en tal virtud, recurrir al Estado para que éste, en ejercicio de su atribución jurisdiccional —*jus dicere*: decir el derecho en un caso concreto—, resuelva a quién asiste la razón. Tal decisión soberana constará en la sentencia o, eventualmente, en otra resolución que produzca las mismas consecuencias jurídicas que aquélla.

Como se ve, en este escenario —el de la contienda que dirime el Estado— hay tres posiciones naturales: la del actor o demandante, que exige determinada conducta o prestación de otro; la del demandado o acusado, que se resiste a la exigencia de aquél; y la del órgano público, el tribunal, que se sitúa imparcialmente por encima de los li-

tigantes, los escucha, recibe pruebas, toma medidas para conocer la verdad y resuelve en definitiva. Desde luego, esto no impide que los propios contendientes logren soluciones compositivas de su litigio, posibilidad que autoriza e incluso facilita y favorece la norma constitucional.

Lo que hacen los litigantes, en esencia, es sostener y defender ciertos hechos y razonamientos. Esa defensa se ejerce con respecto al adversario y frente al tribunal que juzga y al que se pretende persuadir. Se manifiesta en diversas vertientes: una de ellas es el ofrecimiento de pruebas favorables al planteamiento formulado; otra, la posibilidad de obtener asistencia jurídica por parte de un profesional del derecho. Esto último da lugar a la presencia de “defensores”, que auxilian a las partes. Líneas adelante explicaré las características que tienen la prueba y la defensa en materia penal, conforme al artículo 20 —y otros preceptos— de la Constitución.

Al asunto de la defensa se refirieron varias fracciones de aquel artículo, a saber: II (que también aludía a una antigua medida cautelar, la incomunicación, a conductas reprobables como la intimidación y la tortura, y a la prueba de confesión); III (por cuanto la declaración preparatoria fue considerada, en general, como medio de defensa); IV (a propósito del careo); V (alusiva a testigos y otras probanzas); VII (que se refirió a la prueba derivada de constancias procesales), y IX (en torno al defensor, en estricto sentido). La prueba es el tema de la mayoría de estas fracciones, a las que dedico los siguientes párrafos.

Los litigantes pretenden convencer al juzgador para alcanzar una sentencia favorable. Para ello es preciso que acrediten la verdad de los hechos que invocan y la razón de las consideraciones que en su favor aducen. Dicha acreditación se obtiene a través de la prueba: el método para conocer la verdad. En rigor, todo el procedimiento es un esfuerzo probatorio: ambas partes intentan, desde el primer momento, poner en claro la razón que les asiste. Otro tanto procura, por su parte, el ofendido o víctima del delito, cuyo papel destaca la reforma constitucional de 2008.

En materia penal, la prueba tiene características especiales. Durante el periodo anteriormente llamado de averiguación previa y actualmente denominado de investigación —periodo del procedimiento cuyo estudio corresponde a los comentarios sobre los artículos 16 y 21 constitucionales— el Ministerio Público investiga la comisión de un delito y admite u ordena las pruebas necesarias para acreditar —o desvirtuar— los elementos que integran el tipo penal (antes se aludía al cuerpo del delito, como apunto en el comentario al artículo 19) y la probable responsabilidad de alguna persona, en los términos previstos por los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema. Durante el proceso —segundo y último periodo del procedimiento, conforme a la normativa existente antes de la reforma de 2008— las partes —Ministerio Público, que acusa, e inculpado, que se defiende de la imputación— procurarán demostrar, con pruebas suficientes, la justificación de sus respectivas pretensiones. Así lo hará, en su propio ámbito de actuación, la víctima u ofendido.

Señalé que a través de la prueba se requiere alcanzar la verdad. Esta expresión tiene valor diferente en las distintas ramas del procedimiento. Por ello, suele hablarse de una verdad “formal” y de una verdad “material”, “real” o “histórica”. Cuando

entran en conflicto dos particulares por alguna diferencia que sólo a ellos interesa y que carece de relevancia social, el juzgador se limita a oír sus planteamientos y a recibir las pruebas que aporten. De ahí se desprenderá cierta versión acerca de los hechos controvertidos: esa versión corresponderá a una verdad “formal”. A ella se atenderá el juez, sin indagar más allá.

Otra cosa sucede cuando vienen al caso problemas que revisten grande y grave interés para la comunidad, como ocurre cuando se trata de un delito y de sancionar a cierta persona como autor de aquél. En tal hipótesis el Estado debe saber lo que realmente sucedió; no se conforma con cualquier versión de los hechos, que pudiera ser inexacta y puramente convencional. Entonces se busca la “verdad histórica”. Éste es uno de los fines del proceso penal, declara el artículo 20, tras la reforma de 2008. Sin embargo, nuestra normativa en vigor se conforma a menudo con una verdad convencional o formal, alcanzada por las partes a través de entendimientos o negociaciones que determinan la suerte del procedimiento y la solución de la controversia.

Para esa búsqueda, el Ministerio Público, en la averiguación previa, y el juzgador, en el proceso, disponían de amplias facultades probatorias. En la actualidad —como veremos en la segunda parte de este comentario, ajustada a las disposiciones vigentes— el tribunal carece de iniciativa probatoria y se atiene, en gran medida, a las aportaciones probatorias de las partes. El artículo 20 es el marco normativo de la prueba en el proceso penal.

La fracción II del antiguo texto del artículo 20 señaló que el acusado “no podrá ser obligado a declarar”, y acto seguido prohibió y sancionó la incomunicación, la tortura y la intimidación que es, a menudo, una forma de tortura. Lo anterior nos colocaba en el terreno de las declaraciones que puede producir el inculpado en el procedimiento, y particularmente la más relevante y comprometedora, que es la confesión. Ésta consiste, dicho en forma sintética, en el reconocimiento que hace el inculpado sobre su participación en el hecho delictuoso. En consecuencia, a través de la confesión, el sujeto admite ser autor o cómplice en el delito. Es fácil suponer la trascendencia que tiene un reconocimiento de esta naturaleza.

En el pasado —un pretérito distante— se sostuvo, de manera prácticamente uniforme, que la confesión era “reina de las pruebas”, es decir, la prueba más eficaz para conocer la verdad sobre la imputación delictuosa y pronunciar sentencia. Dicha afirmación partía del supuesto de que nadie admite ser responsable cuando no lo es; por lo tanto, esa admisión merecía ser vista como un dato concluyente, sin necesidad de recurrir a otros medios de prueba.

En la actualidad ha decaído el valor de la confesión: hoy es vista con recelo. Se le atribuye la eficacia de mero indicio, que debe ser apoyado o corroborado por otros elementos de convicción. El descrédito de la prueba confesional obedece a una serie de consideraciones atendibles. Si bien es cierto que en circunstancias normales nadie acepta la responsabilidad por un delito que no ha cometido, también lo es que hay personas que la asumen, con el propósito de adquirir notoriedad o favorecer a terceros.

Por otra parte —y aquí reside la mayor objeción al carácter de la prueba confesional como “reina de las pruebas”—, en materia penal un buen número de confesiones

—en las que suele apoyarse la consignación y hasta la sentencia del sujeto— han sido obtenidas por medios reprobables; así, la violencia física o moral.

Es obvio que una confesión arrancada con violencia no debe surtir efecto alguno en el proceso, como no sea acarrear la responsabilidad penal del agente que maltrató al inculcado para alcanzar su declaración. Por eso, entre otros aspectos, la fracción II del antiguo apartado A del artículo 20 prohibió las presiones sobre el inculcado, que lo inducen a admitir su responsabilidad, con verdad o sin ella. Vale señalar en este momento, a reserva de lo que posteriormente comentemos a propósito de la prueba en el actual procedimiento penal, que la confesión ha desaparecido formalmente del catálogo de los medios de prueba, aunque subsiste —materialmente— bajo la figura de la admisión de responsabilidad en el procedimiento abreviado.

Hubo un tiempo en que el tormento formó parte de los métodos admitidos por los tribunales para la investigación de los crímenes. Al rescatarse la dignidad del hombre, la tortura quedó radicalmente proscrita. Empero, la utilizan —en muchos países— las autoridades incompetentes y deshonestas, que traicionan y deshonoran su investidura. México ha dictado normas para la prevención y represión de la tortura, y se ha adherido a los convenios internacionales —mundial y americano— que luchan contra esta práctica abominable. Sin embargo, las comisiones nacional y estatales de derechos humanos han señalado la existencia de numerosos casos de violencia o tratos crueles, inhumanos o degradantes en agravio de imputados.

Para ahuyentar la tortura y encauzar las investigaciones por caminos admisibles —en que domine la buena técnica indagatoria— la última parte de la citada fracción II, que tuvo su fuente en avances de la legislación secundaria, determinó que “la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio”. La Constitución estableció la admisibilidad y eficacia de la confesión estrictamente judicial.

Tengamos en cuenta, por último, que la expresión en el sentido de que el inculcado “no podrá ser obligado a declarar”, no distingue entre los diversos sentidos que puede tener su declaración: adversa o favorable. En suma, así se reconoce con acierto el llamado “derecho al silencio”.

La fracción V del apartado A, conforme al texto anterior del artículo constitucional que comento, ordenó recibir al inculcado “los testigos y demás pruebas que ofrezca”. Para que fuese eficaz la promoción probatoria de aquél, se dispuso concederle “el tiempo que la ley estime necesario al efecto”, y auxiliarle para “obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

Esta fracción se refirió destacadamente a la prueba testimonial, pero también mencionó las “demás pruebas” que el acusado ofreciera, concepto en el que caben todos los medios conducentes a formar la convicción del juez. El régimen procesal penal mexicano consagra una amplísima posibilidad probatoria.

En efecto, abre la puerta para la recepción de cualesquiera pruebas pertinentes, es decir, relativas a la materia que constituye el tema del proceso. En términos generales, cabe decir que la facultad probatoria de las partes sólo se detiene cuando se

trata de medios reprobados por la ley o la moral, o de probanzas inconducentes, frívolas e inútiles.

Es importante que la prueba sea legalmente admisible, y que haya sido obtenida por medios legítimos. No sucede tal cosa, por ejemplo, cuando el testimonio o la confesión son arrancados por la fuerza. Como se ve, en el procedimiento penal propio de una sociedad democrática, cuidadoso de la dignidad del hombre —así se trate de un individuo inculcado de los crímenes más graves—, el fin no justifica los medios: la obtención de la verdad, fin plausible, no legitima el empleo de procedimientos ilícitos. Es posible sostener la vigencia de una regla de signo contrario: los medios justifican el fin, esto es, la legitimidad de los medios utilizados para alcanzar la verdad permite que ingrese en el proceso, con plena eficacia, el resultado de la actividad probatoria.

Los testigos son personas que han tenido conocimiento de los hechos controvertidos por medio de los sentidos, y que en tal virtud pueden aportar al Ministerio Público —en la investigación— o al tribunal —en el proceso— elementos de convicción. Se denomina testimonio a la declaración que rinde el testigo. Corresponde a la autoridad valorar el dicho de los testigos, según la credibilidad que sea razonable asignarles.

En realidad, la autoridad debe ponderar el valor de todas las probanzas, expresando los motivos que tenga para atribuirles o restarles eficacia. Esto sucede en el sistema de valoración de pruebas llamado de “sana crítica” o “convicción razonada”, acogido por la regulación procesal en vigor.

La fracción IV del anterior apartado A, que fue modificada por la reforma de 2000, recogió un aspecto de la prueba testimonial. En efecto, dispuso que el inculcado, “cuando así lo solicite, será careado en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo”. En la reforma de 2000 se moderó o restringió esta garantía del inculcado en función de una nueva garantía de la víctima o el ofendido, cuando fuesen menores de edad. En efecto, la fracción V del apartado B señaló que éstos no estarían obligados a carearse con el inculcado cuando el proceso se siguiese por delitos de violación o secuestro. En tales casos, “se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley”.

Es obvio que el Constituyente Permanente ha querido preservar a los menores de edad de la ingrata experiencia que significa el careo con quienes —probablemente— incurrieron en violación o secuestro del menor. Sin embargo, la exclusión lisa y llana del careo plantea algunos inconvenientes que pueden perjudicar el hallazgo de la verdad y, por lo tanto, la buena marcha del juicio. Además, la violación y el secuestro no son las únicas hipótesis de las que pudiera derivar una intensa presión psicológica sobre el ofendido. La reforma de 2008 ha modificado esta regla a fin de proveer medidas de protección al declarante en mayor número de supuestos, sin aludir al careo.

La fracción VII del antiguo apartado A, que informa la disposición actual, dispuso que “le serán facilitados (al acusado) todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. En este punto conviene recordar que a lo largo del procedimiento se realizan diligencias que podrán constar en un expediente, al que hoy día se denomina “carpeta”, pero el proceso mismo se halla regido por el principio de oralidad, al que adelante me referiré. El nuevo régimen procesal aportado por la reforma de 2008

alude a registros del proceso. Implica un giro importante —que la legislación secundaria acoge— en favor de la oralidad procesal. Con ello decaen las reglas sobre escritura que gobernaron la integración del expediente.

Las normas sobre prueba contenidas en el artículo 20 tienen conexiones con otros preceptos constitucionales. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 16, particularmente en virtud de la reforma incorporada en 1996, que alude a la intervención de comunicaciones privadas, concepto muy amplio que parece abarcar —pero no lo hace— las comunicaciones epistolares. Se trata de una reforma discutible, que pudo evitarse —o resolverse diversamente— mediante una recta interpretación del propio artículo 16, acerca de los actos de molestia a particulares y los requisitos y condiciones para la práctica de cateos. De hecho, la jurisprudencia había iniciado una interpretación adecuada que no pasó al proceso de reforma.

Me referiré en seguida al defensor. La fracción IX del anterior apartado A —cuya norma fue recogida en la reforma del año 2008— se refiere a la defensa, así como al derecho que tiene el inculpado “desde el inicio de su proceso (a ser) informado de los derechos que en su favor contiene esta Constitución”. Así, se trata de facilitar la defensa del inculpado. Tras la reforma de 1993, la citada fracción IX estableció el “derecho a una defensa adecuada”, criterio que guiará la calificación de la defensa para establecer que el proceso se ha desarrollado debidamente o si existe causa para anular actuaciones, en virtud de que el inculpado no contó con la “defensa adecuada”, que la Constitución estipula. El artículo 17 constitucional contiene una expresión de mayor alcance, aplicable a cualesquiera procesos, no sólo a los penales: defensa de calidad.

La defensa, sigue diciendo el precepto que estamos invocando, se ejercerá “por sí [es decir, por el propio inculpado], por abogado o por persona de su confianza”. He ahí, según la interpretación común, el principio de libre defensa: en esa etapa de la evolución del texto supremo, la Constitución no exigió que el defensor fuese siempre un perito en derecho, es decir, un abogado; bastaba con que lo designase el procesado a título de persona confiable. Ningún ordenamiento —ni siquiera la ley llamada de profesiones, reglamentaria del artículo 5º constitucional— podía reducir el alcance de esta potestad que la Norma Suprema confiere. La fórmula comentada cambió en 2008, como adelante veremos.

Para mejorar la suerte del inculpado —que en rigor quedaba comprometida al designar a un lego en derecho—, el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales previno que cuando el defensor designado no fuese jurista, el juzgador podría nombrar a un defensor de oficio —abogado, pues— para que asesorase a aquél.

Hay ramas del enjuiciamiento en que las partes privadas pueden contar con representante o asesor legal —abogado— o carecer de él. La sociedad no se preocupa mayormente por la buena asistencia jurídica del litigante, cuyos intereses parecen carecer de relevancia social. Otra cosa ocurre en la rama penal: aquí tiene gran importancia el auxilio jurídico al inculpado.

En materia penal, la asistencia jurídica competente y bien calificada importa sobremedida a la comunidad, y por ello la Constitución exige la defensa “adecuada”, y no cualquier defensa, y contempla la designación de un defensor oficial, cuando el reo

carece de recursos para allegarse un letrado particular o se abstiene de nombrar defensor, pudiendo hacerlo. En algunos sistemas extranjeros el menesteroso cuenta con defensor oficial gratuito merced al “beneficio de pobreza”. En el derecho mexicano este asunto no se relaciona con la capacidad económica del inculcado, que siempre debe contar con defensor. Si no lo tiene, el procedimiento estará viciado de nulidad.

Constó lo anterior en la fracción IX del apartado A —anterior a la reforma de 2008— del artículo 20. Distinguió entre el supuesto en que el reo no cuenta con defensor particular, y la hipótesis en que se rehúsa a designarlo. Para ello, el precepto determinó: “si [el inculcado] no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio”. Todo esto conduce a una institución pública indispensable: la defensoría de oficio o pública. A esta dependencia se hallan adscritos los abogados que asistirán a los acusados carentes de defensor. Esas defensorías cumplen también funciones de asistencia jurídica en otros ámbitos del enjuiciamiento.

¿Cuándo puede intervenir el defensor en el procedimiento penal? La antigua fracción IX puntualizó la respuesta: “desde el inicio del proceso”, y luego el penúltimo párrafo del apartado A del artículo 20, agregado en 1993, abrió la posibilidad de que el indiciado en una averiguación previa contase también, desde el principio de ésta, con un defensor que lo asistiera. A partir de 1981, y desde luego de las notables normas procesales de 1983, la ley secundaria amplió el derecho del inculcado a contar con defensor.

Efectivamente, quedó establecido que el imputado podía designar defensor desde el momento en que fuese detenido —no, por fuerza, aprehendido en virtud de mandamiento del juez— y, en tal caso, el defensor asumiría inmediatamente su función y actuaría en la averiguación previa. Esta extensión del derecho de defensa mejoró apreciablemente la situación del inculcado y benefició a la procuración de justicia. Sobre ella se haría, años después, la adición del artículo 20 en lo que respecta a la defensa del indiciado.

En su versión anterior, modificada en 2008, la fracción III del apartado A del artículo 20 ordenaba una diligencia crucial en el procedimiento, llamada “declaración preparatoria”. Antes de que ésta ocurriese, ya había podido declarar el inculcado —así, en la averiguación previa ante el Ministerio Público: “declaración indagatoria”—, pero sólo en la preparatoria comparecía ante el juez que conocía de la imputación.

Esta diligencia era, básicamente, una oportunidad para la defensa del inculcado. En ella se le haría saber “en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo”.

En la declaración preparatoria rigió el principio de publicidad, garantía constitucional del debido proceso. Igualmente, se ordenó la práctica de esta diligencia dentro de un plazo que no admitía prórroga ni en la Constitución ni en la ley secundaria: 48 horas. Si se desatendía el plazo se incurría en un vicio procesal que determinaría la nulidad del procedimiento.

El proceso penal avanza a través de una serie de actos indispensables. Así, se llega a la etapa denominada de juicio: ésta es el corazón del proceso. La legislación anterior dispuso que en aquélla ella el juzgador conocería las conclusiones de las partes, apreciaría las pruebas y dictaría sentencia. En su texto previo a la reforma de 2008, la Constitución recogió esa etapa procesal entre las garantías del acusado.

De ello se ocupaba la fracción VI del apartado A del artículo 20. Sostuvo, en su primera parte, que el acusado “será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión”.

Véase que la audiencia ha sido una garantía constitucional, acto necesario para el debido proceso legal. A ella se aplicaba —como a la declaración preparatoria— el principio liberal de la publicidad, método de control popular sobre la marcha de la justicia, que no se sustrae a la opinión pública.

Por otro lado, la fracción que comento estableció una disyuntiva en cuanto al órgano que detentaba la jurisdicción penal. Indicó que el reo sería juzgado por un juez profesional o por un jurado popular. Aquél es un titular profesional y permanente de la función jurisdiccional. En cambio, el jurado se integra con ciudadanos que no administran justicia en forma permanente y con preparación profesional: intervienen en un solo caso, seleccionados mediante sorteo, y se pronuncian en los términos que dicta su conciencia. Hecho esto, el juez profesional establece la pena aplicable al delito considerado en el veredicto.

Históricamente, el jurado fue una institución democrática que extrajo la justicia de las manos del monarca. En su momento, constituyó una poderosa garantía para el ciudadano. Estuvo ligado a los grandes progresos políticos y penales en los siglos XVIII y XIX. Declinó cuando el avance de la ciencia llevó al proceso penal consideraciones criminológicas y jurídicas ajenas a las posibilidades del jurado, sensible a la retórica forense y proclive al sentimiento.

En México, el jurado se retrajo a partir de 1929, año en que salió del proceso penal ordinario: sólo subsistió, según las normas constitucionales anteriores, en el ámbito de la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos y de los delitos de prensa contra la seguridad de la nación. En 1982 se promovió la sustitución del título cuarto de la Ley Suprema, a propósito de la responsabilidad de los servidores públicos. Entonces fue suprimido el jurado en este campo.

La fracción VIII del apartado A —seguido en la reforma de 2008— estableció que el acusado “será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”. Aquí se alza una garantía constitucional sobre el plazo para la conclusión de los procesos penales, cuya duración excesiva atenta contra la debida impartición de justicia, especialmente cuando el procesado permanece en prisión preventiva. Un viejo aforismo reza: justicia retardada es justicia denegada.

Es importante el criterio de nuestros tribunales federales —intérpretes de la Constitución— acerca de esa fracción VIII. ¿Qué se quiso decir con los términos “será

juzgado...”? La Suprema Corte de Justicia entendió que el plazo aludía al tiempo que corre entre el auto de formal prisión —que no existe en la normativa actual— y la sentencia de primera instancia. Ese auto, una resolución básica en el enjuiciamiento, se pronuncia dentro de las 72 horas contadas a partir de que el inculcado queda a disposición del juez que habrá que juzgarlo (artículo 19). La sentencia de primera instancia es la resolución de ese mismo juez, que determina la existencia del delito y la responsabilidad —o irresponsabilidad— penal del inculcado.

Ahora bien, no siempre concluye el proceso penal con dicha sentencia: es posible que el inculcado o el Ministerio Público, inconformes con ello, apelen ante el Tribunal Superior y se abra una segunda instancia. Todavía cabe la posibilidad de que el inculcado, agraviado por la resolución final de la segunda instancia, la impugne por medio del juicio de amparo. Estos procedimientos —segunda instancia y amparo— quedan fuera del plazo previsto por la mencionada fracción VIII del artículo 20.

Por otra parte, también es posible que el inculcado y su defensor necesiten más tiempo para reunir pruebas que beneficien a aquél, esto es, para ejercer plenamente la defensa. Y la fracción V dispuso, como antes manifesté, que se recibieran al acusado las pruebas que ofreciera, “concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto”.

La Suprema Corte también se pronunció sobre el conflicto que puede presentarse entre la garantía de defensa del acusado y la garantía de plazo para la terminación del proceso. Si tal ocurre, prevalecerá la garantía de defensa que tiene superior jerarquía. En efecto, interesa más al acusado que se le permita la aportación de pruebas conducentes a establecer su inocencia, que la conclusión puntual del juicio. Este criterio de la Suprema Corte se incorporó a la Constitución en las reformas de 1993, como consta en la parte final de la fracción VIII, que arriba se transcribió. El mismo criterio se mantiene bajo la reforma de 2008.

En esta revisión histórica —que constituye la primera parte de mi comentario al artículo 20 de la Ley Suprema— me referiré a continuación a las medidas precautorias específicamente incluidas en el artículo 20 de la Constitución, en los términos del texto existente antes de la reforma de 2008, las cuales se localizaron en las fracciones I, II y X. Conviene advertir que las medidas cautelares o precautorias sirven al propósito de salvaguardar la materia del proceso o asegurar a las personas y las cosas relacionadas con éste para hacer posible, en su hora, la emisión y el cumplimiento de la sentencia. No implican la decisión del litigio; siempre queda a salvo la resolución final, que confirmará o modificará el sentido de la medida precautoria. Por ejemplo, el juez puede disponer el embargo de un objeto o la detención de una persona, todo ello con carácter provisional, hasta que llegue la hora de dictar sentencia.

Las medidas precautorias pueden recaer sobre personas o cosas. Esto ocurre en diversas ramas del derecho, y desde luego en el ámbito penal. Aquí son más intensas, frecuentes e importantes las medidas sobre las personas: generalmente se relacionan con la libertad, sea que priven de ella (detención, prisión preventiva), sea que sólo la restrinjan (arraigo).

La Constitución no regula específicamente todas las medidas de este género, sólo se refiere a las más importantes. Así, el artículo 11, acerca de la libertad de tránsito,

previene que el ejercicio de tal derecho se subordina a las facultades judiciales en los casos de responsabilidad penal o civil.

El anterior artículo 16 abordó la detención del presunto responsable de un delito hasta que el Ministerio Público dispusiera su consignación o libertad, según correspondiera, o fuese presentado ante el juez que dictó la orden de aprehensión. El artículo 18 —a cuyo comentario me remito— rige en materia de prisión preventiva. Y el antiguo apartado A del artículo 20 se refirió a incomunicación (fracción II), prisión preventiva (fracción X) y libertad provisional (fracción I).

Una severa y justificada crítica se alza en contra de las medidas que restringen o suprimen la libertad del inculcado. En efecto, es injusto “castigar para saber si se debe castigar”, como dijo un clásico; lo es anticipar una pena, así como privar de un bien valioso a un individuo cuya responsabilidad penal permanece incierta. Empero, hasta ahora no ha sido posible prescindir de la detención del inculcado por graves delitos. Con ello se pretende asegurar la investigación y la presencia del sujeto en el proceso y garantizar la eficacia de la sentencia. Esto abarca la detención, en estricto sentido (artículo 16) y la prisión preventiva (artículos 18, 19 y 20), que no debieran extenderse a supuestos diferentes de los aceptados —o tolerados— por el desarrollo de la normativa constitucional y por el Derecho internacional de los derechos humanos.

Desde hace tiempo se ha previsto y utilizado la incomunicación como medio para acentuar la detención del inculcado y favorecer la investigación del delito. No me refiero, por supuesto, a detenciones ilegítimas y abusivas, que pueden constituir, inclusive, desaparición forzada, sino sólo a medidas de este género autorizadas y reguladas por la ley. Ahora bien, en nuestro país está absolutamente prohibida la incomunicación, por expreso mandato del artículo 20 constitucional. Originalmente, esta norma se refirió a la incomunicación con la que se compelia al acusado para que declarase en su contra. Empero, la interpretación uniforme de esa fracción rechazó cualquier incomunicación, independientemente del propósito que se persiguiese con ella en el procedimiento penal.

Dije que el precepto fundamental sobre la prisión preventiva es el artículo 18 de la Ley Suprema. Éste indica cuándo es posible, legalmente, imponer prisión preventiva. A su turno, el artículo 20 estatuyó dos limitaciones a esta medida y una regla sobre el cómputo de la prisión preventiva para la ejecución de la pena privativa de la libertad (tercer párrafo). En efecto, la norma previno que “en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo”.

Suele sintetizarse tal disposición diciendo que “no hay prisión por deudas”. De este modo se ha cerrado la puerta a una costumbre antigua y opresiva: la reclusión de los deudores, es decir, no de los responsables de un delito, sino de quienes asumieron una obligación puramente civil que no han podido o querido cumplir. Hoy parece normal que los deberes civiles se exijan por la vía civil. No siempre fue así.

Aun cuando no se trate precisamente de prisión preventiva, sino de pena impuesta por sentencia judicial, vale recordar que hasta 1993 se aplicaba prisión al delincente que no cubría la reparación del daño al ofendido por el delito. Esta situación varió con la profunda reforma penal de ese año.

El propio artículo 20 ha señalado que “tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso”. La razón de dicha norma parece evidente: en ningún caso podrá el juzgador imponer al delincuente una pena superior al límite máximo dispuesto por la ley penal. Sería impertinente, por desproporcionado, que la prisión preventiva se prolongase por más tiempo del estipulado como límite de la pena. De lo contrario podría suceder, con flagrante menoscabo de la justicia, que un sentenciado a tres años de prisión, por ejemplo, hubiera permanecido en la cárcel preventiva por más de tres años. Como *infra* veremos cómo la reforma de 2008 aportó novedades importantes en lo que respecta a la duración de la prisión preventiva.

Finalmente, el artículo 20 ordenaba y ordena: “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”. Con ello se reconoce, indirectamente, que la prisión preventiva (medida cautelar) y la prisión punitiva (pena) son, en esencia, idénticas. Más allá de cualquier tecnicismo procesal o ejecutivo, ambas aparejan pérdida de la libertad. Así las entiende y padece el preso. Por ello es necesario —justo y realista— que la preventiva se absorba en la pena impuesta.

Hoy parece obvio que el tiempo de prisión preventiva debe tomarse en cuenta para el cómputo general de la prisión; si la reclusión preventiva duró un año y la sentencia dispuso prisión de tres, el condenado sólo deberá permanecer dos años más en prisión. Ahora bien, las cuentas fueron diferentes en nuestro derecho histórico. Así, por ejemplo, el Código Penal de 1871 dejó el abono de la prisión preventiva al arbitrio del juez. Además, lo sujetó a la inculpabilidad del reo o de sus defensores en la demora del juicio y a la buena conducta de aquél durante el proceso.

El mal de la prisión preventiva se remedia por dos vías: la proscripción de esta medida cautelar, ensanchando la hipótesis en que no cabe la reclusión, y la libertad provisional. De la libertad bajo caución se ocupó la fracción I del artículo 20, reformada varias veces desde 1917. La primera en 1947-1948; la segunda en 1984-1985; la tercera en 1993, y la cuarta en 1996.

Originalmente, la fracción I garantizaba al acusado el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución cuando no excedía de cinco años del límite máximo de la pena aplicable al delito por el que se seguía el proceso. La caución no podía exceder de 10,000 pesos.

El presidente Miguel Alemán presentó a la Cámara de Senadores —primera etapa en el examen por el Constituyente Permanente— una iniciativa de reforma constitucional el 11 de noviembre de 1947. La enmienda, aprobada por el Constituyente, modificó la Ley Suprema en los siguientes términos: *a*) procedería la libertad cuando la sanción aplicable al delito no excediera, en su medida aritmética, de cinco años de prisión, y *b*) la garantía no sería superior a 250,000 pesos, pero cuando se tratase de un delito del que resultara un beneficio económico para el autor o un daño patrimonial para la víctima, la garantía sería tres veces mayor, cuando menos, del beneficio o del daño causado.

La experiencia puso de manifiesto las deficiencias del texto constitucional y las inequidades que su aplicación consumaba; no problemas teóricos o doctrinales, sim-

plemente, sino graves cuestiones prácticas. Por ello, el presidente Miguel de la Madrid promovió una nueva reforma, el 3 de diciembre de 1984. En esencia, se trataba de ganar en el equilibrio que debe existir entre el derecho individual del inculcado a su libertad provisional, y la necesidad de garantizar la seguridad pública en bien de la víctima y de la sociedad, que no deben ser ignoradas por la norma constitucional.

De esta iniciativa presidencial, modificada en varios puntos por la Cámara de Senadores, provino el texto de la fracción I que tuvo vigencia hasta 1993. En aquél:

- a) Se tomó en cuenta “el delito efectivamente cometido”, según resulte de las constancias del procedimiento —dijo la exposición de motivos del proyecto— y no sólo el llamado tipo básico o fundamental. En efecto, la concurrencia de modalidades, en su caso, configura el tipo penal al que realmente corresponde la conducta ilícita atribuida al sujeto;
- b) La caución quedó establecida en múltiplos de salario mínimo —regla de medición que tiende a desaparecer—, y no en cantidades absolutas en pesos, criterio, este último, generalmente desechado por la legislación más reciente;
- c) Se permitió la duplicación de la garantía patrimonial —caución agravada o reforzada— cuando ello se justificase por las circunstancias del caso, lo cual no implicaba injusticia para el inculcado, “pues la reforma que se pretende —dijo la misma exposición de motivos— sólo señala el máximo de la caución, no el mínimo de ésta; consecuentemente, el juzgador puede y debe actuar con equidad en la fijación de la garantía, conciliando intereses particulares y sociales”, y
- d) Se tomaron en cuenta equitativamente, para determinar el monto de la caución cuando se tratase de delitos con ciertas consecuencias patrimoniales, las formas de culpabilidad reconocidas entonces por el Código Penal, a partir de la reforma de 1983: dolo, culpa y preterintención.

Como dije, en 1993 fue nuevamente reformada la fracción I del artículo 20. Mediante esta reforma se estableció el derecho del inculcado a obtener su libertad bajo caución “siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder dicho beneficio”. En tal virtud:

- a) La libertad procedía con independencia de la sanción aplicable al delito, a no ser que se tratase de los llamados “delitos graves”, que la ley secundaria precisó —como se desprende de las normas transitorias del decreto de reforma constitucional—, en cuyo caso el juez carecía de atribuciones para conceder la excarcelación provisional; así, el juez se limitaba a otorgar o negar la libertad al sujeto, y
- b) Para fijar al monto de la caución, el juzgador sólo tomaría en cuenta —además de los elementos que en el siguiente párrafo mencionaré— el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias —esto es, la multa— que pudieran imponerse al imputado.

Por ende, para establecer la garantía no estaba constitucionalmente obligado a considerar otros datos, que fueron relevantes en los términos del texto suprimido en

1993, como las circunstancias personales del inculpaado y la gravedad del delito que se impute a éste; ni se hizo referencia a otros factores que pudieran influir en la caución, como el riesgo mayor o menor de que el sujeto pudiera sustraerse a la acción de la justicia; ni había de tomar en cuenta el perjuicio causado a la víctima —concepto diferente al daño—; ni existía un monto máximo de caución, que no pudiese rebasar el juzgador, ni entraban en juego apreciaciones derivadas del grado de culpabilidad del probable infractor: dolo o culpa.

El segundo párrafo de la fracción I, en los términos de la reforma de 1993, señaló que el monto y la forma de caución “deberán ser asequibles para el inculpaado”. Empero, “en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial”. Esta prevención fue incorporada en la Ley Suprema para favorecer la excarcelación de personas con escasos recursos económicos. Nótese que el precepto sólo se refirió a la disminución del monto de la “caución inicial”, es decir, la establecida en primer término; no se aludió a los montos fijados en actos posteriores, a la luz de nuevas estimaciones sobre el daño causado y la multa aplicable.

El tercer párrafo de la fracción I incorporó, en 1993, la revocabilidad de la libertad provisional bajo caución, que no consideraba la redacción anterior, “cuando el procesado incumpla en forma grave cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso”. Como se ve, la Constitución no sustentó la revocabilidad en cualesquiera incumplimientos, sino sólo en los de carácter “grave”, y para este fin se refirió únicamente —a título de garantía del inculpaado— a los derechos que éste tenga “en razón del proceso” que se le sigue, no a otro género de obligaciones.

La reforma de 1993 incurrió en errores manifiestos. Era necesario repararlos a través de otra reforma constitucional, que además pusiera al día la materia e incorporara nuevos rumbos en el progreso de la libertad provisional. Esta función correspondió a la reforma de 1996. El 18 de marzo de ese año 1996 fueron prestadas a la Cámara de Senadores dos iniciativas de reforma constitucional. Una de ellas, muy controvertible y controvertida, se relacionó explícitamente con el problema de la delincuencia organizada, y abarcó los artículos 16, 21, 22 y 73; la otra se contrajo a la libertad provisional bajo caución, regulada en el artículo 20. Ambas iniciativas fueron objeto de un solo dictamen, del 1 de abril del mismo año. El decreto de reforma constitucional está fechado el 2 de julio de 1996 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 del mismo mes.

La reforma de 1996 en materia de libertad provisional indicó el camino para conferir al juez el control sobre la medida precautoria, no sólo en lo que concierne a la fijación de la garantía, sino también en lo que atañe a la decisión sobre la conveniencia o inconveniencia de otorgar la excarcelación.

De tal suerte comenzó el abandono constitucional de lo que he denominado “sistema de perjuicio legal” (en el sentido de que la ley “prejujga” sobre la pertinencia de la libertad), en aras de un razonado y responsable arbitrio —no capricho— judicial. Sólo se conserva un espacio para ese sistema de perjuicio legal: el ámbito de los delitos graves. En estos casos, el tribunal debe negar la libertad.

Fue por lo menos controvertible el argumento adverso que algunos analistas elevaron en el sentido de que se habían otorgado poderes excesivos al juzgador. Los mayores poderes del juzgador, que no podrían serle negados, están mucho más allá de la libertad provisional: residen en su capacidad para resolver sobre la existencia de un delito, en torno a la responsabilidad de cierta persona y acerca de la imposición de una sanción determinada, que puede significar, en el extremo máximo, privación de la libertad por 40 o 50 años. La magnitud de esta potestad —característica del juzgador— eclipsa a la facultad de acordar o negar una libertad provisional.

Así las cosas, el tribunal, que no podría conceder la libertad al inculcado por delito grave (“prejuicio legal”), puede otorgarla o negarla al presunto reo de cualquier otro delito (“arbitrio judicial”). De tal modo se planteó lo que algunos consideraron una solución razonable y conveniente, por equilibrada, entre los enfrentados intereses del inculcado, la víctima y la sociedad. La negativa debía ser solicitada por el Ministerio Público, en desempeño de su representación social. Por supuesto, no vincula al juzgador, sino pone en movimiento la posibilidad de que éste niegue, motivadamente, la excarcelación del inculcado. Era posible negar la libertad provisional en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando “el inculcado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley”, de donde se desprende que basta la reiteración delictuosa, aunque no existiese, técnicamente, reincidencia, y
- b) Cuando “el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”.

En este supuesto, la conducta precedente no es sinónimo de reiteración delictuosa o reincidencia; puede tratarse de un comportamiento negativo de otro carácter objetivamente comprobable. Existió una referencia común de notable importancia, que constituía el eje de la excarcelación: el riesgo, sea para el ofendido, sea para la sociedad, sea para ambos. El riesgo constituye, pues, uno de los conceptos esenciales de la reforma. No se confunde con el daño causado por el delito, sino que implica la probabilidad de que se consume un nuevo daño; una posibilidad real y presente, que se considere imposible o improbable evitar dentro de las condiciones normales de la vida social. Por supuesto, esta solución es discutible.

Cabe preguntarse por la posibilidad de que la ley secundaria mejore la garantía constitucional del inculcado. En principio, parece factible. Ya hemos visto que el catálogo constitucional contiene el mínimo, no el máximo de los derechos públicos subjetivos. Sin embargo, también pareció necesario considerar, a la luz de la letra y el espíritu de la reforma de 1996, que esta norma contiene derechos o garantías del ofendido (y la sociedad). ¿Se podría ensanchar el derecho del imputado a costa del derecho de la víctima?

La reforma de 1993 ignoró ciertos datos para fijar la naturaleza y cuantía de la caución: datos relacionados con el delito cometido y con el responsable (probable) de

éste. Se limitó a requerir que la garantía fuese suficiente para la reparación del daño (no del perjuicio, como quiso la reforma de 1984) y de las “sanciones pecuniarias”, que pudieran imponerse al agente (aunque en realidad debió hablarse, en singular, de la multa, puesto que ya se había aludido a la reparación del daño).

La insuficiencia del texto constitucional fue “reparada” por la ley secundaria, que estableció una garantía conectada al incumplimiento de los deberes procesales del inculpado, garantía que resultó inconstitucional, porque fijaba al reo gravámenes por encima de los exigidos por la Ley Suprema. Esta regulación fue modificada por la reforma de 1996, que ordenó considerar, para la fijación de la garantía patrimonial:

- a) La “naturaleza, modalidades y circunstancias del delito”;
- b) Las “características del inculpado y la posibilidad del cumplimiento de la obligaciones a su cargo”, y
- c) Los daños y perjuicios causados al ofendido (como se previno en 1984). También se dijo que la autoridad judicial podría modificar el monto de la caución, en los términos que estipulase la ley (no sólo el monto de la “caución inicial”, como sostuvo la reforma de 1993).

Además de la libertad bajo caución, en nuestro procedimiento penal ha existido la libertad provisional bajo protesta —es decir, bajo palabra—, que no apareja la entrega de una garantía patrimonial. Esta segunda forma de libertad provisional no apareció en la Constitución. Fue obra del legislador secundario, que de este modo amplió —con acierto y fundamento— el derecho del inculpado a la excarcelación mientras se tramitaba el proceso. Una reforma de 1993 a los ordenamientos procesales secundarios instaló en ellos una libertad provisional exenta de garantía: ni patrimonial ni protestatoria. En algún caso esta liberación mejoró las condiciones de la libertad bajo protesta.

La reforma de 1993 aportó dos nuevos párrafos finales al texto que entonces contenía el artículo 20. Uno de ellos, el último, que no examino ahora, se refirió a la víctima y al ofendido. En el antepenúltimo se recogió la clara y progresista tendencia, ya marcada por la ley procesal secundaria, a la aplicación de las garantías del inculpado a la etapa de averiguación previa ante el Ministerio Público, y no sólo al periodo del proceso, ante el juzgador. Se dijo que lo previsto en las fracciones V, VII y IX se aplicaría “durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”.

En cambio, bajo la reforma de 1993 se manifestó que “lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna”. Esta rara expresión planteaba un verdadero desafío para el intérprete —especialmente la jurisprudencia— en la tarea de precisar qué fue lo que se quiso decir en esta última parte del precepto. ¿Ninguna condición? En consecuencia, ¿podía concederse la libertad incluso en el supuesto de delitos graves? ¿No era preciso otorgar una garantía patrimonial? ¿Habría libertad provisional bajo caución... sin caución?

El galimatías fue superado por la reforma de 1996, cuando aclaró —abriendo el camino hacia el régimen de 2008— que “las garantías previstas en las fracciones I, V,

VI y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”.

Como antes señalé, el que fuera último párrafo del artículo 20, concerniente al sujeto pasivo de la conducta ilícita, fue sustituido por un nuevo apartado B, que se refirió a las garantías de la víctima o el ofendido en todo proceso penal, y que sería el antecedente del actual apartado C.

Desde luego, es plausible la tendencia a rescatar al ofendido de la marginación o el olvido en que había caído. Desde las reformas procesales de 1983 se inició una profunda reconsideración del ofendido, con el propósito de mejorar su situación jurídica y afianzar su participación en el procedimiento principalmente para obtener la satisfacción de los daños y prejuicios que le causó el delito.

Ahora bien, no parece razonable aludir en bloque a una garantía “de la víctima o del ofendido”. Se trata de conceptos diferentes, que no deben ser confundidos, y que nuevamente confunde la reforma de 2008. En el procedimiento anterior comparecía el ofendido —o bien, sus derechohabientes—, que es el titular del bien jurídico protegido por la legislación penal, y que ha sido lesionado o puesto en peligro por el delito perpetrado.

El concepto de víctima, más criminológico que jurídico, se proyecta sobre otros muchos personajes en torno al hecho punible, que resisten las consecuencias de éste y no necesariamente intervienen en el procedimiento. Por último, vale la pena tomar en cuenta que algunas garantías recogidas en esta porción del precepto constitucional —singularmente las relacionadas con atención médica y psicológica— se pueden actualizar fuera del procedimiento penal.

La fracción I del apartado B estableció diversos derechos procesales del ofendido, que se asemejan a otras tantas garantías del inculpado. Destacó la posibilidad, mantenida por la normativa actual, de que aquél recibiese asesoría jurídica. Algunos ordenamientos secundarios, receptores del anterior mandamiento constitucional, entendieron que esta asesoría deba quedar a cargo de un órgano de servicio instituido por el Estado.

No se trataría, pues, de la tradicional orientación por parte del Ministerio Público, sino de una auténtica defensa de los intereses y de los derechos del ofendido, contrapartida de la defensa a la que accede el inculpado. Podría organizarse este sistema bajo principios de competencia profesional, gratuidad, oportunidad y plenitud. Obviamente, el servicio debiera hallarse en manos de quienes verdaderamente puedan brindar asesoría jurídica, es decir, de abogados conocedores del procedimiento penal.

En el antiguo apartado B, la fracción II se refirió a la coadyuvancia del ofendido con el Ministerio Público, que se desplegaba en diversas actuaciones. La reparación del daño fue el tema de la fracción IV de aquel apartado y constituye, por cierto, un asunto mayor del procedimiento penal. Erróneamente se restringió esta reparación sólo al daño causado y no a los perjuicios correspondientes causados. Fue plausible que se obligase al Ministerio Público a solicitar la reparación del daño, y al juzgador a resolver el punto cuando emitiera sentencia de condena a propósito del delito y la responsabilidad del inculpado.

También fue acertado que se ordenase la fijación de procedimientos ágiles —debió decirse expeditos o sencillos— para ejecutar las condenas a la reparación del daño. Mejor hubiera sido, desde luego, reconocer la posibilidad de que el ofendido interviniera como actor principal para el resarcimiento, haciendo de lado la objetable idea de que la reparación del daño es pena pública y su exigencia concierne, por ello, al Ministerio Público. En ese nuevo rumbo avanzaron, en su hora, las leyes penales y procesales de Morelos y Tabasco.

Hubo otras dos garantías importantes en este mismo apartado. Una de ellas, recogida en la fracción III, otorgó al ofendido o a la víctima el derecho a recibir, desde que se cometió el delito, atención médica y psicológica de urgencia. En rigor, se trataba —y se trata— de una aplicación específica del derecho universal a la protección de la salud.

Finalmente, la fracción VI confirió a la víctima o al ofendido la facultad de solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio. La redacción fue poco afortunada. El mandamiento debió dirigirse al legislador secundario, ordenando la emisión de normas que prevean esa seguridad y ese auxilio, que luego podrá exigir el titular del correspondiente derecho subjetivo.

Habiendo dado noticia, con cierto detalle, de los términos anteriores del artículo 20 constitucional, que en amplia medida informaron el procedimiento de esta especialidad hasta el arribo de lo que solemos denominar “nuevo sistema de justicia penal”, paso a referirme, en la segunda parte de mi comentario, a las disposiciones adoptadas por la reforma de 2008. En los comentarios a los artículos 18, 19 y 21 me referí a la amplia reforma constitucional en materia penal de este año, que responde a la necesidad de atender las deficiencias de la justicia penal y el notorio desbordamiento de la criminalidad, que ha generado una profunda crisis en el ámbito de la seguridad pública.

Estos argumentos fueron esgrimidos por los autores de las diversas iniciativas que culminaron en la reforma emprendida en la Cámara de Diputados en 2007, que culminó en 2008 y trajo consigo un extenso proceso de cambios en la legislación secundaria a escala nacional. Para la comprensión de esa reforma es relevante el “dictamen de concentración” —pues concentra y analiza todas las propuestas conducentes al cambio constitucional— elaborado en la Cámara de Diputados el 10 de diciembre de 2007.

La reforma que ahora comento reúne elementos de diverso signo: por una parte, innovaciones plausibles y progresistas (varias de ellas significan énfasis o desarrollo de normas existentes en el texto anterior de la Constitución); por la otra, novedades inquietantes, de signo autoritario, que reducen derechos y garantías y por ello resultan inconsecuentes con la mejor tradición garantista que había incorporado el derecho penal y procesal penal mexicano en las últimas décadas.

Se trata, en fin de cuentas, de una transacción entre corrientes que disputan la orientación del régimen penal: derecho penal democrático y garantismo, en un extremo, y derecho penal regresivo, en el otro. Esta dialéctica es ampliamente conocida en muchos países y campea en el horizonte contemporáneo.

Señalé que el artículo 20 constitucional es un precepto crucial del ordenamiento procesal penal mexicano. En él se alojan normas y figuras que gravitan con fuerza sobre el enjuiciamiento de esta especialidad, profundamente revisado por la reforma

de 2008, que afectó una decena de artículos principales y aportó otros tantos preceptos transitorios. No reiteraré los comentarios a textos que se mantienen sin variación y que fueron examinados en otras páginas y párrafos de este comentario. Me referiré en seguida a las novedades aportadas en 2008 año. El Constituyente Permanente adoptó un nuevo sistema en el despliegue del artículo 20, que ahora consta de tres apartados:

- A. Principios generales;
- B. Derechos “de toda persona imputada”, y
- C. Derechos de la víctima o del ofendido.

Reclasificaré parcialmente estas cuestiones de manera que faciliten el comentario de cada subconjunto y de las partes que lo integran. Así lo he hecho en mi libro *La reforma penal constitucional. 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?* (a partir de la primera edición, Porrúa, México, 2008), del que me valgo como guía de los presentes comentarios.

Por supuesto, es preciso distinguir entre los principios políticos que tienen que ver con las grandes opciones procesales, atentas a los fines y las orientaciones primordiales del sistema penal en su vertiente procesal, y las reglas de carácter técnico que trasladan o traducen esos principios en el desarrollo mismo del enjuiciamiento.

En un primer conjunto de principios del proceso penal conviene analizar algunos aspectos centrales de la regulación constitucional del enjuiciamiento, a saber: sistema acusatorio, oralidad, inmediación, contradicción, publicidad y concentración y continuidad. La primera declaración contenida en el artículo 20 señala: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. Esta referencia se proyecta sobre el proceso penal, en sentido estricto, pero también sobre “las audiencias preliminares al juicio”, según dispone la fracción X del apartado A. Los autores de las iniciativas —y las propias normas constitucionales— han reconocido la relevancia de estos temas, aunque no siempre los han agrupado a título de principios.

Tanto los documentos preparatorios de la reforma como esta misma se afilian al régimen acusatorio, en contraste con el inquisitivo que, según algunos autores de aquella, ha prevalecido en el derecho mexicano. No discutiré ahora estas afirmaciones, que carecen de verdadero fundamento si nos referimos a la regulación constitucional, aunque pudieran merecer atención si aludimos a determinados extremos de la normativa secundaria y a ciertas prácticas inconsecuentes con la letra y el espíritu del texto constitucional adoptado en 1917.

La organización acusatoria del proceso llega de lejos. Hoy día constituye un impulso que domina la reforma procesal en diversos países, entre ellos varios latinoamericanos, de donde ha venido a México, animada también por corrientes que proceden del norte y que procuran ajustar el enjuiciamiento de nuestras repúblicas al que rige, en general, en la Unión Americana. No examinaré las características conceptuales del sistema acusatorio, que implica, esencialmente, la separación entre las funciones de

juzar, acusar y defender, desconcentradas orgánicamente, y que ya se había previsto en la Constitución antes de 2008.

El dictamen del 10 de diciembre de 2007, al que antes me referí, anuncia la intención de “crear las bases para un modelo procesal de corte plenamente acusatorio, disciplinado por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, intermediación e imparcialidad”. El autor del dictamen considera que el principio acusatorio “está ya reconocido por el artículo 21 constitucional” (consideración acertada: pone de manifiesto que el propio Constituyente Permanente reconoce que la Ley Suprema ha consagrado, de tiempo atrás, el régimen acusatorio), y estima que el mismo principio queda recogido en el artículo 18 en lo que concierne al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes.

Los preceptos transitorios del decreto de reformas de 2008 manifiestan en tres ocasiones (artículos tercero, cuarto y quinto) en qué consiste el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Para ello citan artículos y párrafos que es preciso tener en cuenta a la hora de precisar el concepto del Constituyente acerca de este sistema y la disposición sobre su vigencia y aplicación: artículo 16, párrafo segundo: orden de aprehensión; y decimoquinto: jueces de control; 17, párrafos tercero: mecanismos alternativos (aunque esta materia no constituye, *a fortiori*, un rasgo del régimen acusatorio); cuarto: explicación de la sentencia en audiencia pública (que sólo en forma relativa puede suponerse parte del sistema acusatorio), y sexto: defensoría pública de calidad (que extrañamente aparece vinculada al régimen acusatorio, como dato inherente a éste); 19, íntegramente: vinculación a proceso y prisión preventiva (además de prohibición de malos tratos en las prisiones, tema que no necesariamente constituye un capítulo del sistema acusatorio); 20: íntegramente, que abarca: principios generales, derechos de “toda persona imputada” y derechos “de la víctima o del ofendido”; y 21, párrafo séptimo: criterios de oportunidad (régimen que no se halla integrado, por su naturaleza, al sistema acusatorio).

Todos los principios que menciona el párrafo inicial del artículo 20 corresponden al régimen acusatorio en sentido extenso. De ahí que no sería necesario señalarlos explícitamente. Empero, no es desacertado hacerlo, en la medida en que conducen los trabajos del legislador secundario y guían al intérprete y aplicador de la ley. En el movimiento reformador de los últimos años se solía identificar la novedad procesal —así lo han hecho otros países, sobre cuyas huellas marchamos— como “juicio o proceso oral”.

En realidad, la oralidad —emblemática de cierto tipo procesal— es un principio del enjuiciamiento, al lado de otros (pero el dictamen de los diputados revela que “la oralidad propiamente dicha no es un principio procesal”). De ahí que no debió figurar al lado del concepto “acusatorio”, que lo abarca, sino de las restantes expresiones contenidas en la segunda parte del párrafo examinado.

Muchas reformas practicadas en nuestro medio han alzado la bandera de la oralidad, que en general es aceptada en la teoría y desechada en la práctica. Sobre la oralidad hay diversas apreciaciones proyectadas en la reforma procesal mexicana. Una de ellas concentra toda la reforma procesal en aquella expresión, a título de concepto omnicompreensivo y emblemático: juicio oral. Se trata de lograr un impacto mediático por el empleo de una expresión sencilla que atraiga la atención pública.

Bajo otra acepción, juicio oral es un periodo del proceso: etapa culminante en la que se aportan las pruebas y se realiza el debate, que conducen a la sentencia. Finalmente, oralidad corresponde a un principio procesal, opuesto a la escritura, para gobernar la forma en que se practican los actos procesales. El discurso público y el dictamen de los diputados utilizan la expresión en los tres sentidos, pero el sentido propio —principio sobre la forma del proceso— es el que consta en la parte inicial del artículo 20.

Oralidad significa que las actuaciones principales del proceso se realizan en forma verbal (“presupone —señala el dictamen de los diputados— abandonar el sistema o la metodología (*sic*) de formación de un expediente hasta ahora en vigor, para sustituirla por una metodología (*sic*) de audiencias”. Seguramente se quiso aludir al método, “modo de decir o hacer con orden una cosa”, y no a la metodología, “ciencia del método” o “conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal”).

Por supuesto, el hecho de que se opte por la oralidad, como lo hace desde hace tiempo la corriente procesal mayoritaria, no entraña necesariamente abolir las constancias escritas sobre las actuaciones —cuya ausencia militaría contra la justicia— ni prescindir de la escritura en algunos actos del enjuiciamiento. Los analistas del Código Nacional de Procedimientos Penales señalan múltiples apariciones de la escritura en el curso del procedimiento penal, e incluso del proceso penal en sentido riguroso.

En rigor, el principio central del régimen que se pretende establecer es la intermediación: recepción por el propio juzgador de las pruebas y de los alegatos con los que formará su convicción. La intermediación confiere sentido, escenario, oportunidad a la operación de los otros principios acogidos en el párrafo inicial del artículo 20.

Se hallaba prevista —pero no siempre era cumplida— en la legislación anterior a la reforma, y fue introducida de manera franca y enfática por las disposiciones del enjuiciamiento agrario, a partir de 1992, que se procuró reflejar no sólo en las normas sino además en la dotación física de los tribunales, antecedente manifiesto que quizás no conocieron los promotores de la oralidad en el proceso penal. El dictamen de los diputados señala, con acierto, que el régimen de intermediación “eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de tomar un contacto directo con la fuente de la prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes”.

El contradictorio constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia. Permite el equilibrio entre las partes, la efectiva igualdad de armas, y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda. Cada parte, al tanto de los elementos probatorios sugeridos o aportados por su adversario, puede llevar adelante el examen y la crítica de la prueba. Sólo serán eficaces las probanzas desahogadas ante el juzgador y bajo regla de contradicción. Quedan a un lado, pues, la reserva probatoria, el secreto, la omnipotencia de una parte y el desvalimiento de la otra (que pueden reaparecer, sin embargo, por otros motivos). La “contradicción” figura entre los principios generales recogidos por el primer párrafo del artículo 20. Algunos observadores han cuestionado la actitud pasiva, acrítica, del juzgador en el sistema acusatorio, puesto a merced de

las pruebas aportadas por las partes y de los “arreglos” a los que éstas lleguen, que pudieran carecer de sustento en la realidad de los hechos punibles y de la responsabilidad efectiva, y conducir a decisiones judiciales cuestionables desde la perspectiva de la justicia, que ciertamente debe presidir la intervención del Estado en el desempeño de su elevada misión judicial.

También la publicidad es un principio central del proceso penal de signo democrático. No se requiere gran conocimiento de los textos constitucionales y legales para saber que la publicidad se hallaba expresamente prevista y asegurada en la Norma Fundamental y en las disposiciones reglamentarias. Aquélla era enfática al garantizar la recepción pública de la declaración preparatoria del inculpado y el juicio de éste en audiencia pública. Ahora se carga el acento en la publicidad del proceso, con todo lo que ello significa.

La reforma invoca el principio de concentración, más propio del régimen acusatorio que del inquisitivo, con el propósito de ganar en celeridad procesal. El precepto recoge, inmediatamente después, el principio de continuidad. La doctrina ha utilizado la voz *continuidad* como principio opuesto a la concentración. Veamos lo que dice al respecto un respetable tratadista. Bajo el principio de concentración

Se concentran en una sola audiencia, o a lo sumo, en pocas audiencias próximas, los actos procesales fundamentales [...] Al principio de concentración se opone el de continuidad, así denominado porque a través de una serie de fases, el proceso se continúa, asegurándose el enlace y tránsito de unas a otras mediante su reducción a escrito. Por tanto, del mismo modo que concentración se asocia a oralidad, escritura y continuidad forman pareja (Alcalá-Zamora).

Vayamos ahora a un segundo conjunto de principios captados en el artículo 20. En este marco conviene aludir a los fines del proceso penal expuestos en la Constitución. La primera fracción del apartado A fija el objeto o los fines del proceso penal, a saber:

- a) “El esclarecimiento de los hechos”, expresión que sugiere la búsqueda de la verdad histórica, aunque luego haya espacio para el predominio de la verdad formal y la transacción penal en función de la oportunidad persecutoria y no del “esclarecimiento de los hechos” y la punición del culpable;
- b) “Proteger al inocente”, que es un resultado indirecto del proceso, más que un objetivo o principio de éste;
- c) “Procurar que el culpable no quede impune”, misión que abarca el conjunto de la política punitiva del Estado, además de que no se trata de sancionar al culpable, sino a quien, siendo culpable, es penalmente responsable, y
- d) “Que los daños causados se reparen”, objeto que atiende a los intereses legítimos del ofendido, no siempre bien servidos por la actividad persecutoria del Estado.

La fracción II del mismo apartado A reitera y analiza el principio de inmediación mencionado por el párrafo primero del artículo 20: “Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y valoración

de la prueba” (regla claramente establecida en la jurisdicción agraria a partir de 1992, al lado de oralidad, publicidad y concentración), lo que ahuyenta la acostumbrada justicia penal de secretarios judiciales. La misma fracción II incorpora una disposición sobre materia diversa de la intermediación, quizá para no multiplicar excesivamente el número de fracciones, aun a costa de agrupar temas heterogéneos en una sola fracción: la valoración de la prueba “deberá realizarse de manera libre y lógica”.

El dictamen de los diputados sostiene que “el principio de libre valoración de la prueba es el que se asume para la toma de decisiones”. Probablemente se ha querido entronizar, sin conocimiento claro de estas cuestiones, la apreciación bajo régimen de sana crítica (a la que también aludió el Constituyente Permanente). Ésta excluye tanto la prueba tasada característica del antiguo enjuiciamiento, como la libre valoración o discrecionalidad judicial típica del juicio por jurados, y obliga a la apreciación de la prueba conforme a la experiencia y a la lógica, con expresión de las razones que tuvo el juzgador para valorar la prueba en la forma en que lo hizo y llegar a las conclusiones a las que arribó. Evidentemente, hay una contradicción en el texto constitucional: si la valoración es libre —como lo es en el régimen de jurado, que resuelve en “conciencia”, esto es, con libertad— no puede subordinarse a la lógica, que obliga a la expresión de motivos y suprime la absoluta libertad valorativa.

La fracción III del apartado A —que por su materia debió formar parte de la fracción II o colocarse, en parte, antes de ésta— extrae las consecuencias del orden acusatorio y del régimen de intermediación: “Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba(s) aquellas que han sido desahogadas en la audiencia de juicio”. Con ello se zanja el tema del valor probatorio de las diligencias realizadas en la fase de investigación, ante y por el Ministerio Público. Por supuesto, corresponderá al juzgador apreciar el valor de las pruebas que se desarrollen en su presencia. Para esto aplicará la sana crítica. Sin embargo, no siempre será posible reservar las probanzas para el momento de la audiencia. Habrá casos en los que resulte necesaria la práctica anticipada. De ahí la segunda parte de la fracción: “La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. Es patente que se trata de supuestos excepcionales, gobernados por la naturaleza misma de la prueba. Sería indebido y contrario al propósito constitucional que la ley secundaria multiplicase los casos de prueba anticipada, admisible y eficaz.

El derecho procesal penal moderno ha establecido a quién corresponde la carga de la prueba inculpatoria, que orienta el proceso y su conclusión: a quien acusa. Esto constituye una derivación inmediata y evidente del principio o presunción de inocencia. Aquella regla se acoge en la fracción V del apartado A del artículo 20: “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”. A esto se refiere un comentario en el dictamen de los diputados: “La culpa y no la inocencia debe ser demostrada”.

El Constituyente debió ocuparse también de la carga de la prueba sobre la existencia del hecho ilícito, que es, lógica y jurídicamente, el primer tema de prueba en el enjuiciamiento y para los efectos de éste. No es pertinente la parte final de la fracción

citada: “conforme lo establezca el tipo penal”. Éste describe la conducta ilícita punible, pero no señala cómo se distribuye la carga de la prueba ni quién es parte acusadora en el proceso.

La fracción IV reúne —de nueva cuenta— disposiciones sobre temas diferentes que debieran quedar en fracciones diversas, aunque esto hubiera multiplicado el número de fracciones. Para evitarlo se ha echado mano de agrupamientos más o menos arbitrarios. En la especie, se trata, por una parte, de asegurar la imparcialidad del juzgador, excluyendo la figura del juez bifuncional o del tribunal que previamente conoció la causa —“El juicio se celebrará [habría que añadir lo que es más importante: ‘y la sentencia se dictará’] ante [o por] un juez que no haya conocido el caso previamente”. Por otra parte, se reitera, con cierto detalle, lo que ya se ha dicho en el primer párrafo del artículo 20: “La presentación de los argumentos se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”. El Constituyente olvidó mencionar otros principios captados en la primera parte del artículo 20 y desde luego aplicables al juicio (como etapa del proceso): intermediación, concentración, continuidad.

La fracción VI incorpora una regla valiosa y necesaria —proveniente de la iniciativa del 4 de octubre de 2007—, que milita contra prácticas muy difundidas y deplorables: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra”, lo cual reafirma el principio de contradicción y equilibrio procesal, así como la lealtad y probidad que constituye, no menos, un principio rector del proceso penal. Esto tiende a cancelar la costumbre de escuchar “privadamente” a una de las partes, sin que la otra pueda saber lo que su adversario pone a la consideración del juez ni contradecir —como puede y debe hacerlo en el proceso mismo— las afirmaciones de aquél.

Esa regla prohibitiva no prevalece en forma plena, puesto que la misma fracción VI introduce una salida, que no debiera ser muy amplia: “salvo las excepciones que establece esta Constitución”. Empero, no hay tales excepciones, ni siquiera en un enunciado conceptual. No obstante, existen planteamientos del Ministerio Público al juzgador que, por su propia naturaleza, deben sustraerse al conocimiento anticipado de la contraparte, como la solicitud de orden de aprehensión.

La fracción VII regula diversas figuras o hipótesis: terminación anticipada del proceso, enjuiciamiento sumario o sumarísimo y “persuasión” del inculpado. La primera hipótesis se expresa como sigue: “Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y con las modalidades que determine la ley”.

Esto sugiere la posibilidad de “entendimientos o negociaciones” entre el Ministerio Público y el inculpado, o suficiencia probatoria inmediata, o iniciativas prácticas del órgano acusador. La actividad promotora de la terminación anticipada parece corresponder al Ministerio Público, puesto que aquélla operará “cuando no exista oposición del inculpado”.

La segunda hipótesis abarcada por la fracción VII, enjuiciamiento sumario o sumarísimo, se recoge en la porción central de la fracción examinada:

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción [es decir, pruebas, conforme a la terminología usual en nuestro idioma] suficientes para corroborar la imputación, el juez citará para audiencia.

Es plausible que el procedimiento corra por vía abreviada cuando hay bases razonables para que así sea. Pero no sería debido entender que cuando exista ese reconocimiento de participación sea pertinente ir por fuerza a la audiencia de sentencia, independientemente de la posición del inculpado a este respecto, porque el reconocimiento de la participación no implica ausencia de excluyentes de incriminación o de causas extintivas de la pretensión, aducidas por el inculpado y rechazadas por el Ministerio Público. Si se presenta esta situación, resta un buen trecho en el tema de la prueba antes de dictar sentencia. La regulación del procedimiento abreviado, trasunto del *plea bargaining* del sistema norteamericano, ha sido constantemente cuestionada por muchos analistas del nuevo orden procesal.

Indica la fracción VII: “La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”. Aceptar la responsabilidad es más que admitir los hechos y la intervención en éstos, bajo conceptos de autoría o participación, como conductas que generan cierto resultado o contribuyen a él. Quien admite la responsabilidad cesa de oponerse a la persecución; no esgrime excluyentes, tampoco causas extintivas de la pretensión. El sujeto que acepta su responsabilidad cede a la expresión de hechos y a la imputación de autoría o participación en éstos que formula el Ministerio Público a través de la acusación.

Empero, subsiste la necesidad de confirmar la veracidad de la admisión, porque ésta no suprime el objeto del proceso penal consistente en “esclarecer los hechos”, “proteger al inocente” y “procurar que el culpable (*rectius*, responsable) no quede impune” (salvo en los casos de negociación penal). En consecuencia, habrá que ponderar si hay medios de convicción que corroboren la imputación. Esto queda en relieve, más todavía, en los términos de la fracción VIII: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad [se quiere decir: de la responsabilidad]) del procesado”.

La referencia a beneficios permite una doble lectura. Literalmente, atañe al supuesto en que el inculpado acepta su responsabilidad; por lo tanto, se trata de beneficios *a posteriori*, o sea, “premios penales”. Bajo otra lectura, ese párrafo permite entender: beneficios ofrecidos *a priori* (¿sólo por el Ministerio Público?, ¿por éste y por el juez, que convalida la oferta?, ¿únicamente por el tribunal?), para motivar la admisión de responsabilidad, que serían medios de persuasión o “estímulos” penales; ofertas de benevolencia que orientan —de grado o por presión moral?— la decisión del sujeto, cuya verdadera libertad queda fuertemente reducida en el contexto de un proceso y bajo la amenaza —legal o judicial— de una sanción severa.

La fracción IX contiene una conveniente prevención, que depura el proceso y obliga al Estado a observar una limpia conducta investigadora y probatoria: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. La alusión al

concepto “derechos fundamentales” puede suscitar cuestiones de interpretación con trascendencia práctica. Creo que conviene dar a esa expresión, que figura en el marco de las preocupaciones garantistas, el alcance más amplio, que comprenda el mayor conjunto de derechos.

El dictamen de los diputados aclara el espacio de la violación que determina nulidad. La fracción IX

Obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan sólo a violaciones legales.

Agreguemos que si el acto nulo es el sustento de otros actos procesales, de cuya secuela derivaría —por el necesario encadenamiento cronológico y lógico de éstos— el fundamento probatorio de la sentencia, la nulidad alcanzará a todo el proceso o a la porción de éste soportada por el acto nulo.

El apartado B del artículo 20, conforme a la reforma de 2008, estatuye los derechos de “toda” persona imputada, es decir, del imputado. El ejercicio de estos derechos y el despliegue de las correspondientes atribuciones persecutorias del Estado deben ajustarse al marco que proporcionan los principios más generales a los que se han referido el párrafo inicial y el apartado A del artículo 20.

La afirmación de que se presume que una persona es inocente mientras no se declara, a través de sentencia, que es culpable (responsable) del delito que se le imputa (fracción I del apartado B), constituye uno de los ejes del proceso penal moderno con orientación democrática. Se traduce en deberes del Estado y derechos del inculpado, e incide (o debiera incidir) en el trato general a éste, tanto en el desarrollo del enjuiciamiento como en la aplicación de medidas cautelares. No obstante su elevada jerarquía, este principio tropieza con la normativa y con la realidad. Difícilmente se podría justificar —explicar es otra cosa— la drástica restricción en el ejercicio de los derechos de quien es “presuntamente inocente”, como sucede a través de la prisión preventiva.

La fracción II recoge el derecho al silencio del inculpado, que tiene una obvia contrapartida: el derecho —no deber— a declarar. Este derecho —comenta el dictamen de los diputados— “consiste en declarar, en el momento en que el imputado lo desee, o a guardar silencio”. En los términos del dictamen de los diputados, se ha querido “rediseñar este derecho para los efectos de darle un alcance más genérico, no sujeto a limitaciones de tiempo —las tradicionales 48 horas cuando existía consignación con detenido—, ni con las formalidades tan excesivas que ahora se exigen”. Si la opción por el silencio constituye un derecho, su ejercicio no debe perjudicar al titular: el silencio “no podrá ser utilizado en su perjuicio” (del imputado).

El imputado tiene derecho “a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten” (fracción III). Entiendo que se alude a la primera comparecencia que el imputado tiene ante el Ministerio Público, una vez que

se ha establecido —explícita o implícitamente— su condición de indiciado: existe delito y es probable la responsabilidad del sujeto. La cuestión queda regulada por el Código Nacional de Procedimientos Penales, que no analizo en el presente comentario.

Habrà que vigilar de cerca la aplicación de esta norma, para que el investigador no eluda sus consecuencias arguyendo que quien comparece no tiene, formalmente, la condición de imputado y, por lo tanto, no cuenta con el derecho que la Constitución reconoce a “toda persona imputada”. Por supuesto, no quedaría servido el buen desig- nio del Constituyente si la información que se suministra al imputado se contrajera a indicaciones técnicas penales; es preciso exponer los hechos imputados y la fuente de la imputación.

La Ley Suprema proscribe la tortura (y los tratos crueles, inhumanos o degradantes). La proscripción constitucional de tortura se extiende a “toda incomunicación” e “intimidación”. Es preciso permitir al imputado, pues, la comunicación (restringida) con terceras personas (también a este respecto hay disposiciones de Derecho internacional de los derechos humanos) y excluir la intimidación, apremio indebido, captación for- zada de la prueba, que puede constituir tortura psicológica.

Por lo que hace a la confesión, es saludable la evolución que a este respecto mues- tra el orden procesal penal constitucional a partir de la reforma de 1993. La fracción II del apartado B sostiene que “la confesión rendida sin la asistencia del defensor care- cerà de todo valor probatorio”, esto es, será nula y por ello no tendrá los efectos pre- tendidos por quien la recibe e incluso por quien la emite.

Por supuesto, la fórmula constitucional —en la línea de esa evolución plausible— debió ser mejor y más completa: sólo constituye confesión, en sentido propio, el reco- nocimiento de hechos realizados ante la autoridad judicial y con asistencia del defen- sor, consecuencia que se extrae de los principios generales acerca de la recepción de pruebas admisibles y eficaces. En torno a este punto es necesario observar que la prueba confesional ha desaparecido del Código Nacional de Procedimientos Penales, no obstante las frecuentes alusiones que éste hace a declaraciones del imputado. Éstas pudieran quedar fuera del marco conceptual de la confesión, cosa que no ocurre, en mi opinión, con la aceptación de responsabilidad que constituye un elemento central del procedimiento abreviado. Difícilmente se podría negar a ese reconocimiento —y a sus consecuencias— la naturaleza de confesión.

En la fracción III del apartado que ahora examino aparece una norma de conside- rable alcance en torno a la delincuencia organizada. El segundo párrafo ordena moda- lidades especiales en la persecución, la sanción y la “premiación” de sujetos involu- crados en esa criminalidad. Así, determina que “la ley establecerà beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”. Este fragmento, heredado de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, ha “consti- tucionalizado” un supuesto excepcional que operaba en la penumbra de aquel ordena- miento y ahora se manifiesta a la luz de la propia Constitución. Es posible que el contenido de ese concepto huidizo quede a merced de quienes negocian las ayudas penales.

La fracción IV facilita al imputado la aportación de pruebas, y añade una condición: “en los términos que señale la ley”. En el primer párrafo de la fracción V vuelve a la escena el principio de publicidad. Ahora se declara que habrá juicio en audiencia pública —entraña de la publicidad, que ya existía en el texto constitucional precedente—, y se dispone un cúmulo de salvedades, algunas de naturaleza definida y otras de alcance impreciso, hasta discrecional, que pudieran hallarse justificadas o resultar indebidas. En algunas hipótesis, la salvedad parece depender solamente de la ley, que el juzgador se limitará a aplicar, independientemente del concepto que pudiera tener sobre la necesidad de la medida. En otras, parece quedar en manos del propio juzgador, sin sustento en la preceptiva legal.

En la misma fracción V figura una disposición concerniente al enjuiciamiento sobre delincuencia organizada, que se halla mal ubicada. No tiene que ver propiamente con la publicidad del juicio, sino con la eficacia de la prueba. Alude al valor de la recabada fuera de la audiencia de fondo —prueba necesariamente anticipada, a menudo—, de reproducción peligrosa o que implique riesgo para alguna persona: “las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas”. Se ha olvidado la posibilidad de que esa presentación de pruebas en juicio entraña riesgos para otras personas: donde existe la misma razón debiera existir la misma disposición.

Hay referencia a pruebas reunidas por el Ministerio Público y la policía que interviene en la indagación de hechos y responsabilidad: actuaciones “en la fase de investigación”. No se ordena atribuirles valor probatorio, sino sólo se permite —¿al legislador?, ¿al juzgador?— hacerlo. Hay motivos para extraer estas pruebas de su escenario y oportunidad ordinarios —el juicio público—, pero la disposición entrará en frontal conflicto, en muchos casos, con los principios de intermediación, contradicción, concentración y publicidad. Además, es inconsecuente con las ideas rectoras del proceso acusatorio, porque predetermina el criterio del juzgador a través del parecer (que se convierte en vinculante) del Ministerio Público.

La anterior redacción de la fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional contenía una expresión rotunda: “Le serán facilitados [al inculpado] todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. Había margen para interrogantes, pero la expresión amparaba extensamente el derecho a la defensa. Esa expresión se conserva en el primer párrafo de la fracción VI del actual apartado B, pero el segundo párrafo recoge ahora, a veces sin claridad, detalles y restricciones que oscurecen en más de un sentido la garantía constitucional.

El derecho del imputado y su defensor (suponemos que el derecho corresponde a cada uno de éstos, que puede ejercerlo con independencia) a acceder a los registros de la investigación, esto es, a la llamada “carpeta”, continente de las constancias de las actuaciones del Ministerio Público y su auxiliar policial, antes de la primera comparecencia del propio inculpado ante el tribunal, sólo rige en dos supuestos: “cuando el [imputado] se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle”.

El supuesto de detención no plantea problemas especiales, tampoco el correspondiente a la recepción de declaración. En el primero, bastará que lo solicite alguno de los titulares del derecho analizado, en cualquier momento de la detención. En el segundo, el derecho se actualiza antes de que se requiera la declaración; de lo contrario, se frustraría el propósito de la garantía: defensa. El caso de la “entrevista” —novedosa diligencia ¿procesal?— implica cuestiones de interpretación. ¿Quién entrevista al imputado y con qué propósito? Vale suponer que no se trata de entrevistas por parte de familiares, defensores, allegados o comunicadores sociales. Tal vez vienen al caso entrevistas, que no constituyen actuaciones procesales formales, por agentes del Ministerio Público o policías, que en la especie pudieran interesarse en obtener informes extraoficiales o en “negociar” beneficios legales. El acceso a registros debiera ocurrir antes de la entrevista, para que el entrevistado pueda medir la situación que guarda antes de someterse a negociaciones y transacciones con su interlocutor. Este tema se localiza, desde luego, en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El precepto que ahora comento también regula el acceso a registros “antes de [la] primera comparecencia del imputado ante juez”. Sería ilusorio que ese acceso se produjera inmediatamente antes de la comparecencia, sin tiempo suficiente para consultar aquéllos, analizarlos razonablemente y “preparar la defensa”. En consecuencia, el imputado requiere tiempo; pero no se puede olvidar que el tribunal está apremiado por el angustioso plazo del que dispone para resolver la llamada “vinculación” a proceso, que es, en realidad, una resolución de procesamiento. El párrafo segundo de la fracción VI prosigue:

A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

Nótese los elementos centrales de esta norma:

- a) Uso muy moderado de la reserva, que se autoriza sólo para “los casos excepcionales expresamente señalados en la ley”, que tampoco podría alterar el signo de la estipulación y multiplicar los supuestos de reserva;
- b) Finalidad de la restricción: que sea “imprescindible” para salvaguardar el éxito de la investigación (literalmente, no se trata de proteger la investigación en marcha, sino el “éxito” de ésta, su feliz culminación); “imprescindible” es mucho más que necesario o simplemente conveniente: es lo indispensable, lo inexorable, lo insustituible, de manera que en su ausencia no sea posible echar mano de otro medio para alcanzar el mismo objetivo, y
- c) Límite temporal y material: cesa la restricción cuando sea pertinente prescindir de ella para corresponder a las necesidades de la defensa.

Analícemos brevemente las disposiciones en materia de defensa bajo el párrafo VIII del apartado B, dejando de lado el régimen general de la defensoría pública regulado en el artículo 17. Desde 1993 se habla de defensa adecuada. Ésta —señala la

reforma de 2008— debe quedar a cargo de un “abogado”. En este punto, la reforma de 2008 ha dado el paso debido en la dirección correcta. Bien está que el inculpado cuente con la asistencia moral de sus allegados, personas de su confianza personal; pero también es necesario que disponga de auxilio profesional por parte de abogado.

Tal expresión permite suponer que el defensor será licenciado en Derecho (que no es suficiente por sí solo), con ejercicio práctico de su profesión (lo que le confiere capacidad para actuar en el litigio), con especialidad penal (requisito que cierra el círculo para establecer, en el caso concreto, una defensa profesional penal adecuada).

En la fracción IX del apartado B, la reforma de 2008 incorpora prevenciones a propósito de la prisión preventiva, que es preciso conectar con las normas relativas a esta materia que aparecen en el artículo 18. También aquí hay pasos adelante, tendientes a racionalizar una medida que milita contra la presunción de inocencia y cuyo uso excesivo ha poblado las cárceles de presos sin condena.

Aquella fracción añade una novedad muy importante: la conclusión automática de la prisión cuando ésta alcance dos años sin que se dicte sentencia, “salvo que la prolongación se deba al ejercicio de defensa del inculpado”. Dos años es el tiempo máximo para la duración del juicio por delitos sancionados con las penas más elevadas, conforme a la fracción VII del apartado A.

Esa regla pretende conciliar las necesidades a las que sirve la prisión cautelar con la justicia que debe gobernar la conducta persecutoria del Estado. Supone una nueva diligencia en la conducción de los procesos y en la participación en éstos de las autoridades correspondientes, directamente obligadas por la garantía constitucional: el titular de la jurisdicción y sus auxiliares, por una parte, y el Ministerio Público, por la otra, aunque en el proceso tenga condición de parte.

La excarcelación del sujeto no libera a éste del proceso penal. Es procedente la adopción de medidas cautelares que sustituyan la prisión preventiva y atiendan los fines que ésta se propuso servir: ante todo, asegurar el desarrollo del proceso, siempre bajo los principios aplicables a la restricción de derechos.

El apartado C del artículo 20 se refiere a los “derechos de la víctima o del ofendido”, que no son conceptos sinónimos, aunque la Constitución los maneje como si lo fueran. Más allá de esta confusión del legislador, a la que ya me he referido en la primera parte de este comentario, importa mencionar que el apartado C) acoge la positiva elevación a la norma suprema de los derechos del ofendido, rescatado por el movimiento reformador de las últimas décadas.

El dictamen de los diputados menciona la idea de promover “una participación más activa [del ofendido] en el proceso mediante la introducción de novedosas figuras”, sin perjuicio de mantener otras que provienen de reformas previas, como el derecho a recibir asesoría jurídica (fracción I). La fracción II del apartado C), referente a la coadyuvancia con el Ministerio Público, fija explícitamente el derecho del ofendido “a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley”. Cabe entender que la expresión “juicio” no se refiere solamente a la audiencia de esta naturaleza, y ni siquiera al periodo de conocimiento que se sigue ante el juez de la causa, sino a cualquier etapa del proceso.

El dictamen de los diputados alude a las nuevas vertientes que puede tomar la participación del ofendido: “posibilidad de que se adhiera a la acusación del ministerio público” y “ejercicio autónomo” de la acción. En cuanto a la coadyuvancia, que linda con una acción adhesiva, como se desprende del fragmento transcrito, el mismo dictamen invoca “una nueva dimensión constitucional de la coadyuvancia para [...] que la víctima pueda intervenir directamente en el juicio e interponer los recursos en los términos que establezca la ley”, y al respecto expresa simpatía por el instituto del acusador coadyuvante incorporado en algunas entidades federativas (cita: Baja California, Chihuahua, Morelos, Oaxaca, Zacatecas).

La incrementada coadyuvancia del ofendido, que le permite ejercer la defensa directa de sus intereses, “no significa —señala el dictamen de los diputados— que el ministerio público no esté obligado a dar un efectivo servicio de calidad a las víctimas y a representar sus intereses”. Nada hay que objetar a este buen propósito del Constituyente Permanente. Pero es preciso organizar adecuadamente la asesoría legal del ofendido para fijar el alcance de la intervención del asesor y la del Ministerio Público, no tanto para excluir del ámbito de éste atenciones procesales pertinentes —en virtud de que la titularidad en el ejercicio de la acción sigue en manos del Ministerio Público—, sino para brindar al ofendido el “efectivo servicio de calidad” que requiere.

El primer párrafo de la fracción V establece el derecho del ofendido “al resguardo de su identidad y otros datos personales” (podiera tratarse del domicilio, el lugar de trabajo, reclusión o tratamiento, los familiares y allegados más cercanos, determinados movimientos y labores, etcétera), en algunos casos expresamente señalados por la Constitución, que deberán ser acogidos en sus términos por la ley secundaria y por el tribunal, y en otros no especificados, que se hallarán sujetos al criterio del juzgador. Es razonable dejar el conjunto a la apreciación del tribunal, que podría resolver si es pertinente la reserva de identidad —y de otros datos— inclusive en los supuestos específicamente acogidos por la nueva fórmula de la fracción V.

Esos casos específicos de resguardo mencionados en la fracción V tienen que ver con la condición de la víctima como menor de edad o con los delitos por los que se sigue el juicio: violación, secuestro y delincuencia organizada, a los que se agregó el supuesto de trata de personas, recogido en la reforma constitucional publicada el 14 de julio de 2011 (adición concordante con otras modificaciones al texto constitucional, también acerca de la trata de personas: en el artículo 19, referente a prisión preventiva necesaria, y en el artículo 73, fracción XXI, que prevé la emisión de una ley general en materia de trata, como antes previno la expedición de otro ordenamiento de la misma naturaleza “general” a propósito del secuestro).

El párrafo segundo de la misma fracción alude a participantes en el “proceso”, esto es, en actos que se realicen a partir del llamado auto de “vinculación” a proceso, o tal vez desde que existe ejercicio de la acción y ha ingresado el asunto al conocimiento del juzgador. Sin embargo, el “efecto útil” de esta norma no se podría alcanzar si se observa esta precisión, que para efectos de la garantía pudiera resultar inadecuada.

Es obvio que la inseguridad puede existir en etapas anteriores del procedimiento, y que por ello devienen necesarias, desde entonces, las medidas pertinentes y suficien-

tes que pueda adoptar el Ministerio Público, ante quien se desarrollan esas etapas anteriores.

La parte final del párrafo V establece que “los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación” por parte del Ministerio Público, es decir, la adopción de medidas, la persistencia de éstas y su eficacia. El juzgador se suma, pues, a los deberes del Estado y toma, desde su propia perspectiva, una posición de garantía.

Entre los nuevos derechos que la reforma de 2008 asigna al ofendido, se halla “solicitar las medidas cautelares necesarias para la protección y restitución de sus derechos” (fracción VI). Insistamos en la naturaleza y las limitaciones de las medidas cautelares en general. Es preciso manejar este tema con gran cuidado, a fin de no generar situaciones que impliquen decisión sobre el fondo y afectación severa de los derechos e intereses del inculpado, “probable inocente”; y al mismo tiempo brindar al ofendido la atención que verdaderamente necesita y merece, y que durante mucho tiempo no ha recibido.

Es importante el cambio incorporado en la fracción VII del apartado C del artículo 20, que absorbe y amplía un tema alojado, desde 1993, en el anterior párrafo cuarto del artículo 21. En esta porción del precepto, se faculta a la víctima o al ofendido para “impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

La impugnación, que constituye derecho del ofendido y se traduce en legitimación para solicitar, apoyar y obtener, se lleva adelante ante una autoridad judicial. No se trata, pues, de un recurso administrativo ante el jefe de la institución del Ministerio Público. Lo que se impugna es un comportamiento o un acto específico del Ministerio Público o del tribunal. En lo que respecta a aquél, se plantea un obstáculo infranqueable para la persecución penal (no ejercicio o desistimiento de la acción) o el entorpecimiento de ésta (reserva), así como una actividad —o inactividad— de la que pueden resultar un obstáculo o un entorpecimiento: “omisiones del Ministerio Público en la investigación del delito”.

En lo que toca al juzgador, el recurrente se inconforma con un acto que la ley procesal deposita en el órgano jurisdiccional: la suspensión del procedimiento, que lo es, más bien, del proceso (y que hipotéticamente se podría plantear en las facultades del Ministerio Público, en su propia etapa, cuando existe la posibilidad de convenir la reparación).

La defectuosa construcción de la fracción VII siembra algunas dudas. ¿A cuántas hipótesis de impugnabilidad se refiere y cuál es la extensión de cada una? Considero que las hipótesis son: *a)* omisiones en la investigación; *b)* resoluciones de reserva; *c)* resoluciones de no ejercicio de la acción; *d)* resoluciones de desistimiento de la acción penal, y *e)* resoluciones de suspensión del procedimiento. Hasta este punto no parece surgir problema, que se presenta, en cambio, si observamos la forma en que se hallan enlazadas las hipótesis *b)* a *d)*, y consideramos la expresión final “cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

Bibliografía

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015.
- BARROS LEAL, César, *Ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2009.
- BAZDRESCH, Luis, *Las garantías constitucionales*, México, Trillas, 1987.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1989.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2010.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal*, México, Porrúa, 2010.
- CARRANZA, Elías, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantía y amparo*, México, Porrúa, 1978.
- ESCALONA BOSADA, Teodoro, *La libertad provisional bajo caución*, México, s.e., 1968.
- FRANCO ZEVADA, Adrián, *La libertad provisional*, s.p.i., 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989.
- , “El sistema penal acusatorio en la Constitución mexicana”, *Memoria de las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Panamá, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, 2014.
- , *Proceso penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1992.
- , *La reforma penal constitucional 2007-2008 ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- , *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- , Olga Islas de González Mariscal y Leticia Vargas Casillas (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, tomos I y III.
- y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/INACIPE, 2011.
- y Olga Islas de González Mariscal, (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Una nueva cara de la justicia en México: aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo un sistema acusatorio adversarial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2014.
- HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, Pablo, *Las garantías del inculgado*, México, Porrúa, 2009.
- HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, México, Cuadernos del INACIPE, 1979.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- IGLESIAS, Andrés, “Artículo 20. Comentario jurídico”, *Nuestra Constitución*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1990.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, Iure Editores, 2011.
- LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*, México, Porrúa, 2009.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, Porrúa, 1988.

- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 2a. ed., facsimilar, México, Porrúa, 1972.
- MORENO CRUZ, Everardo, *El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM/AMPEC/Ubijus, 2015.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y José Antonio Caballero Juárez, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Detención preventiva. Previsiones constitucionales y legales*, México, UBIJUS, 2009.
- QUINTERO, María Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal. Víctima, reparación del daño y trata trasnacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *La orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso*, México, UBIJUS, 2008.
- RABASA, Emilio O. y Gloria Caballero, *Mexicano, ésta es tu Constitución*, México, Cámara de Diputados-LVII Legislatura, 1988.
- RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, México, Porrúa, 2008.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, México, Harla, 1990.
- ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 1988.
- ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2015.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011.

Artículo 20

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-XII-1948

20

XL LEGISLATURA (1-IX-1946/31-VIII-1949)
Presidencia de Miguel Alemán Valdés, 1-XII-1946/30-XI-1952

Se faculta el juzgador para fijar los montos de la fianza, sus alcances y límites.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 14-I-1985

LII LEGISLATURA (1-IX-1983/31-VIII-1985)
Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1983/30-XI-1988

Se establecen las modalidades para conceder o negar la libertad provisional bajo caución, su monto y el aseguramiento de la reparación del daño.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-IX-1993

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)
Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se establecen las características de los montos y la caución respecto la libertad provisional, así como su revocación. Se prohíbe toda intimidación y tortura, y se dan las características sobre la confesión y su valor probatorio.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-VII-1996

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se modifica el último párrafo de la fracción I, para puntualizar la determinación de la ley en los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 21-X-2000

LVIII LEGISLATURA (1-IX-2000/31-VIII-2003)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Se incluyen las garantías del inculpado y de la víctima o el ofendido.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se establecen las reformas del sistema penal acusatorio; se da la transición de la forma tradicional del proceso escrito a la del sistema oral y se fincan los principios que lo guiarán. Se crean tres apartados que contemplan: los principios generales del proceso penal; los derechos del imputado, y los derechos de la víctima.

Séptima reforma

Diario Oficial de la Federación: 14-VII-2011

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se establecen las bases del proceso penal, se reforma la fracción V del apartado C referente a los derechos de las víctimas, para incorporar, al catálogo de delitos en los que se resguardará el derecho a la identidad y otros datos personales de las víctimas, el delito de trata de personas.

Artículo 21

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Durante el Antiguo Régimen la división de poderes no existió y, por lo tanto, la imposición de penas corporales o en especie dependió de diversas corporaciones que poseían atribuciones judiciales, por ejemplo, la Iglesia. Los mismos encomenderos, en las etapas tempranas del México virreinal (y en Yucatán todavía hasta el siglo XVIII) tuvieron facultades para castigar a los indios a su servicio.¹ Tras la aparición de las primeras constituciones occidentales en zonas como Inglaterra, Francia y Estados Unidos, la separación de poderes fue adquiriendo mayor importancia y la creación de una fuerza pública que se encargara del orden fue un hecho.

En este periodo, todo lo referente al orden público, higiene, moral, educación, etcétera, recayó en los ramos de policía y buen gobierno. Para fines del XVIII la Policía, entendida como una fuerza pública encargada exclusivamente del orden y la aplicación de las leyes judiciales, fue cobrando mayor importancia. Dicha fuerza sería solventada por contribuciones comunes y, como se señaló desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, esta fuerza se crearía “para beneficio de todos y no para utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”.² Asimismo, empezó a reservarse la aplicación de la justicia tanto civil como criminal a los tribunales especializados para ello, como lo señaló la Constitución gaditana de 1812 en su artículo 242.

¹Sobre estos temas puede verse Guadalupe Leticia García García, *Aplicación de las penas en México*, México, Porrúa, 2005; y Colin M. Maclachlan, *La justicia criminal del siglo XVIII en México: un estudio sobre el tribunal de la Acordada*, México, SEP, 1976.

²Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

21

Sumario Artículo 21

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	251
Texto constitucional vigente.	255
Comentario Sergio García Ramírez	257
Bibliografía	289
Trayectoria constitucional	291

En el mismo sentido, en su artículo 172, especificó que el rey no podría privar a nadie de su libertad y, en el artículo 243, que ni el monarca ni las Cortes podrían ejercer “en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”.³ Unos años más tarde, la Constitución de Apatzingán⁴ estableció la creación de tribunales, entre ellos la del Supremo Tribunal de Justicia, que a su vez se apoyaría en tribunales inferiores para la aplicación expedita de la justicia. Los jueces inferiores, por ejemplo, tendrían en los ramos de justicia y policía la autoridad ordinaria que las leyes del antiguo gobierno concedían a los subdelegados. Como puede verse, si bien había algunos remanentes del México virreinal, con el paso de los años la jurisdicción en materia de aplicación de justicia se fue precisando.

El Reglamento Provisional Político, de Iturbide, en el artículo 48 señaló que el principal objetivo del jefe político sería “el sostén del orden social y de la tranquilidad pública”, por lo que usaría todas sus facultades para prevenir el crimen y sostener la libertad, la propiedad y la seguridad individual.⁵ Dicho personaje, según el artículo 49 del mismo Reglamento, podrían imponer penas correccionales en todos los delitos que no indujeran pena infamante o afflictiva corporal, en cuyo caso debería entregar a los reos a los tribunales que designara la ley. Dichas penas correccionales (art. 50), se reducirían a multas, arrestos y confiscación de efectos en contravención de la ley. Las multas no deberían pasar de cien pesos, ni los arrestos de un mes. En otras palabras, se estipulaba quiénes y qué tipos de sanciones se podrían aplicar ante faltas de orden criminal, dejando a los tribunales lo referente a sentencias y aplicación de justicia en casos de los delitos más importantes. Sólo estas autoridades especificadas por la ley tendrían dichas facultades.

Los lineamientos retomados desde Cádiz y Apatzingán sobre la creación de tribunales y la necesidad de tribunales autorizados para la impartición de justicia, se conservaron y ganaron terreno en los años posteriores a de 1821. En el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana de 1823, se estableció (art. 7) que los individuos de la nación deberían ser juzgados sólo por jueces “que haya designado la ley”. En dicho artículo se contempló, además, que simplificados los códigos civil y criminal, “adelantada la civilización y mejorada la moralidad de los pueblos”, se establecerían jurados en lo civil y lo criminal, entretanto habría en cada pueblo alcaldes, en los partidos jueces de letras y en las provincias magistrados; además de que existiría, donde señalara el Congreso, un Tribunal Supremo de Justicia.⁶

Con todo ello se buscaba crear una estructura y jurisdicción específica para la impartición de justicia, situación que iba desde lo local hasta lo nacional, además de

³Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>

⁴“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

⁵Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁶Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

crear diversas instancias que garantizaran el derecho de revisión en caso de solicitarlo los acusados. Un año más tarde, el tema fue contemplado también por el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. En ella se remarcó la división de poderes; en su artículo 18 señaló que el poder judicial lo ejercerían la Suprema Corte y los tribunales que se establecieran en cada estado, de acuerdo con la Constitución mexicana.⁷ Ese mismo año se promulgó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos donde, además de contemplar que el poder judicial quedaría a cargo de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales de circuito y juzgados de distrito, se señaló, en su artículo 112, fracción II, la restricción al propio presidente de privar a alguien de su libertad o imponerle pena alguna.

No obstante, se dijo que cuando lo exigieran el bien y seguridad de la Federación, podría arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas en el término de 48 horas a disposición del tribunal o juez competente.⁸ Las leyes de 1836 conservaron este último punto (ley cuarta, art. 18, fracción II) y señalaron dicha prohibición también para el Congreso general (ley tercera, art. 45, fracción II).⁹ Asimismo, se estableció que sólo a la ley correspondía designar, con generalidad, las penas para los delitos. Más claro aún fue el proyecto de reforma a dichas leyes constitucionales de 1840, en su artículo 9° señaló que era derecho de todo mexicano el no poder “ser procesado civil ni criminalmente sino por los tribunales y trámites establecidos con generalidad por la ley”.¹⁰

En el mismo sentido, en 1842, el Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana señaló, en su artículo 13, que la aplicación de la penas era propia de la autoridad judicial, y “la [autoridad] política sólo podría imponer en el castigo de las faltas de su resorte, las pecuniarias y de reclusión para las que expresamente le facultare la ley y en los casos y modos que ella determinara”.¹¹ Estos puntos se mantuvieron en las Bases Orgánicas de 1842, y se plasmaron con mayor detalle en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856. Dicho texto contempló, como parte de su artículo 58, que a nadie se le podría imponer una pena sino por la autoridad judicial competente “en virtud de la ley anterior al acto prohibido y previas las formalidades establecidas por las mismas para todos los procesos”.

Dicho artículo prohibía, además, todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva; asimismo, señaló que la autoridad política “sólo podrá castigar las faltas de su resorte con la suspensión de empleo, penas pecuniarias y demás correccionales para

⁷Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

⁸Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁹Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

¹⁰*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 325.

¹¹Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi_1428_printer.shtml.

que sea facultada expresamente por la ley”.¹² Ese mismo año se elaboró el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, en el que se retomó lo dicho en el Estatuto Orgánico y se sumaron también algunas precisiones en torno a las penas pecuniarias. El artículo 30 contempló, por ejemplo, que la aplicación de las penas era facultad de la autoridad judicial y que la política o administrativa sólo podría imponer como corrección desde 10 hasta 500 pesos de multa, o desde ocho días hasta un mes de prisión, bajo los lineamientos que marcaran las leyes.¹³ Este mismo texto se tomó casi íntegro en 1857 y formó parte del artículo 21 de la Constitución Política promulgada ese año.¹⁴

Durante la instauración del Segundo Imperio se promulgó el Reglamento Provisional que, en su título IV, artículo 15, por ejemplo, señaló que la justicia sería administrada por los tribunales que determinara la ley orgánica. Asimismo, el artículo 19 estableció que en ningún juicio civil ni criminal habría más de dos instancias, sin perjuicio de los recursos de revisión y de nulidad que autoricen las leyes.¹⁵ Ese mismo año, 1865, se promulgó el Decreto sobre la Libertad del Trabajo en la Clase de Jornaleros, donde se estipuló que para la conservación del orden y el cumplimiento de las leyes establecidas en esa materia se nombrarían comisarios de policía que recorrerían los distritos para asegurarse de la ejecución y cumplimiento de las disposiciones.¹⁶

La llegada del Porfiriato, así como las duras condiciones de los trabajadores y jornaleros que durante este periodo existieron, motivaron demandas por los abusos que con ellos se practicaban en los juzgados, imponiéndoles altas multas que no podían pagar.¹⁷ Luego de la Revolución, parte de las demandas fueron retomadas por los constitucionalistas, en 1916, dentro del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, se remarcó la necesidad de que las penas fueran impuestas, de forma exclusiva, por la autoridad judicial y que, en caso de sanciones pecuniarias, éstas, si se trataba de obreros o jornaleros, no debería pasar del salario que obtuvieran en una semana, insistiendo, además, en los tiempos legales referentes al arresto de una persona según el motivo del mismo.

¹²Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

¹³Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1856, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1856_149/Proyecto_de_Constituci_n_Pol_tica_de_la_Rep_blica_245.shtml.

¹⁴Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constit/pdf/1857.pdf>.

¹⁵Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

¹⁶Decreto sobre la Libertad del Trabajo en la Clase de Jornaleros, 1865, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1865/11/1-noviembre-1865-Decreto-sobre-la-libertad-del-trabajo-en-la-clase-de-jornaleros.pdf>.

¹⁷Estas demandas quedaron planteadas en el Programa del Partido Liberal Mexicano de 1906, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.

Artículo 21

Texto constitucional vigente

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

21

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.¹⁸

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de

¹⁸Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

- a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, las entidades federativas y los Municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.¹⁹
- b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.
- c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.
- e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.²⁰

¹⁹Inciso reformado, *DOF*: 29-01-2016.

²⁰Artículo reformado, *DOF*: 03-02-1983, 31-12-1994, 03-07-1996, 20-06-2005 y 18-06-2008.

Artículo 21

Comentario por **Sergio García Ramírez**

En los precedentes comentarios a los artículos 18, 19 y 20 me he ocupado tanto del texto prevaleciente antes de la reforma constitucional publicada en 2008, como del aportado por ésta, que se encuentra en vigor conforme a los preceptos transitorios del Decreto de Reformas publicado el 18 de junio de 2008. En el presente comentario al artículo 21 seguiré el mismo criterio de exposición: abordaré conceptos generales sobre la materia del precepto y daré cuenta del desarrollo de éste en el cauce de diversas reformas constitucionales, que culminan —por ahora— en los cambios aportados en 2008.

El artículo 21 es una norma básica del sistema penal mexicano. En un texto relativamente reducido —si se le compara, por ejemplo, con el extenso artículo 20— incorpora varios temas relevantes. En efecto, alude al principio de legalidad judicial: *nulla poena sine iudicio* y, por lo mismo, *nulla poena sine iudex*. Se refiere a dos instituciones centrales del régimen penal: Ministerio Público y policías que participan en la investigación de los delitos, asuntos que también abordan, desde sus propias perspectivas, los artículos 102 (hoy día, el apartado A se refiere a la Fiscalía General de la República, órgano constitucional autónomo; y el apartado B se dedica a los organismos públicos de protección de los derechos humanos: *ombudsman*); 107, fracción XV (intervención de aquellos órganos federales en el juicio de amparo) y 122 (en lo relativo al Ministerio Público de la Ciudad de México, anteriormente Distrito Federal). El mismo artículo 21 organiza el derecho penal administrativo o contravencional y la justicia por faltas de este género. Finalmente, ese precepto establece un sistema de seguridad pública, al amparo de las reformas constitucionales de 1994, revisadas en 2008. Veamos cada uno de estos extremos.

La división de poderes y de funciones constituye uno de los rasgos centrales del moderno Estado de derecho; así, el poder contiene o modera al poder, y se instituye a favor del individuo un equilibrio a través de frenos y contrapesos. Se trata, en suma, de proteger al hombre en su compleja relación con el Estado. Por supuesto, estas ideas y sus consecuencias preceptivas se hallan en la Constitución de la República, a título de decisión política fundamental. Forman uno de los escudos más eficaces para la tutela de los derechos humanos. Si todos los poderes se concentran en un solo individuo o en una corporación —concentración proscrita por el segundo párrafo del artículo 49— se caería nuevamente en una tiranía. Tal sucedió en el “absolutismo”: el soberano, unipersonal, ungido por la voluntad divina —que no miraba divisiones en el poder confiado al hombre—, reunía en sus manos las potestades de legislar, juzgar y ejecutar. El pensamiento de Locke y Montesquieu, entre otros, más la fuerza de las prácticas

21

inglesas y las revoluciones norteamericana y francesa, llegaron a cancelar ese orden autoritario.

En virtud de esos postulados liberales, y como consecuencia de una tradición y unas determinaciones originales, el artículo 21 deslindó la función jurisdiccional penal de la función acusatoria. Ya en la Constitución de 1857 (artículo 21, igualmente) se había reservado al juzgador, en exclusiva, la potestad de imponer las penas. Bajo el texto de 1917, la facultad jurisdiccional quedó a cargo de la autoridad judicial, en sentido estricto; la persecutoria se encomendó al Ministerio Público. Dijo la primera parte del artículo 21: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial”. En esta decisión se expresó la diferencia entre órganos del Estado que comparten, sin embargo, la actuación del *ius puniendi*. En ella también se encontraba, implícita, la división del enjuiciamiento en dos periodos principales: averiguación previa y proceso. Más adelante volveré, brevemente, sobre este asunto. Diré desde ahora que el sistema procesal penal acusatorio —o con componentes primordialmente acusatorios— quedó instalado en la Constitución mexicana en 1917; no es fruto de la reforma de 2008, aunque ésta haya introducido importantes precisiones y desarrollos para acentuar el carácter acusatorio del enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional.

El artículo 21 recoge un principio de legalidad. Acaso será mejor decir que incorpora una de las principales manifestaciones o proyecciones del gran principio de legalidad penal. Recordemos que el sistema punitivo ha ingresado, progresivamente, en un régimen de legalidad estricta, más intensa, con mucho, que la legalidad rectora de otras ramas del ordenamiento jurídico. Este es el fruto de una larga y dolorosa experiencia histórica. Fue en la materia penal, precisamente, donde se ejerció con la mayor opresión y gravedad el poder tiránico del Estado. El amplísimo arbitrio del soberano volcó ahí su aparato de intimidación: delitos y penas arbitrarios —esto es, dispuestos por el arbitrio de la autoridad, no por la letra de la ley—; aquéllos, muy numerosos e impredecibles; éstas, muy severas y afflictivas.

Tal era el panorama de Europa cuando advino el liberalismo humanista: una reacción profunda de las ideas y las costumbres. El anuncio de esta rebeldía y de la inminente transición se produjo en las obras políticas más ilustres del siglo XVIII. Entre ellas descuella, para el tema penal que ahora nos interesa, el famoso *Tratado de los delitos y de las penas*, debido a César Bonesana, marqués de Beccaria. Ese gran principio de legalidad se distribuye en las diversas facetas del sistema penal —sustantiva, adjetiva, ejecutiva, e incluso preventiva— y ha quedado consignado en varios preceptos constitucionales. El artículo 14 reconoce el dogma de la irretroactividad desfavorable de la ley (primer párrafo, con aplicación universal) y el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege* (tercer párrafo), eje del derecho penal contemporáneo. Con este postulado se vincula el artículo 16 de la misma ley suprema, que condiciona la injerencia de la autoridad en el ámbito de libertad del individuo.

La legalidad judicial se halla en diversos preceptos, a saber: artículo 13, que proscribe los tribunales excepcionales y deja subsistente la justicia penal castrense (fuero de guerra o militar, dice el precepto); artículo 14, segundo párrafo (*nulla poena*

sine iudicio y nulla poena sine iudex); artículo 17 (derecho y acceso a la justicia independiente, que resuelva en forma pronta, completa e imparcial, sin perjuicio de la apertura de vías autocompositivas); artículo 20 (también el postulado: no hay pena sin juez que la disponga), y, finalmente, artículo 21 (distribución de las funciones inherentes al *jus puniendi* y énfasis en la proyección judicial del citado principio de *nulla poena*). La legalidad ejecutiva se recoge, principalmente, en el artículo 18.

En ocasiones se ha propuesto recibir nuevamente estos principios, con mayores o menores modalidades de formación, en la ley secundaria. Es posible hacerlo y, hasta resulta interesante. Sin embargo, no es indispensable la reiteración en los dos planos preceptivos; basta con el mandato constitucional: el orden jurídico es un sistema al que concurren múltiples piezas, en tal virtud la estipulación constitucional (suprema y vinculante) rige ya como mandamiento y fuente de interpretación en el conjunto de ese sistema.

Señalé que en el contenido del artículo 21 se ubicaron dos instituciones centrales del régimen penal mexicano: el Ministerio Público y, anteriormente, la Policía Judicial (hoy, las policías que intervienen en la investigación de los delitos). Agreguemos los órganos y sistemas que resultan del nuevo régimen de seguridad pública. Me referiré a la primera de aquellas instituciones, todavía sujeta a frecuentes revisiones y debates, que líneas adelante veremos.

En este punto, la fórmula tradicional del artículo 21, revisado en 2008, postuló que “la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”. Así se contempla el derecho persecutorio (*jus perseguendi iudicio*), esto es, el ejercicio de la acción penal, además de la preparación de dicho ejercicio, lógica y jurídicamente vinculada a aquél. Es por ello, y por una vasta serie de antecedentes e interpretaciones, que dominó hasta 1994 la tesis sobre el monopolio de la acción penal, instituido por la Constitución misma a cargo del Ministerio Público. Tal fue la orientación prevaleciente en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, que no rige en la actualidad.

El conocimiento de los delitos y el procesamiento de sus autores está sujeto, históricamente, a una doble condición: que el Estado asuma, con exclusión de los particulares, la misión de juzgar y, en su caso, sancionar; y que exista un organismo público al que se encomiende poner en movimiento los medios punitivos del Estado.

Pasaré de largo sobre el primer requisito. En cuanto al segundo, señalo que es ahí donde se encuentra, tan cercano o remoto como se quiera, el origen y la razón de ser del Ministerio Público. En efecto, ¿cómo llega al juzgador la información acerca del delito (*notitia criminis*), en forma tal que pueda desplegarse, para todos sus efectos, la actividad jurisdiccional? En hipótesis hay tres vías: esa noticia desencadenante de la justicia llega por conducto de un particular (el agraviado por el delito o cualquier ciudadano, *quivis de populo*); o acude por conducto de un órgano público; o se obtiene mediante la actividad espontánea, oficiosa, del propio juzgador.

De ese elenco de posibilidades se desprenden, en concepto de algunos, los grandes sistemas de enjuiciamiento conocidos en la historia. Si el mismo juez se lanza a la investigación de delitos, esto es, inquiera oficiosamente para descubrir comportamientos punibles, despliega pesquisas, nos hallamos ante el régimen inquisitivo. En éste,

un solo órgano público (el tribunal) cumple las tres funciones procesales: averigua y acusa —no hay acusador autónomo—; promueve y atiende los datos y los argumentos de descargo —no hay defensor independiente—, y resuelve mediante sentencia.

Cuando se necesita la actuación de un particular para que el juzgador inicie y lleve adelante el juzgamiento de un (supuesto) delito, nos hallamos en el marco del régimen acusatorio. La facultad de promover la tarea jurisdiccional queda en manos de un particular, el actor procesal; si no hay actor, el juez se abstiene de intervenir. Esto se expresa como *nemo iudex sine actore*.

Finalmente, cabe que la actividad jurisdiccional se condicione a la existencia de un actor, pero éste ya no sea un particular, sino una institución del Estado. Así ha sucedido cada vez más; en este escenario aparece y se desarrolla el Ministerio Público, órgano investigador y acusador; personaje en el debate que ocurre entre las partes, bajo la presidencia, conducción y decisión del juzgador. Algunos tratadistas consideran que la intervención del Ministerio Público es característica de otro sistema de enjuiciamiento: el mixto. Sin embargo, la aparición y función del Ministerio Público, independiente del juzgador y concentrada en el ejercicio de la acción penal, permite el deslinde de funciones requerida por el régimen procesal acusatorio. Así quedó establecido en el texto original de la Constitución, en 1917.

El Ministerio Público tiene antecedentes en cualesquiera figuras u organismos de carácter público a los que se hubiese confiado, antaño, la misión de “descubrir” delitos y promover el castigo de sus autores. Es larga y compleja la relación de esos antecedentes: *tesmoteti, éforos, quaestori, curiosi, stationari, irenarcas, advocati fiscali, procuratores Caesaris, graffion, missi dominici, consules locorum villarum, ministrales, avogadori di comun, patronus fiscali*, etcétera. Con todo, y sin descrédito de los antecedentes que concurrieron, en un dilatado proceso histórico, al perfil de la institución acusadora, la fuente más cercana y cierta parece hallarse en el derecho francés en torno a la *Révolution*. En los primeros años del siglo XIX emergió el Ministerio Público (*Ministère Public*), armado con sus rasgos característicos.

Digamos dos palabras acerca de la formación del Ministerio Público en México, antes de abordar el tema a la luz de las Constituciones de 1857 y 1917. Suele afirmarse, con buenas razones, que el Ministerio Público mexicano toma su origen en datos españoles, franceses y específicamente nacionales. Entre aquéllos figura el promotor fiscal, en el orden jurídico de la Colonia. Por lo que toca a los franceses, el germen informador está en el órgano que ya mencioné. Los específicamente nacionales serán descritos adelante. A ello hay que agregar, posiblemente, otras influencias: primero la derivada del constitucionalismo norteamericano y de sus regulaciones subalternas a propósito del *Attorney General*, procurador general de los Estados Unidos. Alguna vez se ha mencionado a la *procuratura* del extinto derecho soviético, en lo que toca a la vigilancia de la legalidad, atribución de esa *procuratura* y misión esencial —conceptual y legalmente— de la Procuraduría General de la República en México, que bajo una reciente reforma constitucional deviene Fiscalía General.

En el decreto constitucional de Apatzingán, anuncio de proyectos para la futura nación liberada, se tomó en cuenta la existencia de dos fiscales ante el Supremo Tribu-

nal de Justicia; de ellos, uno tendría función penal; el otro, civil. El artículo 124 de la primera Constitución mexicana, la Carta Federal de 1824, incluyó un fiscal en la Suprema Corte de Justicia: de ahí —entre otros antecedentes— viene la “idea judicial”, valga la expresión, acerca del Ministerio Público, filtrada hasta la Constitución de 1824, que dispuso la adscripción de promotores fiscales en los tribunales de circuito (art. 140).

Este punto fue retomado, en semejantes términos, por los artículos 2º, 12, fracción XVII, 13 y 14 de la Quinta Ley Constitucional de 1836. En la misma línea previnieron las Bases Orgánicas de 1843: un fiscal en la Suprema Corte (art. 116) y fiscales generales ante los tribunales para atender negocios de hacienda y otros asuntos con interés público (art. 194). En las Bases expedidas por Santa Anna, en 1853, se habla de un Procurador General de la Nación, encargado de la atención de los “intereses nacionales” en los negocios que sobre ellos se suscitaren.

Mientras todo eso ocurría en la Ley Fundamental, o en proyectos de ese rango, las normas secundarias también se ocupaban del Ministerio Público, con las designaciones y funciones típicas de la época. Aún dominaba la herencia española; en ésta prevalecía la denominación de “fiscal”, evocadora del tiempo (hoy totalmente superado, pero repuesto en usos y expresiones de los últimos años) en que ese funcionario asumía la defensa de los intereses patrimoniales inherentes al fisco. Después aparecieron: la notable Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, del 15 de junio de 1969, y el Código de Procedimientos Penales de 1880. Con ellos nos encontramos ya bajo el imperio de la Constitución de 1857. Examinaremos ésta.

En el corazón del siglo XIX (una formidable etapa de crecientes preocupaciones liberales, obligadas en la formación de la República independiente) se reunió el Congreso Constituyente. A él arribaban las tensiones y las propuestas de una etapa dura, azarosa, trágica inclusive, en el desarrollo de la nación mexicana. En el centro de aquellas preocupaciones se hallaba, por supuesto, el individuo: ser humano libre, igual a cada uno de sus semejantes, amparado por la ley y respetado por el Estado.

El liberalismo puro, vehemente reacción contra todas las formas de autoritarismo, pero sobre todo contra el autoritarismo del Estado, no podía simpatizar con la emergencia o el crecimiento de órganos públicos a costa de las actividades de los particulares, y ni siquiera con la tutela de los débiles —la vena equitativa del derecho social— que moderase los excesos de la autonomía de la voluntad y la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley. Este “espíritu de la época” frustró las peticiones sociales en materia agraria y laboral. También se proyectó sobre el Ministerio Público y detuvo su expansión. El camino se reanudaría en 1917.

El 21 de agosto de 1856 conoció y debatió el Constituyente un proyecto de artículo 27 redactado como sigue: “A todo procedimiento de orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad”. Esto ocasionaba dos problemas: por una parte, la supresión de los procedimientos judiciales oficiosos; por la otra, el crecimiento del Ministerio Público, órgano del Estado, frente a no necesariamente en contra de los particulares que instaban la función jurisdiccional.

El diputado Villalobos impugnó el proyecto: el pueblo no puede delegar lo que ha de ejercer por sí mismo; en otras palabras, el Ministerio Público “o priva a los ciudadanos del derecho de acusar, o bien establece que un derecho sea a la vez delegado y ejercido”, situación que el congresista calificó de absurda. Entre los favorecedores del proyecto figuraron Díaz González, Cerqueda y Mata, adversarios del procedimiento judicial oficioso. Es monstruoso indicó Cerqueda, por ejemplo, que el juez sea a un tiempo juzgador y parte. En cambio, Castañeda y Ruiz alegaron contra el propuesto artículo 27. En este sentido, Ruiz destacó lo que era, en su concepto, el mayor beneficio para la sociedad: que el tribunal actuara sin necesidad de intervención del Ministerio Público; de lo contrario, adujo, “ni siquiera podrá un juez tomar una simple declaración aun cuando tropiece con el cadáver de un hombre asesinado, si no procede formalmente acusación”. El proyecto, al final, zozobró.

Entre las fechas de expedición de ambas constituciones de 1857 y 1917, hubo un descollante cambio constitucional relacionado con el Ministerio Público. No se recuperó la propuesta planteada ante el Constituyente liberal, ni se anticipó el futuro artículo 21 de 1917. Surgió, en cambio —merced a la reforma de 1900—, la figura del Procurador General de la República. Ésta quedó constituida con la unión de dos magistrados que hasta ese momento residían en la Suprema Corte: el procurador general y el fiscal general. En lo sucesivo, sus funciones respectivas concurrirían en las del procurador general, encuadrado en el Poder Ejecutivo, ya no en el Judicial. No obstante, la antigua pertenencia de esos funcionarios a la judicatura determinó que el precepto correspondiente continuara ubicado —como ocurre en la Constitución vigente— entre los relativos al Poder Judicial. No me extenderé más en este punto, que concierne a los comentarios sobre el artículo 102.

La hora estelar del Ministerio Público mexicano, institución constitucional, se vivió en 1916-1917. Después habría momentos luminosos o sombríos, asociados no tanto a la legislación reglamentaria —que ha sido, desde luego, muy importante—, sino al cumplimiento o incumplimiento de los principios supremos y de sus desarrollos secundarios. Una vez más diremos: el problema ya no reside en la ley, sino en la observancia de ésta por los encargados de honrarla.

En aquella hora que corrió en el Teatro Iturbide de Querétaro —luego designado, mejor, como Teatro de la República— el primer tiempo se abrió con un vigoroso texto de Carranza dentro del mensaje con que presentó el proyecto completo ante el Congreso. Tómese en cuenta que el Constituyente Revolucionario tenía a la vista la infausta actuación de la judicatura porfiriana, instrumento de la opresión y la corrupción que caracterizaron al Porfiriato, por encima de supuestos —y discutibles— aciertos económicos.

Esa desgracia judicial —que algunos diputados habían sufrido en carne propia— determinó el texto de Carranza, orientó la fórmula final del artículo 21 y tuvo resonancia en otras estipulaciones. Este último fue el caso del artículo 14 transitorio de la ley suprema, que suprimió, lapidariamente, la desprestigiada Secretaría de Justicia, así como la Secretaría de Instrucción Pública. La segunda fue repuesta años después, debido a la gestión de un estadista y educador inigualado: José Vasconcelos. Aquélla no ha revivido; sus funciones quedaron distribuidas entre varias dependencias del

Ejecutivo: principalmente la Procuraduría General de la República; además, la Secretaría de Gobernación y, en alguna medida, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Posteriormente, la Secretaría de Seguridad Pública, que últimamente fue suprimida de la Administración Pública Federal.

En esta etapa anterior a las deliberaciones del Constituyente de Querétaro, los jueces de instrucción tuvieron a su cargo la investigación de los delitos. Por ello asumían las funciones llamadas de “policía judicial”. Esta última expresión —vale subrayarlo— designa a una actividad y en ese sentido, precisamente, se habla de “funciones de policía judicial” o a un organismo investigador, y en tal virtud se alude a “la policía judicial”. Los jueces instructores mexicanos no formaban parte de un organismo investigador, pero realizaban tareas de investigación de los delitos. Conviene retener estos conceptos para la debida comprensión del mensaje de Carranza, del debate en el Congreso y de las fórmulas que contiene la legislación constitucional y secundaria.

El Primer Jefe, haciéndose eco de un difundido interés social, describió la situación prevaleciente y propuso soluciones que animaran la esperanza. Sobre aquello dijo que si bien las leyes habían adoptado la institución del Ministerio Público, “tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes (del Ministerio Público) tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia”. Había, pues, un Ministerio Público incipiente, retraído, y en todo caso desvalorizado. En cambio, la judicatura campeaba en tareas impropias de ella. Los jueces han sido, desde la Independencia hasta el Porfiriato, esencialmente iguales a los de la era colonial; a su cargo ha quedado averiguar los delitos, y para ello “siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura”. La sociedad —advirtió Carranza— recuerda:

horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión; [esos indignos juzgadores] “no (respetaban), en su inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley”.

Contra ese estado de cosas se elevó el Ministerio Público. Carranza lo propuso —y ahí está la naturaleza, el nervio de la institución mexicana, siempre pendiente de pleno y luminoso desarrollo— como un factor de justicia procesal y, a la postre, de libertad. La organización del Ministerio Público evitaría el vicioso sistema procesal denunciado, “restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura”; igualmente —continuó el Primer Jefe— esa nueva organización dará al propio Ministro Público: “toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados y la aprehensión de los delinquentes”.

En fin, concluyó Carranza, “con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada”, habida cuenta de las normas acerca

de la detención que aparecían en el proyecto del artículo 16. Sobre estas bases, la propuesta de artículo 21, asignó a la autoridad judicial la imposición de las penas y encomendó a la administrativa solamente “el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la policía judicial, que estará a la disposición de éste”.

El dictamen de la Comisión modificó el proyecto. Se quería colocar al Ministerio Público sobre cualquier autoridad administrativa en lo relativo a la investigación de los delitos. De ahí que se aconsejara decir: “La autoridad administrativa ejercerá las funciones de policía judicial que le impongan las leyes, quedando subalternada al Ministerio Público en lo que se refiere exclusivamente al desempeño de dichas funciones”.

En un primer debate, el 2 de enero de 1917, hubo pareceres favorables al texto de Carranza. Macías hizo notar que el Ministerio Público forma parte del Poder Ejecutivo, de donde se desprende su naturaleza como órgano administrativo. Persuadido, Mújica convino en la necesidad de reconsiderar el dictamen. Otros oradores observaron que la Comisión había suprimido la referencia a la Policía Judicial como cuerpo investigador. En tales términos habló Palavicini.

En la sesión vespertina del 12 de enero, presentó la Comisión un segundo dictamen. Entre otras reconsideraciones figuraba la siguiente: “También incumbe a la propia autoridad (administrativa) la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a la disposición de éste”. Por su parte, el diputado Colunga hizo la crítica del nuevo proyecto de la Comisión y sugirió otro texto, que, con adiciones, acabaría por prevalecer. El dictamen y el voto particular quedaron a discusión el 13 de enero. Macías apoyó el planteamiento de Colunga. El texto fue aprobado en esa misma sesión por ciento cincuenta y ocho votos a favor y tres en contra, emitidos por los diputados Aguilar (Antonio), Cárdenas Zambrano y Rodríguez González. La “fórmula Colunga” pasó a ser estatuto constitucional del Ministerio Público. Ahora bien, para integrar éste se han de tomar en cuenta los otros preceptos constitucionales que mencioné en las primeras líneas de este comentario.

Después de 1917 acudirían al artículo 21 algunas reformas importantes. Líneas abajo me ocuparé en las relativas al sistema de sanciones administrativas y al sistema de seguridad pública. En seguida recordaré las correspondientes al ejercicio de la acción penal, en la inteligencia de que ahora únicamente abordaré los cambios anteriores a 2008, y en la porción final del comentario me ocuparé de las reformas incorporadas en este último año que se hallan vigentes.

El monopolio en el ejercicio de esa acción ha tenido, en rigor, tres elementos constitutivos, que aparejan otras tantas potestades exclusivas conferidas al Ministerio Público para integrar su función constitucional de “perseguir los delitos”. En primer término, compete al Ministerio Público, con exclusión de cualesquiera otras personas o autoridades y sin perjuicio del auxilio que pueda recabar de ellas, llevar adelante la investigación del hecho punible y de la responsabilidad de sus autores y participantes. A esa indagación se denominó “averiguación previa” o investigación.

En segundo término, correspondió al propio Ministerio Público la potestad exclusiva de valorar los resultados de la averiguación previa y determinar si se ha compro-

bado la existencia del delito (el *corpus delicti*, antes de la reforma constitucional de 1993, o los elementos del tipo penal, a la luz de aquélla, que posteriormente cedió de nuevo a favor de la referencia al cuerpo del delito) y se ha acreditado la probable responsabilidad de alguna persona, a título de autor o participante. Tradicionalmente, esta valoración se ha regido por el principio de legalidad, no por el de oportunidad. En el anterior Derecho procesal penal mexicano, la oportunidad persecutoria cobró presencia —más allá de algún supuesto excepcional en el fuero militar— a propósito del condicionamiento persecutorio mediante querrela o a través del perdón, respectivamente, atribuidos a los interesados (legitimados) en alguna de las cada vez más numerosas hipótesis de delitos cuya persecución se supedita a la voluntad privada. Hoy día, como adelante mencionaré, se ha abierto amplio curso el principio de oportunidad.

Por último, el monopolio que ahora examino se integró con una tercera potestad exclusiva del Ministerio Público: la facultad de sostener la acción penal ante los tribunales, desde el momento en que se insta la actuación jurisdiccional de éstos (consignación) hasta el acto en que concluye el proceso. Con alguna frecuencia se cuestionó el monopolio conferido al Ministerio Público. Localizar a éste en el ámbito del Poder Ejecutivo no constituía la mejor garantía para el buen desempeño de esa institución. Se hizo ver que el monopolio, exento de control externo y sometido solamente a procedimientos internos, es decir, en el seno del propio Ministerio Público, podía generar fenómenos de impunidad.

Con base en ese género de consideraciones, el proyecto de reformas constitucionales presentado por el Ejecutivo el 5 de diciembre de 1994 consultó la adición de un párrafo al artículo 21 constitucional, que diría: “La ley establecerá los casos en que podrán impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal”. Ese proyecto formó parte de la amplia iniciativa de reformas al Poder Judicial, dictaminada con gran celeridad en el Senado de la República, el 16 de diciembre de 1994, esto es, a los diez días de enviada la iniciativa. La reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre.

Ahora bien, en el tránsito por la Cámara de Senadores, la iniciativa experimentó algunas modificaciones. En efecto, se estimó pertinente decir que serían impugnables por vía jurisdiccional las resoluciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal. De esta suerte, quedó suprimido el monopolio del ejercicio de la acción penal, al cesar la segunda de las tres potestades que antes referí: la capacidad de resolver sobre la existencia de los supuestos de fondo para el ejercicio de esa acción. La reforma de 2008 —que luego examinaré— retiene este régimen e incluso lo incrementa a través de nuevas legitimaciones procesales del ofendido, que propician un mayor control judicial sobre el desempeño (activo u omisivo) del Ministerio Público.

Mucho habría que decir en favor y en contra de la reforma constitucional de 1994. No es éste el lugar para desarrollar la materia. Tómese en cuenta, por lo pronto, que el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal por mandamiento de autoridad judicial, independientemente de cualquier consideración —convicción, honradamente formada— que el actor tenga acerca de la pertinencia o impertinencia de hacerlo.

La ley secundaria deberá aclarar, por su parte, qué se deberá entender por desistimiento cuando el Ministerio Público solicita el sobreseimiento de la causa o formula conclusiones no acusatorias, por ejemplo.

Añadiré que acaso el Constituyente Permanente (que no había examinado con detenimiento las reformas de 1994, despachadas sin suficiente análisis y en un plazo brevísimo) desconocía el horizonte de la reforma al artículo 21; es decir, no se había planteado seriamente cuál sería el medio de control jurisdiccional de los actos del Ministerio Público sometidos a este. El Constituyente heredó al legislador secundario esa incertidumbre, en forma tal que a varios años de vigencia de la reforma constitucional, ni la Federación ni las entidades federativas habían legislado sobre el particular. Se abrió paso la idea de acudir al amparo a falta de un procedimiento jurisdiccional específico para colmar el vacío. Así sucedió, por obra de la jurisprudencia y de la ley. Vale observar que el Constituyente reformador realmente no se planteó la aplicabilidad del amparo en este campo, sino consideró —ambiguamente, es cierto— alguna otra vía judicial para alcanzar los objetivos propuestos en el nuevo texto del artículo 21.

Conviene abrir aquí un paréntesis para traer a cuentas otro discutido punto en el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público. En virtud del frecuente desvalimiento del ofendido, los autores del Código Penal Federal y del Distrito Federal, de 1931, consideraron pertinente convertir en “pena pública” la reparación del daño, hasta entonces consecuencia civil del delito. Por ende, sería reclamada en el cauce la acción penal, es decir, únicamente el Ministerio Público estaría legitimado para exigir el resarcimiento debido por el inculpado (otra cosa es el exigible a terceras personas), y el ofendido se reduciría a ser un débil coadyuvante del acusador oficial, impedido para actuar directamente ante el tribunal. Fue plausible la intención del legislador de 1931, pero no lo ha sido el resultado: persiste la desprotección del ofendido; a menudo no se reclama el resarcimiento, o se hace sin resultados satisfactorios para la víctima. En consecuencia, fracasó en su conjunto, el sistema proyectado para amparar mejor al ofendido.

Para resolver el problema apuntado en el párrafo anterior, se ha iniciado un gran viraje en esta materia procesal. El paso adelante corresponde a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, ambos expedidos en 1996, y de Tabasco, emitidos en 1997. Estos ordenamientos, recogiendo antecedentes nacionales y extranjeros útiles y reconociendo la realidad del proceso penal y de sus participantes, devolvieron a la reparación de los daños y perjuicios su genuina naturaleza como sanción civil proveniente de una conducta ilícita. No se ignora, sin embargo, las peculiaridades que provienen del carácter de esa conducta: un delito. Por ello, la reparación es reclamable ante el mismo órgano judicial que conoce del delito y de la responsabilidad penal; así, el ofendido —asistido por su asesor legal— podía ejercitar una acción principal; no obstante, si el ofendido no actuaba por cualquier razón: indiferencia, temor, incompetencia; el Ministerio Público asumía obligatoriamente la acción reparadora, que de esta suerte tenía carácter de acción subsidiaria o supletoria. Así se reunieron las ventajas de ambos sistemas: la eficaz iniciativa del ofendido, por una parte, y la fuerza orgánica y procesal del Ministerio Público, por la otra.

A partir de las estipulaciones de 1917, se han multiplicado los ordenamientos concernientes al Ministerio Público. En este ámbito hay que tomar en cuenta tanto las disposiciones contenidas en los códigos federal ordinario, estatales o locales y de Justicia Militar; que gobiernan la materia del enjuiciamiento, como las leyes específicamente dedicadas a la organización y la atribuciones del Ministerio Público, y aquellas otras más abundantes en el fuero federal que aluden a funciones de esa institución en determinados supuestos. Anteriormente prosperó la idea de regular —así, desde el título de los ordenamientos— al Ministerio Público; tiempo después se habló mejor de leyes orgánicas de las procuradurías —de la República, del Distrito Federal o de los estados—, en la que se halla integrada la institución del Ministerio Público. La ley federal de 1983 perfiló al Ministerio Público, quien sería reestructurado en ordenamientos posteriores. Aquella innovó al sistematizar las atribuciones de la institución y establecer un claro deslinde entre la materia legal y la materia reglamentaria.

En este campo destaca, por lo que hace al Ministerio Público federal —y, en suma, a la Procuraduría de la República— la misión de vigilar la observancia de la legalidad. En la circular del procurador 1/84, del 23 de abril de 1984 (*Diario Oficial de la Federación* del 24 del mismo mes) se dijo:

La más elevada función a cargo de esta institución y de los funcionarios correspondientes, su prioritaria misión constitucional y legal, reside en la vigilancia activa, resuelta e inclinable de la observancia de los principios de constitucionalidad y legalidad.

He ahí, por ejemplo, la razón y el propósito del Ministerio Público Federal en el juicio de amparo; en éste atiende al interés de la juridicidad, es mucho más que un mero regulador del procedimiento, como a veces se ha dicho. Por su naturaleza de custodio de la legalidad, el Ministerio Público puede y debe actuar en la protección de los intereses legítimos de los particulares, aunque no se constituya, formalmente, en representante judicial de éstos o en asesor en juicio. En este carácter, el Ministerio Público anticipa una actividad de *ombudsman*, que esforzadamente buscaron las leyes orgánicas de 1983 y la aplicación institucional de éstas. Sin embargo, esta orientación no logró el importante desarrollo que merecía.

Hay otras muchas y muy notables atribuciones del Ministerio Público, además de la conocida y evidente actividad persecutoria, a la que se contrae el artículo 21. La suma de aquéllas, debidamente desenvueltas, actualizadas, enriquecidas, rescataría el prestigio y la grandeza de la institución y haría del Ministerio Público un verdadero “representante social”, más allá de ser un investigador de delitos y actor penal.

La naturaleza del Ministerio Público, órgano del Estado, comprometido con la legalidad estricta, no con la acusación a ultranza, confiere a aquél características propias en su desempeño como parte procesal; entre ellas la de ser parte “de buena fe” o, paradójicamente, parte “imparcial”. Con esto se quiere decir, sencillamente, que al Ministerio Público le interesa la aplicación objetiva y puntual de la ley (otra manifestación del interés de la juridicidad), que sanciona al culpable y protege al inocente. En tal virtud, el Ministerio Público se halla rigurosamente vinculado a la ley —vinculación

que emana del cargo público y que “responsabiliza” al titular de éste—, como lo está el juzgador. Por ende, la magistratura que ejerce el Ministerio Público se aproxima naturalmente a la que ostenta el juzgador, y se aleja, en este punto, de la función de parte procesal que en hipótesis lo acerca o identifica con el inculpaado y su defensor.

El texto constitucional que originalmente fijó el cometido penal del Ministerio Público (además del artículo 102) se refirió igualmente a la Policía Judicial. Quiso el Constituyente de 1917 que ésta fuera un cuerpo dependiente del Ministerio Público y que interviniera con él en la persecución de los delitos. Conviene recordar que el trabajo policial tiene, en síntesis, una doble orientación. De una parte, la policía previene delitos y cuida el orden público: ésta es la policía preventiva, gubernativa o administrativa, ajena al Ministerio Público, aunque deba colaborar con él. Por otra parte, la policía lleva adelante la investigación de los delitos: la Policía Judicial (posteriormente se suprimió esta última calificación; en la legislación ordinaria y en la práctica se habló tanto de policía judicial, como de policía ministerial o policía investigadora) subordinada al Ministerio Público y encuadrada en las procuradurías de justicia. Así lo resolvió el Congreso Constituyente de 1916-1917.

Ahora bien, en este punto se produjo una reforma al texto constitucional, traída por una de las dos iniciativas del 18 de marzo de 1996, presentadas al Senado de la República. Aquélla consultó reformas a los artículos 16, 20, 21 y 73; la otra, a la fracción I del artículo 20 constitucional, acerca de libertad provisional bajo caución. Dictaminadas ambas de una vez, el primero de abril del mismo año, dieron lugar al decreto de reformas del 2 de julio de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* al siguiente día.

La primera iniciativa, es decir, la relativa a los artículos 16, 20, 21 y 73 tuvo un cuestionable origen. En 1995 se propuso la expedición de una ley para enfrentar el crimen organizado (grave realidad, recogida en la reforma de 1993 al artículo 16 de la Constitución, con una técnica jurídica muy discutible). Sometido a cierto sector de la opinión pública y especializada, ese proyecto fue objetado por razones de constitucionalidad. Evidentemente, contenía previsiones contrarias al sistema constitucional mexicano. Así las cosas, se resolvió ajustar la Constitución al proyecto de reformas, en tal virtud se inició el proceso de modificación constitucional al que ahora me refiero.

En alguno de los textos previos a la iniciativa y preparatorios de ésta, se expuso la intención de agravar a fondo las consecuencias sancionadoras de las faltas a los reglamentos gubernativos y de policía. Pero de este asunto me ocuparé en otra parte del presente comentario. Igualmente, los documentos preparatorios de la reforma del artículo 21 sugirieron excluir la palabra “judicial” en la denominación del órgano policial contemplado en dicho precepto, acaso para evitar que se creyese que dicho órgano forma parte del Poder Judicial, y no de la administración pública. Nuevas denominaciones afloraron, a saber: policía “ministerial”, por hallarse subordinada al Ministerio Público, o bien, policía de “investigaciones”, en virtud de la misión investigadora de delitos que le corresponde.

No fueron recogidos los nuevos nombres en el texto del artículo 21 aprobado por el Constituyente Permanente. Éste se limitó a retirar del precepto la voz “judicial”,

para decir solamente que el Ministerio Público “se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”. De este modo se consumó una reforma a todas luces irrelevante y superflua, que de ninguna manera justificó la actuación del poder revisor de la Constitución, cuyo quehacer debiera reservarse para modificaciones de verdadera trascendencia.

El tercer tema del artículo 21 concierne a lo que se ha dado en llamar Derecho penal administrativo. Aquí vienen al caso conductas cuya ilicitud es menos grave o intensa que la de los delitos: faltas o infracciones. Procede señalar que el Derecho penal de orientación humanista —se suele decir “democrática” — entiende que sólo deben ser considerados como delitos —y “tipificados”, consecuentemente, en la ley punitiva— las conductas que más severamente afectan la vida en comunidad, aquellas que lesionan o ponen en peligro, con gravedad, los bienes jurídicos de mayor jerarquía. A éstas corresponden las penas regularmente aceptadas: capital, prisión prolongada, multa de elevada cuantía, etcétera. La sanción penal viene a ser así el último recurso del control social, no el primero.

Si un comportamiento merece reproche, pero no tiene la entidad antisocial del delito, el orden jurídico acuerda otro género de consecuencias jurídicas: sanciones civiles o administrativas, semejantes en naturaleza a las penas del régimen punitivo ordinario, pero mucho menos rigurosas que éstas. Cuando se trata de faltas que lo son a las leyes o reglamentos administrativos nos hallamos ante el Derecho penal administrativo o Derecho de las contravenciones. Hubo un tiempo en que nuestro sistema normativo, a ejemplo del Código Penal francés de Napoleón, contuvo tanto los delitos y las penas como las faltas y las sanciones administrativas. Hoy ocurre otra cosa.

El precedente inmediato del artículo 21 de 1917, en este orden de cuestiones, se encuentra en el artículo del mismo número de la Constitución de 1857, que facultó a la autoridad política o administrativa para “imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modos que expresamente determine la ley”. En el Congreso de 1856-1857 esta prevención —contenida en el proyecto del artículo 30— se aprobó el 22 de agosto de 1856. Como se ve, el Derecho penal administrativo, a la luz de la Carta de 1857, debía quedar depositado en normas de rango legal, precisamente. En esta virtud, dominaba el principio de legalidad: no hay falta ni sanción sin ley que las disponga. Fue por ello que el Código Penal Federal y para el Distrito Federal de 1871 incluyó un libro acerca de las faltas y sus sanciones. El tratamiento de la materia se modificó radicalmente en 1917.

Ya he dicho en qué términos se presentó ante el Congreso de 1916-1917 el proyecto carrancista de artículo 21, que sobre este asunto atribuía a la autoridad administrativa, “por medio del Ministerio Público y de la policía judicial”, el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos. En el primer dictamen de la Comisión, presentado el 2 de enero de 1917, se modificó el proyecto. Así, se atribuyó a la autoridad administrativa:

El castigo a las infracciones al Reglamento de Policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas, pero si el infractor no pagare la multa que se

le hubiere impuesto, se permutara ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.

En el debate parlamentario, Rivera Cabrera propuso fijar también el máximo de la multa, pues no bastaba —dijo— con la estipulación del artículo 22 que reprueba las multas excesivas. Mújica replicó que la omisión se debía al propósito de que la autoridad graduase el monto de la multa tomando en cuenta las circunstancias del infractor. Por la determinación de aquel máximo se pronunciaron los diputados Macías, Rivera Cabrera, Mercado, Jara y Silva Herrero; en contra, Mújica. El segundo dictamen de la Comisión no aportó novedad relevante en este extremo. Como vimos, ese segundo dictamen y el voto particular de Colunga se sometieron al Congreso el 13 de enero. En esta fecha el legislador José Álvarez hizo una propuesta que establecería la equidad en el derecho de faltas: que cuando se tratase de multa impuesta a un obrero, aquélla no excediera de la mitad del salario mínimo correspondiente a quince días. La benéfica propuesta de este diputado, en la que también fluyó el signo social que acabaría por perfilar la Carta de 1917, dio lugar a la adición de un párrafo: “Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana”.

En 1982 se acentuó el dato social en el derecho constitucional sobre las infracciones. En efecto, el Ejecutivo propuso reformar el artículo 21 para limitar a treinta y seis horas el arresto administrativo, y al salario de un día la multa contra jornaleros u obreros. Las Comisiones dictaminadoras en la Cámara de Diputados —primera que intervino en el proceso ante el Constituyente Permanente— sugirieron ampliar la iniciativa para extender sus beneficios a los trabajadores no asalariados, que “constituyen un vasto sector de la población de bajos ingresos, [y] hacer una referencia expresa a los trabajadores de ingresos mínimos para que resulten beneficiados por la presente reforma”.

De tal manera prosperó la reforma, que limitó el arresto a treinta y seis horas en todo caso, restringió la multa contra jornaleros, obreros o trabajadores a un día de su jornal o salario, y dispuso que la multa aplicable a trabajadores no asalariados no excediese del equivalente a un día de su ingreso. En la práctica, la plausible innovación ha permeado otras ramas del derecho. Efectivamente, hoy es uniforme la limitación del arresto a treinta y seis horas, aunque se trate del que como apremio o corrección imponen las autoridades judiciales, que ciertamente no es consecuencia de una falta de policía. En 2008 se añadió una sanción al catálogo del artículo 21, inspirada en los sustitutivos de la pena privativa de libertad: trabajo en favor de la comunidad.

Para concluir el examen de este asunto, es pertinente observar que el texto del artículo 21 dio entrada a los llamados reglamentos “autónomos”, es decir, a los ordenamientos administrativos que no derivan de una ley —y que en esta virtud son “heterónomos”—, sino directamente de la propia Constitución. Generalmente se interpretó el artículo 21 en el sentido de que todo el sistema de faltas, definición de éstas, previsión de sanciones, creación de la judicatura especializada y procedimiento respectivo, se hallaba librado a normas reglamentarias; no regía aquí, pues, el principio de legalidad.

Ese modo de ver las cosas se modificó, en mayor o menor medida, al amparo de diversas novedades. Citemos primero la reforma al artículo 115 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, que faculta a los ayuntamientos para expedir bandos de policía y buen gobierno “de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los estados”. Por esta vía se restablece la presencia de la ley en el orden de las faltas de policía.

Mencionemos, en segundo lugar, la progresista Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno, del 28 de diciembre de 1983, que abrió una nueva era en el tratamiento jurídico de la materia y que luego fue relevada por otros ordenamientos. Esa ley, fundada en una reinterpretación de la norma constitucional, se sostuvo en la aconsejable distinción entre cuestiones sustantivas (faltas y sanciones) y orgánicas y procesales. Aquéllas se mantuvieron en el nivel del reglamento; las segundas quedaron incorporadas en el plano legal. El artículo 2º de la referida ley caracterizó las faltas de policía como “las acciones u omisiones que alteren el orden público o afecten la seguridad pública, realizadas en lugares de uso común, acceso público o libre tránsito o que tengan efectos en estos lugares”.

Antes mencioné que los documentos preparatorios de la reforma de 1996 deslizaron algunas propuestas previas a la formalización de la iniciativa y, desde luego, a la adopción del texto vigente. Señalé lo relativo al cambio de nombre del órgano de policía que auxilia al Ministerio Público. Sin embargo, el asunto verdaderamente importante a propósito del artículo 21 tuvo que ver con la materia de faltas de policía y buen gobierno. En este extremo, los anteproyectos sugirieron el retorno al sistema anterior a la reforma de 1982, esto es, la posibilidad de que las faltas fuesen sancionadas hasta con quince días de arresto, y no apenas con treinta y seis horas.

La intención de dar marcha atrás a las manecillas del reloj constitucional era, sin embargo, más grave; en efecto, en la exposición de motivos de algún anteproyecto se indicó expresamente la conveniencia de que las faltas fueran sancionadas hasta con tres meses de privación de libertad, y se observó que la opinión pública probablemente rechazaría semejante ampliación en las sanciones, por lo que resultaba pertinente contraer el cambio a las citadas treinta y seis horas. En consecuencia, el propósito —tal vez pendiente para un intento posterior— iba mucho más allá que el cambio sugerido por lo pronto. Las opiniones de diversas personas consultadas sobre este punto de la reforma fueron uniformemente adversas o al menos mayoritariamente desfavorables, y acaso por ello el tema ya no figuró en la iniciativa. De tal suerte, ésta se confinó a la insulsa remoción del calificativo de “judicial” que el texto anterior asignaba a la policía dependiente del Ministerio Público.

En 1994 fue también adicionado el artículo 21 a propósito de la seguridad pública, según manifesté anteriormente. Conviene advertir que desde hace algún tiempo se han vinculado estrechamente las cuestiones de seguridad pública con los temas de procuración y administración de justicia, a pesar de tratarse de materias que pueden y deben ser analizadas en forma separada, aunque conexas.

En la relativamente reciente visibilidad de la seguridad pública, convertida en un tema político de primer orden, que figura a la cabeza de los asuntos más preocupantes

en el desarrollo de las campañas electorales y los programas de gobierno, influyen seriamente el crecimiento de la delincuencia, así como las transformaciones de la criminalidad, que en alguna medida corren paralelas a otros procesos sociales. Se ha conservado la tendencia al incremento en el número de delitos tradicionales, y a éstos se han agregado, ampliamente, los “nuevos delitos”. Los problemas de seguridad y justicia han aumentado en los últimos años, como se vio en los trabajos preparatorios de la reforma del 2008, a la que dedico la parte final de este comentario, y se ha seguido viendo —ampliamente— en otras tareas legislativas posteriores.

El hecho de que México sea una República federal, con rasgos propios, ha suscitado algunos problemas en los rubros de la seguridad y la justicia, que frenan —hasta cierto punto— la adopción de medidas verdaderamente nacionales, vertebradas con criterios e instrumentos uniformes. Esto ha llevado a pensar en regímenes consensuales que vinculen a la Federación y a las entidades federativas a través de principios, programas y acciones compartidos. También ha generado otros métodos de unificación legislativa, como las llamadas leyes generales. Ya en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983, que constituyó, en su hora, el más intenso esfuerzo de modernización dirigido a poner al día la organización y las funciones de esa dependencia federal, se puso énfasis en la atención nacional de la procuración de justicia, inscrita en el proceso de desarrollo del país y expresada en actividades deliberadas de largo plazo, no solamente coyunturales o circunstanciales. Tal intención quedó patente en el texto original de esa ley y en adiciones del 2 de diciembre de 1987. El conjunto instituyó un régimen de convenios de colaboración policial, entre otros, y planteó las bases para el sistema nacional de procuración de justicia. Tales son los antecedentes más claros y directos de la rápida reforma constitucional de 1994, al calor de acontecimientos que mostraron graves errores y deficiencias en la seguridad pública.

Es importante advertir que la seguridad pública, en el sentido en que ahora la entendemos, apareja la existencia y persistencia de condiciones de vida social que auspicien razonablemente el desarrollo individual y colectivo. En rigor, aquella expresión de la seguridad debiera correr en el cauce de la seguridad ciudadana, y más todavía, de la denominada seguridad humana. A su vez, esto implica certeza y positividad de las obligaciones y los derechos de los particulares, en un marco de paz y tranquilidad debidamente sustentado por acciones liberadoras y justicieras de la sociedad y del Estado. La seguridad —como intangibilidad de bienes y disfrute de derechos— es la misión nuclear del Estado, la explicación genética del poder político: la primera cláusula del hipotético contrato social contendría la renuncia al ejercicio de ciertos derechos “naturales” en favor de la tutela pública de los bienes más preciados de los contratantes.

La seguridad pública puede ser examinada —y suele serlo— bajo dos perspectivas. La primera de ellas, la más elemental y, por supuesto, la menos eficaz y convincente, es la estrictamente policiaca. Desde este punto de vista, la seguridad es apenas un asunto de las fuerzas del orden público: policía, en primer término, y ejército, en último análisis. Dentro de esta misma versión de la seguridad pública juegan un papel dominante los órganos de procuración y administración de justicia. La segunda perspectiva, obviamente más racional y satisfactoria, aborda el tema a través de sus causas, no únicamente

de sus síntomas: rehúsa la explicación trivial de la inseguridad y demanda la entronización de los verdaderos factores —profundos y persistentes— de seguridad pública. Se trata, así, de una versión integral del fenómeno, que destaca los datos políticos, económicos, culturales, sociales, etcétera, de la seguridad individual y colectiva.

Esa versión se puede formular, para fines expositivos, con una expresión concisa: una sociedad oprimida e injusta es una sociedad insegura, no obstante los aprestos represivos que se pongan en movimiento para disuadir o cancelar las conductas tituladas como antisociales. Desde luego, la perspectiva integral acerca de la seguridad pública —y de su contrapartida, la inseguridad— no excluye en lo absoluto el debido despliegue de métodos preventivos y persecutorios de carácter policial o punitivo.

La adición de tres párrafos al artículo 21, en el proceso reformador de 1994, tiene raíces en ambas perspectivas sobre la seguridad, aunque dominan, manifiestamente, las conectadas con la noción policiaca de este asunto. En esos párrafos figuran cuestiones correspondientes a dos categorías en la consideración del problema, a saber: conceptuales e instrumentales.

En 1994, la iniciativa del Ejecutivo federal planteó al Constituyente dos nuevos párrafos en el artículo 21. El primero estuvo redactado en la siguiente forma: “La seguridad pública estará a cargo del Estado. La actuación de las policías de la Federación, de los estados y de los municipios, se regirá por los principios de legalidad, honradez y eficiencia”. El segundo párrafo sostenía: “La Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios están obligados a coordinarse en materia de seguridad pública, en los términos que la ley señale”.

La revisión de la iniciativa en el Congreso determinó precisiones o modificaciones importantes en el texto propuesto. Ante todo, quedó en claro el reconocimiento de que la seguridad pública es una función estatal. Ahora bien, el Constituyente procuró definir este punto a la luz de ciertas inquietudes federalistas —o bien, si se prefiere, en virtud de reglas determinadas sobre distribución de atribuciones y actividades— que han dominado, cada vez más, el discurso político actual. De ahí que se dijera “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala”. Esta expresión tiene mayor hondura que el simple mandato acerca de coordinación operativa contenido en el proyecto de reforma constitucional.

El mal estado de las corporaciones policiales, tanto preventivas como investigadoras, fundó la propuesta relativa a los principios para la actuación de la policía. Últimamente ha cobrado terreno una técnica legislativa que incorpora en la ley misma los principios a considerar para el despacho de las funciones públicas, la organización de los servicios o la atribución de facultades y deberes, más la exigencia de responsabilidades.

Como antes dije, la iniciativa proponía una relación de tres principios a considerar en la actuación de “las policías”, esto es, las corporaciones policiales. El texto que finalmente prosperó sustituye la referencia a “las policías” por una alusión a “instituciones policiales”, genéricamente vinculada, dada la estructura del párrafo, a los diversos planos o niveles del Estado, y añade un principio más: “profesionalismo”. Es deseable que la actividad policial quede, por fin, en manos de verdaderos profesiona-

les —como otros servicios públicos— calificados para el buen desempeño de su actividad, a los que por otra parte se reclute, seleccione, prepare, remunere, supervise y trate en general, como corresponde a los integrantes de un auténtico cuerpo profesional.

En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial se dijo que “ante la creciente capacidad organizativa y movilidad de la delincuencia organizada, el Estado mexicano no debe ni puede hacerle frente mediante una estrategia desarticulada”. Inmediatamente después se ponderó la necesidad de corresponsabilidad y articulación entre los tres niveles de gobierno, todo lo cual conduce a un “sistema de coordinación” que sea “verdaderamente un esfuerzo nacional en que los órganos constitucionales que dan cuerpo al federalismo participen con iguales derechos y en condiciones equitativas en la realización de un deber común: garantizar la seguridad y la tranquilidad de la población”. El texto aprobado entonces por el Constituyente expresó mejor que la iniciativa y la idea contenida en ésta, que no solamente apunta a ciertas actividades coordinadas, sino quiere instaurar un “sistema nacional de seguridad pública”.

Estos designios sustantivos de la ley suprema contaron, en el mismo ordenamiento fundamental, con previsiones instrumentales necesarias. En efecto, la fracción XXIII del artículo 73 facultó al Congreso de la Unión para:

Expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, en materia de seguridad pública, así como para la organización y funcionamiento de la carrera policial en el orden federal.

Este tema volvió a la reflexión del Constituyente Permanente en la reforma de 2008. El 8 de diciembre de 1995 fue expedida la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de diciembre. Este ordenamiento contuvo definiciones acerca de la materia que aborda, y estableció un Consejo Nacional de Seguridad Pública, en el que figuran los secretarios de Gobernación, que lo preside, Defensa, Marina y Comunicaciones y Transportes, los gobernadores de los estados, el jefe de gobierno del Distrito Federal y el procurador general de la República, así como un secretario ejecutivo del sistema. Este consejo tiene atribuciones de coordinación, más que de autoridad.

Siempre será necesario cuidar escrupulosamente la orientación y suficiencia de las leyes en materia de seguridad pública, persecución de delitos o auxilio procesal que se propongan coordinar las atribuciones de autoridades federales y estatales (no se diga los ordenamientos, tratados, convenciones o simples acuerdos ejecutivos que tengan la misma intención en el plano internacional). Es indeseable dejar un espacio excesivo a los acuerdos administrativos, donde queden en predicamento las atribuciones de las autoridades y los derechos de los ciudadanos. A este respecto ya existe una experiencia preocupante, derivada de la deficiente redacción y la errónea reglamentación —mediante convenios administrativos— del segundo párrafo del artículo 119 constitucional, modificado en 1993, relativo a la extradición de inculpados entre entidades federativas.

Recuperando el camino conducente a establecer una jurisdicción penal internacional ampliamente aceptada, los esfuerzos de múltiples Estados animados por organizaciones no gubernamentales condujeron a la celebración de una conferencia reunida en Roma, en 1998, para conocer el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este instrumento, suscrito el 18 de julio de aquel año, tras arduas negociaciones en las que fue preciso conciliar diversas tradiciones jurídicas y distintas demandas punitivas, constituye un ordenamiento de contenido plural: material, en cuanto prevé los delitos más graves del orden internacional (genocidio, de lesa humanidad, contra el derecho humanitario y agresión, pendiente, este último, de tipificación), instituye la Corte Penal Internacional, regula la competencia de ésta en sus diversos aspectos, fija el procedimiento conducente a la exigencia de responsabilidades penales individuales y dispone la ejecución de condenas.

México, que había expuesto su opinión desfavorable a los tribunales penales *ad hoc*, participó en trabajos preparatorios de la nueva Corte Penal Internacional. Sin embargo, se abstuvo de votar en la Conferencia de Roma, que adoptó el Estatuto de la Corte por amplia mayoría, con el sufragio adverso de siete Estados y la abstención de 21. La abstención de nuestro país obedeció a diversos factores: únicamente el Consejo de Seguridad se halla dotado de la facultad de enviar casos al conocimiento de la Corte, no así la Asamblea General de las Naciones Unidas (independientemente de otras vías para instar el procedimiento); el propio Consejo dispone de la potestad de posponer, sin límite, el enjuiciamiento de los casos sujetos a trámite ante el Fiscal o la Corte; subsiste el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo; se introducen los llamados “elementos del crimen”, que concurren a complementar los tipos penales o a ilustrar sobre el sentido y la interpretación de éstos; se carece de disposiciones punitivas sobre el uso de armas de destrucción masiva, especialmente los medios nucleares, y existe notoria incompatibilidad entre diversas normas del Estatuto y algunas disposiciones de la Constitución General de la República.

La abstención en Roma abrió un espacio de reflexión sobre la pertinencia de suscribir el tratado. Finalmente prevaleció la opinión favorable a la suscripción, que se hizo el 7 de septiembre del año 2000, en la inteligencia de que nuestro país suscribiría el instrumento *ad referendum* y dejaría pendiente la ratificación mientras analizaba sus implicaciones sobre el derecho mexicano e incorporaba en éste, de ser necesario hacerlo como en efecto lo era, las reformas indispensables a partir de la ley suprema.

En este proceso de reflexión, nuestro país tomó nota de diversas posibilidades, exploradas en reformas practicadas por otras naciones para resolver problemas semejantes. Cabía incluir en la Constitución un precepto específico que legitimara la actuación de la Corte en relación con México, o bien, modificar todos los preceptos constitucionales que entraban en conflicto con el Estatuto de Roma, o revisar algún artículo existente para fijar, desde ahí, la operación de la justicia penal internacional en conexión con el orden jurídico mexicano. Al cabo de los años dominaría esta última opción, que determinó la reforma al artículo 21 constitucional.

El primer planteamiento de reforma al artículo 21 fue enviado al Congreso por medio de la Cámara de Senadores, puerta de acceso al Constituyente Permanente, por el

Ejecutivo federal el 14 de febrero de 2002. En la Exposición de Motivos de la Iniciativa se alude a los principios de la política exterior mexicana, a los compromisos internacionales adquiridos por México y a la admisión de otras jurisdicciones: Corte Internacional de Justicia, desde 1947, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 1998. El Ejecutivo planteó, en los diversos párrafos que integraron la propuesta, la posibilidad de atender las resoluciones emanadas de los distintos tribunales internacionales establecidos en tratados de los que México fuese parte. No se reducía el tema, pues, a la Corte Penal Internacional.

Me parece útil, para la comprensión cabal de este asunto, recordar aquí los textos planteados en la iniciativa de 2002. El primer párrafo sugerido en ésta señalaba: “La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados”. Se pretendió, pues, un amplio panorama judicial internacional, inmediatamente aplicable a los órganos ya aceptados por nuestro país ante los que había comparecido o comparecería en el futuro, como son las citadas Corte Internacional y Corte Interamericana.

Bajo cierta interpretación, la misma norma podría extenderse a otros instrumentos internacionales de solución de controversias, no denominados como tribunales, pero dotados de atribuciones jurisdiccionales. Obviamente, esa fórmula amplia cubría a la Corte Penal Internacional y autorizaba el reconocimiento de futuras jurisdicciones convencionales. El segundo párrafo propuesto tenía que ver específicamente con el tema que aquí interesa:

En los casos del orden penal, los procedimientos que llevan a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.

No fue acertada la alusión a tribunales penales, en plural, que contradecía la posición mexicana favorable a la actuación en un solo órgano mundial de esa naturaleza. Finalmente, el tercer párrafo señalaba:

Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes.

El tercer párrafo transcrito se refiere a todos los tribunales convencionales, no solamente a los del orden penal, y deja de lado el carácter vinculante de las resoluciones de éstos con respecto a las autoridades legislativas. Conviene recordar, sin pretender examinar ahora este delicado punto, que a menudo las sentencias de tribunales de derechos humanos declaran la existencia de violaciones en actos legislativos, exactamente como lo hacen las resoluciones de los tribunales constitucionales que examinan la subordinación de una ley a la Constitución.

La iniciativa presidencial no prosperó. Tuvo avance una propuesta surgida en la Cámara de Senadores, que se concretó en el dictamen del 14 de diciembre de 2002 y condujo a la reforma del 2005. En dicho dictamen, elaborado por comisiones en las que participaron miembros de diversas fuerzas políticas tras deliberaciones efectuadas en el seno de éstas, se optó por llevar la reforma al artículo 21 y no a otro precepto constitucional, “en razón de que se propone un reconocimiento que contempla un régimen complementario del contenido en las garantías consagradas en el Título Primero de la Constitución”. Este motivo no bastaba para alojar la novedad precisamente en el artículo 21. La razón de esto se hallaba, en todo caso, en el hecho de que la primicia más relevante que introduce la jurisdicción penal internacional, por lo que hace a la ley suprema mexicana, es el desplazamiento de los órganos persecutorio y judicial internos a favor de los órganos de la justicia internacional.

El mismo dictamen contiene, entre otras cosas, algunas afirmaciones inquietantes, que pudieran resultar equívocas. Por ejemplo, se menciona que “México deberá asegurarse que las definiciones de crímenes contenidos en los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto sean interpretadas de manera congruente con la legislación nacional que al efecto se establezca”. Esta afirmación puede alentar la idea, que sería errónea, de que la tipificación nacional prevalece sobre la internacional. No es así. Nuestro país, como todos los suscriptores del Estatuto, contrae la obligación general de adecuar su régimen interno al sistema penal dispuesto en el Estatuto, cuando se trata de los delitos previstos en éste, no a la inversa. Además, el dictamen sostuvo que:

La jurisdicción de los tribunales mexicanos tendrá primacía sobre la que pudiera ejercer la Corte (Penal Internacional) en determinado caso, por tanto, la entrega de personas quedará condicionada a que primeramente se indague o someta a juicio al inculpado dentro del país.

Tampoco es exactamente así, aunque ciertamente corresponde al Estado la jurisdicción primordial sobre los hechos punibles y las personas responsables. Si esto no ocurriera, el Estado deberá hacer la entrega que se le solicita y en todo caso las resoluciones internas no condicionarían las decisiones del órgano jurisdiccional internacional. No es posible comentar más ampliamente el importante dictamen, del que me he ocupado, al igual que del tema en general y de diversos aspectos específicos, así que lo haré en otros trabajos. Los razonamientos contenidos en aquél culminaron en la propuesta que se convertiría, más tarde, en norma constitucional, a saber: “El Ejecutivo podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Es relevante mencionar que el dictamen procuró razonar esa intervención singular del Senado de la República. Éste, señalaron las comisiones suscriptoras del dictamen, como “garante de la política exterior”, autorizará el ejercicio de la jurisdicción de la Corte conforme a:

La circunstancia de cada asunto en particular, [con el fin de asegurar que las solicitudes] sean analizadas desde la perspectiva del respeto a la primacía de la jurisdicción nacional, la disposiciones del artículo 17 constitucional y la legislación aplicable.

Hubo una propuesta alterna, sustentada por senadores miembros del Partido de la Revolución Democrática (PRD), cuyos términos hacen recordar la fórmula empleada por Francia en su propia reforma constitucional. La alternativa quedó redactada como sigue: “El Estado mexicano reconoce plenamente la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional, en los términos y condiciones establecidos en el Estatuto de Roma y en su ley reglamentaria”. Aun cuando no existe mayor detalle sobre esta alternativa sin perjuicio de la defensa que de ella hicieron algunos de sus autores, vale la pena observar que el texto sugerido destaca el carácter complementario de la jurisdicción internacional, y remite tanto al Estatuto de Roma como a una ley reglamentaria, seguramente interna, que no podría hacer otra cosa que ajustar el procedimiento mexicano a las estipulaciones de Estatuto, pero no condicionar o alterar éstas.

En el debate que siguió a la lectura del dictamen, los adversarios formularon señalamientos enfáticos. Se cede soberanía, se viola la Constitución, la Corte internacional está mediatizada por el Consejo de Seguridad, aquélla sólo actuará en relación con países débiles, la entrega de delincuentes constituye una “ignominia” y la solución adoptada incorpora elementos políticos (el Senado mismo, integrado por fuerzas políticas). Los favorecedores del dictamen, en cambio, adujeron que el instrumento de aplicación se crea precisamente en el ejercicio de la soberanía, que con ello se atiende a una tendencia internacional, que se prevé el necesario control para asegurar equilibrio en el trato entre la Corte internacional y el Estado mexicano y que el órgano legislativo puede intervenir en estas cuestiones: también le compete “decir el derecho”.

La Cámara resolvió, por mayoría de noventa votos, contra catorce y diez abstenciones, no aceptar a discusión la propuesta de los legisladores del PRD. En seguida, éstos abandonaron la sala de sesiones y no participaron en la votación del dictamen presentado por las comisiones. El dictamen recibió noventa y tres sufragios en pro y tuvo diez en contra. Posteriormente, la Cámara de Diputados aprobó la reforma, y otro tanto hizo el número necesario de Legislaturas estatales, hasta culminar aquélla, cuyo texto fue publicado el 20 de junio de 2005.

En el curso del debate no se analizó ni aclaró en qué consiste el régimen de reconocimiento casuístico adoptado por el dictamen, y en su hora por la norma aprobada, y qué ocurriría si la posición mexicana expresada en la ratificación del tratado se estimase incompatible con el objeto y fin de éste y con sus disposiciones. Alguna vez se denominó “salvaguarda” o, más llanamente, “candado”, al régimen de reconocimiento casuístico y condicionado instituido en la disposición aprobada. No sobra advertir que ésta parece encerrar una reserva al tratado, que el instrumento internacional no autoriza.

En mi concepto, la reforma dista mucho de ser afortunada. El doble “candado” pudiera resultar inaceptable: primero, la consideración a cargo del Ejecutivo, caso por caso, que calificaría la pertinencia y admisibilidad de una jurisdicción a la que se ha dado, sin embargo, el reconocimiento del Estado en los términos del Estatuto de Roma puesto que éste no acepta la incorporación de reservas; y segundo, la subsecuente calificación, también casuística, a cargo del Senado de la República. Más allá del carácter político de ese cuerpo, surge un problema por el hecho mismo de que se califique una solicitud de la jurisdicción internacional en forma diferente de la que contempla

el Estatuto. ¿Cómo condicionar las resoluciones jurisdiccionales internacionales a las decisiones ejecutivas o parlamentarias nacionales una vez que México ha ratificado el Estatuto? He aquí un punto importante, que merece cuidadoso examen.

Al día siguiente de la publicación de la reforma constitucional, esto es, el 21 de junio de 2005, se sometió al Senado el Estatuto de Roma. La Cámara lo aprobó por amplísima mayoría de setenta y ocho sufragios a favor y uno en contra, tras escuchar el dictamen correspondiente y oír a cinco oradores, todos ellos en sentido favorable a la aprobación del Estatuto. Queda al frente la gran tarea de revisar diversos ordenamientos internos, tanto sustantivos y orgánicos como adjetivos y ejecutivos, para establecer la liga pertinente entre el sistema normativo internacional y el nacional. Al ocurrir esto dispondremos de un doble régimen penal: el originalmente construido por la propia Constitución de la República, y el establecido a partir de normas internacionales que también son ley suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional, ahora complementado por el 21 en lo que respecta a un conjunto de delitos que esperamos jamás aparezcan en nuestro país.

En mi comentario a los artículos 18, 19 y 20 señalé que diversos extremos del texto actual de estos preceptos, al igual que del artículo 21, al que ahora me referiré, y de otras disposiciones de la Ley Fundamental, proceden de la reforma incorporada en 2007-2008 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008. Este proceso reformador proviene, a su vez, de la imperiosa necesidad de proveer razonables condiciones de seguridad a la sociedad mexicana, alarmada e irritada por el crecimiento desmesurado de la delincuencia en términos cualitativos y cuantitativos y por el fracaso —así calificado por diversos analistas— de las medidas adoptadas para enfrentar y contener la criminalidad, tanto tradicional como “evolucionada”, a la que se suele identificar popularmente bajo el rótulo de “delincuencia organizada”.

La reforma de 2007-2008 contiene diversas aportaciones útiles y convenientes, propias del sistema penal característico de una sociedad democrática —cuyos principios radicales se hallaban ya en el texto constitucional modificado—, y al mismo tiempo ofrece novedades inquietantes, de signo autoritario, reductoras de garantías o creadoras de circunstancias que pudieran desembocar en un sistema penal y procesal penal menos consecuente con las “conquistas de derechos” y las concepciones garantistas aportadas por las mejores tradiciones y desarrollos en materia penal. Ha existido una “transacción” entre exigencias democratizadoras y reclamaciones autoritarias, proyectadas, con diversa intensidad y distintas características, en el nuevo texto constitucional.

En el siguiente fragmento de este comentario me ocuparé solamente de las novedades llevadas al artículo 21 en 2008. En las páginas precedentes he dado cuenta de la materia y el desenvolvimiento de ese precepto hasta la llegada de la reforma de 2008, de gran importancia y trascendencia en todo el horizonte de la justicia penal. Como he manifestado en otros estudios sobre dicha reforma, ésta se propuso reducir en alguna medida la relevancia de la investigación, a cambio de incrementar la del proceso judicial, especialmente en la etapa de juicio o audiencia de fondo. Esto entraña determinadas modificaciones al papel tradicional del Ministerio Público y a las obligaciones probatorias de éste para el inicio del proceso, así como el establecimiento del juez de

control o garantía. El giro en la investigación y en el ejercicio de la acción trae consigo, por supuesto, ciertos cambios en el marco general de los derechos del inculpado.

En el dictamen de “concentración” de las iniciativas de reforma constitucional, fechado el 10 de diciembre de 2007, las comisiones dictaminadoras de la Cámara de Diputados señalaron que la investigación de la posible participación de una persona en un hecho probablemente delictuoso se realizará ante un juez, no ante una autoridad administrativa: de esta suerte se pretende reconocer al imputado:

Su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez [...] y no de forma unilateral por la autoridad administrativa, que a la postre sería quien lo acusaría ante un juez.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 21 dice: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías”. Atengámonos al texto constitucional: la investigación corre a cargo del Ministerio Público y de las policías. Observemos que ha desaparecido del horizonte constitucional la policía judicial, investigadora o ministerial, dependiente del Ministerio Público. En la escena figuran “las policías”. Esto implica que diversas corporaciones policiales asumen funciones investigadoras, con posible quebranto de la unidad de la investigación y de la especialización en esta materia.

Se indica que las “policías” “actuarán bajo la conducción y el mando (del Ministerio Público) en el ejercicio de esta función”: la investigación de los delitos. No es novedad que se pretenda extraer a la policía de la “autoridad y mando inmediato” del Ministerio Público, para adherirla en una corporación independiente de éste, aunque se encomiende al propio Ministerio Público la conducción jurídica de la averiguación, referencia que de ninguna manera significa una verdadera subordinación —que es indispensable, como garantía (aunque débil) de juridicidad— de la policía al Ministerio Público. Desde hace tiempo se ha intentado imprimir este peligroso retroceso al sistema procesal penal mexicano y al régimen íntegro de la seguridad pública. Por supuesto, al hacer esta afirmación no juzgo sistemas similares en otros países, que funcionan bien o con excelencia. Dejo el juicio sobre éstos a las respectivas experiencias nacionales. Ahora únicamente me refiero a México y a su circunstancia.

El citado dictamen de los diputados estableció la intención de la reforma en lo que concierne a las relaciones entre el Ministerio Público y la policía, y entre ésta y otras autoridades, que serán sus verdaderos jefes y a los que, en consecuencia, se hallará sujeta la corporación policial gobernada por principios verticales de autoridad y disciplina (que no desaparecen por decreto) la:

Dirección y mando de la investigación por parte del ministerio público representa una dirección funcional de las labores de investigación y es independiente de la jerarquía de la cual depende la policía, pudiendo estar administrativamente asignada a otros órganos, secretarías o incluso municipios o bien como (*sic*) en las agencias de investigación de delitos, policías ministeriales o judiciales, según corresponda, de las procuradurías estatal o federal. Esto significa que será el legislador estatal o federal el que determinará cómo será esta relación [énfasis agregado].

Hay más expresiones reveladoras en el mismo dictamen. Tal es el caso, cuando éste proclama:

Otro avance, sin duda fundamental, [que] consiste en que el nuevo texto propuesto no prejuzga sobre la adscripción orgánica de la policía investigadora. Esto significa que corresponderá tanto a la Federación como a los estados, decidir, en su propia legislación, la ubicación que consideren óptima para esta policía (investigadora): bien dentro de la propia institución investigadora (procuradurías), bien en otra dependencia de la administración pública como sucede en la mayoría de los países.

Es evidente el riesgo de heterogeneidad extrema, que pudiera ser anarquía, en la organización general —nacional— de la policía investigadora. Por otra parte, es aún más importante señalar que la reforma —que fija una nueva relación entre el Ministerio Público y las policías— también prohíja una relación nueva entre el ciudadano y el Ministerio Público, ambos debilitados en este sector de su encuentro formal, y entre el ciudadano y las policías, éstas fortalecidas con una autonomía orgánica que constituye el primer y natural peldaño hacia una autonomía funcional.

Aun cuando las condiciones de investigación de delitos y responsabilidades penales y el ejercicio de la acción penal se hallan regulados en el artículo 16, no omitiré mencionar ahora —puesto que me estoy ocupando de la función esencial del Ministerio Público: investigación y persecución de los delitos— que la reforma ha reducido en forma manifiesta los requisitos para el ejercicio de la acción y la emisión de la orden judicial de captura. Esta reducción es inconsecuente con el desarrollo garantista del sistema procesal penal y pone en predicamento los derechos de los ciudadanos. La reforma ha prescindido de referencias al cuerpo del delito y a los elementos del tipo penal y ha “aligerado” la carga probatoria del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal. Existe una “flexibilización” en la injerencia del Estado en el ámbito de libertades del ciudadano.

El dictamen de los diputados sostiene, a favor de la solución que propició —y que sería trasladada al texto constitucional— que:

Los procedimientos (ante el Ministerio Público) son muy largos y con excesivos formalismos, el Ministerio Público tiene un gran protagonismo y en la etapa de averiguación previa se lleva a cabo una especie de “mini-juicio”, pues adquiere gran peso dentro del proceso, lo que ha propiciado que en juicio se suelen reproducir casi de manera íntegra los elementos probatorios, restando con ello importancia al juicio y la valoración objetiva que se hace de los argumentos de las partes que intervienen, generando inevitablemente que el ministerio público sea poco competitivo (*sic*), debilitando su efectivo desempeño.

Añade el dictamen:

Considerando que se propone la adopción de un sistema de justicia penal, de corte garantista, con pleno respeto a los derechos humanos, que fomente el acceso a la justicia penal de los imputados, así como de las víctimas u ofendidos, como signo de seguridad jurídica,

a fin de evitar que la mayoría de las denuncias o querrelas sean archivadas por el ministerio público, aduciendo que los datos que arroja la investigación son insuficientes para consignar los hechos al juez competente, es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión, la cual es una de las puertas de entrada al proceso jurisdiccional, que constituya el justo medio entre el legítimo derecho del imputado a no ser sujeto de actos de molestia infundados, pero también su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez y con todas las garantías y derechos que internacionalmente caracterizan al debido proceso en un sistema de justicia democrático, y no de forma unilateral por la autoridad administrativa, que a la postre sería quien lo acusaría ante un juez con un cúmulo probatorio recabado sin su participación o sin una adecuada defensa, y el interés social, de sujetar a un justo proceso penal a los individuos respecto de los que existen indicios de su participación.

Por lo anterior:

Basta que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe, para el libramiento de la citada orden. [El dictamen invoca los caracteres del proceso penal acusatorio y de ahí desprende que] en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido.

Las consideraciones del dictamen no son persuasivas y el sistema adoptado implica un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y sin verdadero avance para la justicia. Los párrafos que he transcrito se refieren a una coyuntura extrema en el trato entre el ser humano y el poder público. No vienen al caso meros tecnicismos ni hay lugar para buenos deseos puramente especulativos. No me detendré más en estas consideraciones. Sigo el examen sobre los nuevos términos del artículo 21.

El séptimo párrafo del artículo 21 estatuye que “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. El Constituyente de 1917 consagró el principio de legalidad. Ahora, la Constitución recoge y proclama el principio de oportunidad. Se trata de una novedad relevante, que deberá ser reglamentada y observada con sumo cuidado. En principio, es razonable la incorporación de criterios de oportunidad, consecuentes con la necesidad de liberar al Estado de persecuciones innecesarias y concentrar sus fuerzas en áreas críticas, así como con el espíritu general de la reforma favorecedor de soluciones compositivas.

La oportunidad no entraña solamente la acción o la abstención persecutorias. Implica negociaciones entre el acusador y el inculcado. Aquél, en uso de criterios de oportunidad, podrá “aligerar el peso de la justicia”, y el inculcado, beneficiario de la potestad discrecional —reglada o no— que ejerce el Ministerio Público —u órgano

equivalente—, logrará moderar el desempeño de la ley y librarse de sanciones que de otro modo lo alcanzarían irremisiblemente. La oportunidad, en suma, pone o quita, a discreción, en los platillos de la balanza que pende de la mano de la justicia.

El dictamen de los diputados señaló —con acierto, en mi concepto— que “los criterios de oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de capital importancia”. Habrá que tener en cuenta este señalamiento —que no pasó expresamente al séptimo párrafo del artículo 21, y por lo tanto quedó alojado entre las buenas intenciones del Constituyente— cuando se defina en qué casos procede y en cuáles no, la negociación penal entre el Estado, a través del Ministerio Público, y el inculpado. El legislador que autorice las hipótesis de transacción deberá descartar, en primer término, aquellos supuestos en que haya “intereses públicos de capital importancia” y dejar la aplicación de las “ayudas penales” otros en los que el interés público sea menor. Por supuesto, no sobra señalar que la operación de estos principios debe analizarse en conexión con las condiciones del medio en el que se pretende imponerlos. Aquí se halla la prueba de fuego. No es este el lugar para examinar la regulación de los criterios de oportunidad que formula el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin embargo, puedo mencionar que abre en demasía las atribuciones del Ministerio Público en una inquietante vía de discrecionalidad.

Es relevante y novedosa la segunda porción del segundo párrafo del artículo 21, aportada por la reforma de 2008. Como antes dije, en nuestro orden procesal penal había prevalecido, hasta años recientes, el monopolio en el ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público. En rigor, el monopolio implica: atribuciones exclusivas de investigación, decisiones únicas sobre el ejercicio mismo de la acción y presencia igualmente exclusiva en la función acusadora (el despliegue integral de la acción penal) a lo largo del proceso. Esta subrayada exclusividad ha cedido. El primer retraimiento ocurrió cuando una reforma constitucional, antes mencionada en este comentario, facultó al juzgador para resolver, a instancia del ofendido, sobre la pertinencia de ejercer la acción o desistirse de ella. La decisión “omnipotente” del Ministerio Público quedó sujeta, en alguna medida, al control judicial. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada estableció un (in)constitucional sistema de averiguación compartida entre el Ministerio Público y la Secretaría de Hacienda, en el supuesto de delitos relacionados con recursos de procedencia ilícita. Ahora se abre la puerta al ejercicio de la acción por particulares.

En principio, la apertura constitucional pudiera traer consecuencias positivas. Hay que juzgarla, por supuesto, a la luz de la experiencias, las circunstancias, las posibilidades reales, los resultados específicos, no apenas bajo la perspectiva abstracta de cierto modelo que pudiera acomodarse o no a las condiciones del país. El artículo 21 no desarrolla mayormente la posibilidad que establece. El alcance de la legitimación procesal del nuevo actor se halla en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que en este orden alude a delitos de menor entidad.

Algunos analistas de la eventual acción privada han expresado el temor de que constituya la puerta de acceso a la pretendida persecución penal de ilícitos civiles, como medio de presión de los acreedores sobre los deudores, experiencia común en

muchas instancias persecutorias. También se ha expresado preocupación por el empleo abusivo de la acción penal para zanjar cuestiones políticas, en tiempos de “ultrajudicialización” de la política, que podría desembocar en la politización de la justicia.

Un progreso muy apreciable trajo consigo la reforma al artículo 21, por lo que toca a la ejecución de sanciones. Ahora dice el precepto que “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial” (tercer párrafo). La importancia de la reforma reside en que se atribuye al juzgador —ya no a la administración penitenciaria o, en general, a la potestad ejecutiva— las decisiones concernientes a la modificación y duración de las penas. Con ello se ha querido retirar a las autoridades administrativas la facultad, que durante mucho tiempo han ejercido, de resolver sobre conversiones de penas, reducciones de la duración de éstas (a través de figuras del Derecho de ejecución, como la libertad preparatoria, la remisión y algunas aplicaciones de la preliberación) y otros supuestos semejantes.

Esta nueva estipulación, que propicia un más amplio despliegue del principio de legalidad y de la garantía jurisdiccional en el delicado espacio de la ejecución penal —particularmente en el dominio de las prisiones—, favorecerá la aparición del juez de ejecución de penas. Éste, que surgió en alguna entidad federativa, no es un administrador de cárceles, sino un órgano a cargo de las decisiones más importantes sobre derechos y deberes de sentenciados y autoridades ejecutoras, depositario de la facultad, de indudable naturaleza judicial, de resolver controversias entre el ciudadano recluido y la administración, que no debe ser juez de los litigios en los que también es parte. Gradualmente ha penetrado el control jurisdiccional en el ámbito ejecutivo, y sobre todo en el espacio oscuro de las prisiones. Lo ha hecho a través de los jueces de ejecución, los tribunales de constitucionalidad y los tribunales internacionales de derechos humanos.

La aplicación de las disposiciones a las que me refiero en los párrafos anteriores se halla sujeta a una norma transitoria especial, diferente de las que conciernen a la generalidad de las reformas y de las que corresponden, directamente, al sistema procesal penal acusatorio. El Constituyente Permanente ha previsto la necesidad de abrir una etapa de reconstrucción del sistema penitenciario o, más aún, del régimen total de ejecución de sanciones, que permita la efectiva operación de las novedades incorporadas en los artículos 18 y 21. Así, el artículo quinto transitorio del decreto de reformas señala:

El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

La materia ejecutiva penal, en su dimensión reglamentaria, se halla prevista en la nueva ley nacional de esta especialidad, expedida en 2016, como consecuencia de la centralización de facultades legislativas en el Congreso de la Unión, facultades que tradicionalmente estuvieron asignadas a los diversos niveles del Estado mexicano.

Antes de referirme al régimen constitucional de seguridad pública —en el marco del artículo 21— conviene mencionar que el sistema de faltas o infracciones de los

reglamentos de policía y buen gobierno se ha mantenido sin variación, con una salvedad. Quedó de lado la necesidad de rescatar en este ámbito el principio de legalidad sustantiva. La salvedad a la que aludo es la introducción de una alternativa sancionadora, al lado del arresto y la multa: el trabajo en favor de la comunidad. La medida tiene origen en el catálogo de substitutivos de la pena privativa de libertad que aportó la más importante reforma penal de las últimas décadas al sistema punitivo ordinario: reforma de 1993. La carencia de instrumentos para la aplicación de los substitutivos ha puesto en crisis el régimen mismo de substitución. Otro tanto podría ocurrir en el espacio de las medidas administrativas que ahora nos ocupan. Por supuesto, sería indeseable que este trabajo en favor de la comunidad se tradujera en quehaceres humillantes, bajo la mirada pública, como ocurrió en otras etapas de la vida urbana.

El artículo 21, que distribuye las funciones de autoridad persecutoria y jurisdiccional conforme a las reglas de la razón y a la división constitucional de poderes, contiene también una segunda materia que ha ganado espacio en los últimos años, al paso que avanza la criminalidad y se enrarecen —hasta extremos nunca vistos— las condiciones de seguridad pública. Este tema, más que el correspondiente a la justicia penal en sí misma, determinó cambios constitucionales anteriores y se halla en el cimiento de la reforma de 2007-2008. En seguida me referiré a la segunda porción del artículo 21, destinada a organizar el régimen de seguridad pública con mayor detalle e intensidad de lo que lo hizo el texto proveniente de la reforma anterior. La nueva regulación debió ceñirse a los términos básicos de la normativa constitucional; resultó, en cambio, excesivamente frondosa y reglamentaria, tal vez para traducir la enorme atención que merece su materia.

El texto reformado indica, tras referirse a la seguridad pública y a la prevención de los delitos, que aquélla comprende “la investigación y persecución para hacerla efectiva”. ¿Hacer efectiva la seguridad o la prevención? Como es obvio, la investigación y persecución no son el único instrumento conducente a la efectiva prevención de los delitos, ni el medio para lograr la seguridad pública en su conjunto.

Tal vez se ha ido demasiado lejos al incluir en este marco “la sanción de las infracciones administrativas”. Éstas poseen un alcance mucho mayor que el correspondiente a las “infracciones de los reglamentos administrativos y de policía”, concepto que utiliza, para diverso fin, el mismo artículo 21. ¿O es que bajo la noción de seguridad pública —y para los diversos efectos de ésta, que no son escasos e irrelevantes— se quiere colocar nada menos que el régimen integral de las sanciones de todas las infracciones administrativas, cuyo universo es extraordinariamente amplio?

El Constituyente Permanente se ha comprometido con una versión penal, policial y judicial de la seguridad pública, que hoy día —y desde hace mucho tiempo, por cierto— se halla francamente desacreditada. En algo alivia este compromiso la referencia a la “prevención de los delitos”, y no solamente a la investigación, persecución y sanción de las conductas ilícitas. La prevención de los delitos franquea el acceso a medidas de orden diverso, no apenas punitivas, pero no dice todo lo que hay que decir a propósito de la seguridad. Antes me referí —y no insistiré ahora en este punto— a las diversas dimensiones de la seguridad que debe alentar o proveer el Estado: segu-

ridad pública, ciertamente, pero sobre todo seguridad ciudadana y, más aún, seguridad humana, cuyo cimiento se halla en el ejercicio de los derechos del ser humano y el cumplimiento de los deberes que en relación con éstos atañen al Estado.

La reforma de 2007 recoge la preocupación mostrada por la innovación de 1996 a propósito del comportamiento —tan relevante para afianzar o desvanecer la seguridad— de ciertas instituciones públicas. El texto de 1996 se refirió a instituciones policiales; el de 2007, más amplia y acertadamente, a instituciones de seguridad pública, que abarcan mucho más de lo que comprenden aquéllas, en la medida en que “seguridad” supera el alcance de “policía”.

El legislador constitucional de 1996 marchó en una línea socorrida por nuestra ley fundamental en los últimos años: enunciar principios que gobiernan el quehacer de sistemas, órganos o autoridades. Mencionó: legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, espejo en el que deben contemplar su figura las instituciones de seguridad, y hacia el que también se vuelven, escépticos, los ojos de los ciudadanos. La reforma de 2008, engrosó la relación con otros principios: objetividad —que suponemos aleja la subjetividad, la discrecionalidad, el arbitrio, el capricho en la atención de los asuntos de la seguridad— y “respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”. Bien que se refiera a éstos, sobre todo si se toma en cuenta que la práctica milita a menudo contra los derechos humanos y que en el discurso y en el debate frecuentemente se enfrentan, como términos antitéticos, derechos humanos y seguridad pública. Aquí existe un falso dilema que es preciso desechar.

El párrafo décimo del artículo 21 dice que las instituciones de seguridad pública “serán de carácter civil, disciplinado y profesional”. Bien que destaque la naturaleza civil de dichas corporaciones. La vocación y la formación de los miembros de la policía difieren, a fondo, de las correspondientes a los integrantes de las fuerzas armadas. No estimo objetable el auxilio que éstas brinden a las corporaciones civiles cuando sean requeridas para ello. Esta colaboración tiene amparo en la Ley Fundamental y en diversas ocasiones resulta necesaria. Lo que se ha cuestionado es la asunción de las funciones policiales por parte de efectivos militares, que entraña riesgos en una doble dirección: para la misión de policía y para el desempeño militar, ambas tareas en el marco de la sociedad democrática y del Estado constitucional.

El mismo párrafo alude al deber de coordinación —no sólo una posibilidad, sino una obligación— del Ministerio Público (las instituciones de éste, se entiende) y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno “para cumplir los objetivos de la seguridad pública”. Esta coordinación es absolutamente indispensable. Debieran quedar atrás, en definitiva, los cotos de poder, la indiferencia funcional y los conflictos entre corporaciones. Sin embargo, no podría significar, en modo alguno, supraordenación de las policías con respecto al Ministerio Público.

El artículo 21 dispone que el Ministerio Público y las instituciones policiales “conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública”, sujeto a ciertas normas mínimas que el mismo párrafo enuncia en sendos incisos. De alguno de éstos, pero sobre todo de la lógica del Sistema conforme a la naturaleza y requerimientos de la seguridad pública, se desprende que en aquél participarán diversas instituciones, no

solamente las ministeriales y policiales, que no alcanzarían a proveer los instrumentos que requiere un verdadero sistema de seguridad.

El Constituyente Permanente formula críticas a la forma en que ha operado el Sistema de Seguridad Pública creado en 1995 y a la regulación de esta materia. El dictamen de los diputados sostiene que ese sistema “no ha garantizado a cabalidad que el servicio público de Seguridad Pública se preste con calidad, a pesar de la amplia inversión presupuestal realizada”. Advierte que mientras:

Hay Estados y municipios que tienen cuerpos policiacos bien capacitados y formados, existen otros en situación menos favorable. A pesar de avances innegables, las propias instituciones federales de policía no han logrado consolidarse como instituciones profesionales y de vanguardia. La Policía Federal Preventiva, a pesar de haber sido constituida hace más de diez años, todavía está intentando consolidarse en un plan de acción para lograr eficiencia.

Esta confesión es inquietante y pone de manifiesto las frustraciones que hubo en el origen de la reforma constitucional. De aquí deduce el Constituyente la necesidad de reformar el Sistema, pero no carga el acento sobre los problemas que existen en las piezas que lo componen, como parecería anunciar el texto transcrito en el párrafo anterior, sino en la necesidad de revisar la legislación y aumentar las atribuciones de las instituciones que conforman el Sistema. En otra oportunidad he señalado que se practica el exorcismo a partir de las leyes y no de lo que ocurre con ellas. En este punto conviene tomar en cuenta la existencia de una propuesta de reorganización de mandos de la policía, que forma parte de una suerte de “miscelánea” penal, contenida en una iniciativa del Ejecutivo federal sujeta a consideración del Congreso de la Unión y no resuelta, todavía, al tiempo de elaboración de estas notas (julio de 2016).

La reforma de 2008 alude a ciertas “bases mínimas” del Sistema de Seguridad. El inciso a) del párrafo décimo del artículo 21 se refiere a la carrera civil —aunque no emplea esta denominación— dentro de las instituciones de cada plano u orden de gobierno:

Selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones, acciones que se hallarán bajo la competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en sus respectivos ámbitos [atentos, sin embargo, a la coordinación que ordena este artículo 21].

La norma constitucional exige la certificación de los integrantes de dichas instituciones. Por una parte —inciso a)—, deja la materia dentro de la competencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios “en el ámbito de sus respectivas atribuciones”. En este momento corresponde tomar en cuenta que se ha reformado la Constitución en numerosos preceptos, con el fin de crear la entidad federativa “Ciudad de México” y desplazar del texto constitucional el antiguo Distrito Federal. Por lo tanto, las alusiones que hacemos al Distrito Federal, invocando textos

normativos previos a la reforma citada, deben entenderse referidas a la Ciudad de México. Por otra parte —inciso b)—, el artículo 21 señala que ningún individuo podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública “si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema”, lo cual parece atribuir a este mismo las funciones de certificación y registro. El cuidado en la redacción habría evitado interpretaciones discrepantes.

La condición profesional de las instituciones de seguridad pública constituye un elemento clave para los buenos resultados en materia de seguridad, mucho más que cualquier otra disposición constitucional. Debe existir correspondencia entre exigencias y prestaciones y garantías, en el marco del servicio civil de carrera. La reforma a la fracción XIII del apartado B del artículo 123 atiende esta necesaria correspondencia cuando ordena que las autoridades de los diversos órdenes de la estructura federal:

A fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social de los agentes del Ministerio Público, miembros de corporaciones policiales y peritos, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

Ello significa que habrá beneficios inherentes a la seguridad social distintos y adicionales a los que brindan los órganos regulares de esta especialidad. El inciso b) reitera o detalla en cierta medida las disposiciones del inciso a), a las que añade alguna novedad instrumental: “establecimiento de bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública”. La redacción es confusa; parece contraerse a la integración de las instituciones, pero la disposición de bases de datos criminalísticos obedece, en sí misma, a requerimientos muchos más amplios que el control de ingreso y permanencia en aquéllas. Atiende a diversos extremos de la prevención y la persecución de los delitos.

El inciso c) señala, a título de base mínima del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “la formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos”. El acierto de esta disposición depende de la lectura que se haga del concepto “base mínima”. Obviamente, la operación del sistema supone la existencia de ciertas políticas públicas y ocurre en el marco fijado por éstas —cosa tan indispensable como infrecuente—, pero la formulación de tales políticas, que tienen amplísimo horizonte, no puede correr exclusivamente a cargo del Sistema Nacional, y menos todavía si éste se conforma —como ha dicho, desafortunadamente, el párrafo décimo— únicamente por el Ministerio Público y las corporaciones policiales. Por lo demás, no basta con la referencia a políticas públicas para prevenir la comisión de delitos; es necesario incluir las políticas necesarias para perseguirlos y sancionarlos.

Como base mínima del Sistema figura la determinación de “la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública”. El régimen de democracia representativa y participativa —sobre todo esto último— reclama la presencia cada vez más amplia, vigorosa y decisiva de la sociedad en las políticas, los programas y las acciones de orden público o interés social, que tradicionalmente quedaron en

manos de autoridades —más o menos representativas—, sin intervención significativa de la comunidad, directamente o a través de entes generados en ella, sin atribuciones formales de Estado o gobierno: organizaciones no gubernamentales. La aparición, el fortalecimiento y la multiplicación de éstas es un hecho relevante —y muy influyente— de la vida contemporánea.

El último inciso de la serie de bases mínimas contiene una necesaria y cautelosa previsión presupuestal, que pertenece a la especie de lo que cierta jerga suele denominar “candados”, es decir, medidas que evitan desviaciones en el cumplimiento de determinados objetivos.

El inciso presume que habrá fondos de ayuda federal a los Estados para seguridad pública a nivel nacional (inversión y gasto), considerando la angustiosa penuria presupuestal de aquéllos y la magnitud de las erogaciones que requiere la seguridad pública. La invocación “a nivel nacional” se puede entender en diversos sentidos: que la seguridad misma es una tarea de escala nacional y los recursos destinados a ella deben considerar ese alcance, como es obvio; y que la Federación debe atender el punto en su dimensión nacional, invariablemente, y no contraerse a brindar apoyos regionales o estatales, evitando así parcialidades e inequidades. El inciso indica que los fondos federales destinados a seguridad pública serán aportados a las entidades federativas y a los municipios “para ser destinados exclusivamente a estos fines”; es decir, no habrá reasignaciones o traslado de fondos al servicio de otros objetivos, por relevantes o apremiantes que sean. He aquí el “candado”.

Los preceptos transitorios del decreto de reformas, publicado el 18 de junio de 2008, señalan: *a*) el Congreso de la Unión expedirá la Ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública, dentro de seis meses contados a partir de la expedición de aquél (queda de lado el hecho de que ya existe un ordenamiento federal en esta materia), y las entidades federativas harán lo mismo, en sus respectivas competencias, dentro del plazo de un año (artículo séptimo); *b*) dentro de los seis meses contados a partir de la entrada en vigor del mismo decreto se constituirá una instancia de coordinación para la operación de las reformas, que contará con una secretaría técnica (artículo noveno); *c*) se dotará de los recursos necesarios a las diversas instancias de gobierno para la reforma del sistema de justicia penal (artículo octavo), y *d*) habrá un fondo especial para el financiamiento de las actividades de la secretaría técnica (artículo noveno).

En el conjunto de la República existen diversos ordenamientos en torno a seguridad pública. Hubo una secretaría de esta especialidad en la Administración Pública Federal —del modo que existen en el marco administrativo de diversas entidades federativas—, que fue suprimida y cuyas funciones quedaron a cargo de una comisión nacional de la materia, colocada en el marco de la Secretaría de Gobernación.

Bibliografía

BAZDRESCH, Luis, *Las garantías constitucionales*, México, Trillas, 1987.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1989.

- CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantía y amparo*, México, Porrúa, 1978.
- , *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, México, Porrúa, 1985.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí, *El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Instituto de Ciencias Penales, 2004.
- , *Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989.
- , *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, M.A. Porrúa, 1988.
- , “Reflexiones sobre el Ministerio Público. Presente y futuro”, en *Estudios jurídicos en homenaje de Alfonso Noriega Cantú*, México, Porrúa, 1991.
- , “Artículo 21. Comentario jurídico”, *Nuestra Constitución*, México, Cámara de Diputados, LIV Legislatura, 1988.
- , *La reforma penal constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, *Tres temas básicos del Derecho internacional humanitario. La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2001.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia Lucila, *La policía de investigaciones en el sistema acusatorio mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013.
- GUEVARA B., José A. y Mariana Valdés Riverol (comps.), *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, México, Universidad Iberoamericana/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002.
- HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, Porrúa, 1988.
- MONTEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 2a. ed., facsimilar, México, Porrúa, 1972.
- RABASA, Emilio O. y Gloria Caballero, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, México, Cámara de Diputados, LIV Legislatura, 1988.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, México, Harla, 1990.
- VALADEZ DÍAZ, Manuel, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2013.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *reforma procesal y Ministerio Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Instituto de Formación Profesional, 2014.
- ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 1988.

Artículo 21

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-II-1993

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

En la aplicación de sanciones administrativas se establece el principio de no dar trato igual a los que no son iguales. La reforma disminuye de quince días a treinta y seis horas el arresto por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de la policía. La sanción pecuniaria no podrá exceder si el infractor es obrero, jornalero o trabajador, el importe de su jornal o del salario de un día. Si el infractor es asalariado, la multa no excederá al equivalente de un día de su ingreso.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 31-XII-1994

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Fueron adicionados tres nuevos párrafos que se integraron como el cuarto, quinto y sexto. El párrafo cuarto introdujo la posibilidad de que las resoluciones de Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal puedan ser impugnadas por la vía jurisdiccional. El párrafo quinto señaló los lineamientos bajo los cuales debe operar la seguridad pública, como función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias. También se incluyeron los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez como rectores de la actuación de los miembros de las instituciones policiales encargadas de la seguridad pública. El párrafo sexto se estableció como regla para crear el Sistema Nacional de Seguridad Pública con la participación coordinada de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-VII-1996

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se modificó el contenido del primer párrafo para adicionar como función a cargo del Ministerio Público, además de la persecución, la investigación de los delitos. También se eliminó el término “policía judicial” del contenido del artículo para establecer que el Ministerio Público se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-VI-2005

LIX LEGISLATURA (1-IX-2003/31-VIII-2006)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Adiciona el párrafo quinto, recorriéndose los actuales párrafos quinto y sexto que pasan a ser, respectivamente, sexto y séptimo. El sentido de la reforma tiene un impacto significativo para la consolidación del Estado de derecho en México, ya que se incorpora a nuestro país en el Sistema de la Corte Penal Internacional.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se otorga la facultad al Ministerio Público para que lleve a cabo la investigación de los delitos y se determina que la policía actuará bajo su mando y conducción. También, se faculta al Ministerio Público para iniciar el ejercicio de la acción penal ante los tribunales; se establecen los supuestos bajo los cuales los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad. Asimismo, se determina que la imposición de penas, modificación y duración, estará a cargo de la autoridad judicial. En el supuesto de la aplicación de sanciones administrativas, se faculta a la autoridad administrativa para su aplicación. En los párrafos quinto y sexto, se adiciona el término *reglamentos gubernativos y de policía*. Se faculta al Ministerio Público para aplicar el principio de oportunidad para el ejercicio de la acción penal.

Por lo que hace a la seguridad pública, se establece que es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios y comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como las sanciones administrativas en los parámetros establecidos por ley. Asimismo, se establecen los principios que rigen las actuaciones de las instituciones encargadas de la seguridad pública. En cuanto a las características de las instituciones de seguridad pública, se establece su carácter

civil, disciplinado y profesional. Asimismo, delimita el objetivo del Ministerio Público y de las instituciones policiales de todos los niveles de gobierno, que se traduce en cumplir con las obligaciones en materia de seguridad pública y la conformación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-I-2016

XL LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En concordancia con la reforma que crea la Ciudad de México como una entidad federativa se borra la mención de ésta en la fracción novena y en el apartado A del artículo.

Artículo 22

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 22 alude a las penas que se establecen para castigar los delitos. Mientras que en el Antiguo Régimen las penas corporales —azotes, decapitaciones, quemas en la hoguera, ahorcamientos y estrangulamientos— eran muy comunes, durante el siglo XVIII los humanistas e ilustrados empezaron a pugnar por un sistema de justicia más justo y humano, adecuado a la educación e ilustración de los pueblos. Las críticas de estos personajes estuvieron relacionadas con la forma que se llevaba a cabo la impartición de justicia. Hasta ese momento, la Iglesia, las élites y las corporaciones utilizaban las instituciones en instauradas América —así como sus redes o compadrazgos— para hacer justicia hasta sus últimas consecuencias.

Los dueños de esclavos podían marcarlos, azotarlos o quemarlos sin mayores inconvenientes al considerarlos como propiedad. Será con autores como Beccaria y el propio Montesquieu¹ que la apreciación de la justicia obtendrá nuevos matices. Para este último autor, toda pena que no derivara de una absoluta necesidad debía considerarse como tiránica. Empezaba también la división de poderes en los diversos Estados, por lo que la justicia empezaba a reclamar tribunales y juzgados especializados para ello, alejándose esto de prácticas como las inquisitoriales, que usaban la tortura y la confiscación de bienes para obtener confesiones o castigar delincuentes.

Esta justicia, que se aplicaba en nombre de Dios y del rey, la empezaron a criticar Montesquieu y Beccaria,² quien en 1774 publicó el libro *Tratado de los delitos y*

¹Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, traducción, introducción y notas de Demetrio Castro Alfín, Madrid, Istmo, 2002.

²Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido del italiano por D. Juan Antonio de las Casas, Madrid, por D. Joachin Ibarra, impresor de Cámara de S. M., 1774.

22

Sumario Artículo 22

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	295
Texto constitucional vigente.	299
Comentario Olga Islas de González Mariscal y Miguel Carbonell Introducción	300
Prohibición de ciertas penas.	300
Principio de proporcionalidad.	315
Confiscación y decomiso	317
Extinción de dominio.	322
Penal de muerte	329
Bibliografía	341
Trayectoria constitucional	344

de las penas, donde plasmó la necesidad de que los castigos y las penas fueran proporcionales a los delitos y que aquéllas fueran aplicadas por organismos abocados a ello y que deberían ceñirse a un proceso legal. De manera que en estos postulados encontramos los primeros antecedentes históricos de los puntos abordados por el artículo 22. Como es de imaginar, estas demandas se incorporaron en 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, cuyo artículo 8 señaló que la ley no debía establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias.³

Para el caso de México, los primeros antecedentes en ordenamientos jurídicos los tenemos en los Elementos Constitucionales..., de Rayón, y en la propia Constitución de Cádiz. En el caso del primero, en su punto 32, señaló que quedaba proscrita, como bárbara, la tortura; no obstante, en su punto 27, todavía permitió la confiscación de bienes y la declaración de infame para aquellos considerados perjuro a la nación.⁴ Por su parte, la Constitución española estableció, en su artículo 304, la prohibición de la pena de confiscación de bienes. Sólo se harían embargos de bienes cuando se procediera contra delitos que llevaran consigo responsabilidad pecuniaria, y aquéllos deberían ser proporcionales a la cantidad a que ésta pudiera extenderse (art. 294).

Asimismo, determinó la eliminación de los tormentos (art. 303) y prohibió que cualquier pena pudiera ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufría (artículo 305).⁵ Unos años más tarde, basándose en la anterior Constitución, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano determinó que el embargo de bienes se aplicaría sólo en caso de penas pecuniarias (artículo 75); también prohibió el tormento, la pena de confiscación de bienes y la infamia transmisible a la familia del reo (art. 76).⁶ De manera que si bien se trató del primer ordenamiento posterior a la Independencia, conservó gran parte del antecedente gaditano que, a su vez, se había nutrido de las ideas humanistas del siglo XVIII.

Estos lineamientos se conservaron y se plasmaron en la primera Constitución federal de México en 1824. Para entonces, tres puntos fueron de suma importancia: que la infamia no pasara a nadie más que al delincuente (art. 146); la abolición de todo tipo de tormento (art. 149); y la prohibición de confiscación de bienes (art. 147). Estos aspectos fueron suficientes para romper con algunas prácticas del Antiguo Régimen, donde la infamia se trasmitía incluso a la familia del delincuente, por ejemplo, tras haber sido condenado por la Inquisición. Lo mismo se plasmaría años más tarde en las Leyes Constitucionales de 1836.⁷ Entonces se ratificaron los puntos anteriores en los artículos 45, 49, 50 y 51, especificando que el tormento se prohibía para la averiguación de cualquier delito. Cuatro años más tarde estos puntos aún se conservaron en el Proyecto de Reformas a dichas leyes de 1836.

³Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

⁴Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>

⁵Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>

⁶Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁷Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

En la década de 1840, algunos elementos se sumaron en materia de penas pues, de acuerdo con un bando promulgado por Santa Anna en 1842, se hicieron comunes los delitos y los homicidios que implicaban actos incendiarios. Se señaló que se sujetaría a juicio criminal, lo que implicaría incluso pena de muerte, para quien arrojara ácido sulfúrico u otro líquido incendiario, cuya venta quedaría desde entonces prohibida en la Ciudad de México.⁸ Dichos delitos parece que fueron comunes, pues todavía la Constitución de 1857 consideró la pena capital para castigarlos.

El Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842 continuó la consolidación de los puntos anteriores. Señaló, en su artículo 7, fracción XI, que nunca se podría usar el tormento para el castigo de los delitos, ni alguna otra especie de apremio para su averiguación. Asimismo, ordenó la prohibición (fracción XIII) de que los reos fueran molestados con grillos, ni otra especie alguna de apremio, sino en cuanto fueren necesarios para asegurar su persona. No obstante, se señaló que los trabajos útiles al establecimiento y al individuo, y a la comunicación, no se comprenderían en las prohibiciones anteriores.

Dicho ordenamiento también ratificó, en su artículo 120, la prohibición de confiscación de bienes, salvo cuando el delito ocasionara pena pecuniaria. Como complemento novedoso, en el artículo 126 se precisó también que estas penas se ejecutarían únicamente sobre los bienes propios del delincuente.⁹ En cuando a dichas novedades, el Segundo Proyecto de Constitución de 1842 estableció, en su artículo 13, fracción XXI, que quedaban prohibidas la confiscación, la infamia trascendental, la marca, los azotes y la mutilación. Por su parte, en la fracción XII se señaló que para la abolición de la pena de muerte se establecería a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, quedaría abolida para los delitos meramente políticos y no podría extenderse a otros casos más que a los salteadores, incendiarios, parricidas y homicidas con alevosía y ventaja.¹⁰ Esto último, referente a la pena de muerte en 1843, se retomó en las Bases Orgánicas de la República Mexicana en cuyo artículo 181 se ordenó que cuando ésta se impusiera se aplicaría sin ninguna otra especie de padecimiento físico.¹¹

Mucho más específico fue el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana publicado en 1856. En su artículo 54 declaró prohibido el tormento; en el 55 se ordenó la erradicación de los azotes, la marca, la mutilación, la infamia trascendental y la confiscación de bienes. Esta vez la pena de muerte ganó mayores precisiones: en el artículo 56 se señaló que no se impondría:

⁸*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, pp. 388-389.

⁹Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

¹⁰Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi_1428_printer.shtml.

¹¹Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1842.pdf>.

más que al homicida con ventaja o con premeditación, al salteador, al incendiario, al parricida, al traidor a la independencia, al auxiliar de un enemigo extranjero, al que hace armas contra el orden establecido, y por los delitos puramente militares que fija la ordenanza del ejército.

Se dijo que, en estos casos, no se impondría ningún otro padecimiento físico. Por último, en su artículo 57, contempló que ni la pena de muerte ni alguna otra grave podría imponerse, sino en virtud de pruebas que acreditaran plenamente la criminalidad del acusado. También se ordenó que la pena de muerte no pudiera ejecutarse sólo por sentencia del juez de primera instancia.¹² Cuando en 1857 se promulgó la Constitución de 1857, prácticamente se condensaron en los artículos 22 y 23 de dicha Carta Magna los puntos que se han señalado. Dichos artículos quedaron de la siguiente manera:

22. Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales.

23. Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.¹³

Estos textos constitucionales quedaron prácticamente en vigor durante todo el siglo XIX, sin grandes cambios. No será sino hasta inicios del siglo XX cuando algunas reformas se consideren. En 1901, por ejemplo, se emitió una reforma al artículo 23; en ese momento se señaló como abolida la pena de muerte por delitos políticos y se señaló que dicha pena quedaba reservada al “traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagia-rio, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”. Como puede apreciarse, en esa reforma sólo se sumó a la pena capital al “plagiario”.¹⁴

No obstante, la pena de muerte no era tan popular en México; al parecer, debido a los continuos atropellos que se cometían contra algunos reos a los que no se les había demostrado culpabilidad o bien contra presos políticos. Por esta razón, en 1906, el Partido Liberal Mexicano propuso en su programa, como una reforma constitucional, la abolición de la pena de muerte “excepto para los traidores a la Patria”.¹⁵ No obstante, dicha pena se conservó cuando, en febrero de 1917, se promulgó la nueva Constitución, sumando esta vez a todos los delitos que ya se castigarían con la pena capital.

¹²Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

¹³Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁴*Derechos del pueblo mexicano...op. cit.*, p. 393.

¹⁵*Idem.*

Artículo 22

Texto constitucional vigente

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.

22

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I.** Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II.** Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito, respecto de los bienes siguientes:¹⁶
 - a)** Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - b)** Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
 - c)** Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - d)** Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III.** Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.¹⁷

¹⁶Párrafo reformado, *DOF*: 27-05-2015.

¹⁷Artículo reformado, *DOF*: 28-12-1982, 03-07-1996, 08-03-1999, 09-12-2005 y 18-06-2008.

Artículo 22

Comentario por **Olga Islas de González Mariscal** y **Miguel Carbonell**

22

Introducción

En términos generales, podemos decir que el artículo 22 de nuestra Carta Fundamental busca humanizar las penas. Como decía Francisco Zarco, es un artículo inspirado por sentimientos de humanidad, por ideas de justicia y de filosofía. En él se inscriben garantías especialmente importantes de seguridad jurídica (protectoras de la dignidad de las personas), relacionadas con las penas que se imponen a quienes cometen delitos y, también, con algunas medidas que se determinan durante el procedimiento penal.

Este artículo, de acuerdo con las materias que trata, se puede dividir, para su análisis, en varias partes:

- a) La prohibición de ciertas penas;
- b) El principio de proporcionalidad;
- c) La confiscación;
- d) La extinción de dominio, y
- e) La pena de muerte (que estuvo contemplada en su texto hasta el 9 de diciembre de 2005).

Prohibición de ciertas penas

1. Aspectos generales y antecedentes. Las penas a las que se refiere el primer párrafo del artículo 22 constitucional, como puede advertirse, son penas crueles, inhumanas y degradantes, producto de la tiranía y del sadismo. Tanto la mutilación como la marca, los azotes, los palos y, en alguna forma, el tormento son penas que se ejercen sobre el cuerpo de las personas para infligir dolor físico. Son las manifestaciones más claras del Derecho penal bárbaro del oscurantismo que reinó por centurias, hasta que fueron valientemente combatidas por los grandes humanistas de mediados del siglo XVIII. Baste recordar el pensamiento de Beccaria, cuya sabiduría quedó plasmada en su libro *De los delitos y de las penas* (*Dei delitti e delle pene*) desde 1764.

Actualmente, tales penas —como ya se anotó— no corresponden a los fines que la doctrina asigna en la instancia legislativa: toda pena dispuesta por el legislador debe ser idónea para la prevención general, y las penas canceladas por la disposición constitucional no cumplen con esta finalidad, es decir, en términos generales no son adecuadas para la prevención general, al menos no para el tipo de prevención que es

aceptable dentro de cualquier Estado democrático; muy por el contrario, además de ser violatorias de la dignidad humana, son absolutamente inútiles. Son expresiones que emergen de las pasiones más negativas del ser humano. Tampoco cumplen con el principio de legitimación, pues no surgen como respuesta a una necesidad social. Por otra parte, por su naturaleza inhumana, ninguna de ellas puede guardar relación de proporcionalidad con los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Las penas manifestamente crueles, como la marca, los azotes y la mutilación, quedaron prohibidas de manera tajante, en el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente, de 1842. En este mismo instrumento se prohíben también, la confiscación y la infamia trascendente. Después, en el Segundo Proyecto de Constitución de 1842, se agrega a las anteriores prohibiciones el tormento. En el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 1856, se conservan los textos casi iguales como en el anterior documento. Ya en el Proyecto de Constitución de 1857 (surgido el 16 de junio de 1856) se adicionaron los palos y la cadena o el grillete. La Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857, no hizo mención específica a los palos, la cadena o el grillete. El texto legal en ella consagrado ha continuado vigente hasta nuestros días a través de la Constitución de 1917, salvo la especificación de que la prohibición es para siempre.

2) Procede ahora señalar algunas notas específicas sobre cada una de las penas prohibidas:

Mutilación. Significa cercenación, cortadura o amputación de alguna parte del cuerpo humano; ejemplos: cortar algún miembro, la nariz, una oreja o la lengua. Se trata de una pena salvaje e irreparable, pues además del sufrimiento inmediato por la mutilación, el reo, después de cumplir su condena, inevitablemente, quedará sometido al sufrimiento permanente de su discapacidad y el desprecio de la gente; además, en algunos casos, también podría quedar imposibilitado para trabajar.

Infamia. Se entiende aquella pena que tiene como finalidad el descrédito, la afrenta, el deshonor, la denigración de una persona acusada de cometer un delito, y que se impone en una sentencia. No todas las penas infamantes son físicas, pero todas tienen un marcado efecto moral por el desprestigio y la ignominia ante los ojos del pueblo. La pena de infamia fue permitida hasta la aparición del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1857. En este Proyecto se prohíbe la infamia (art. 29). Antes, se hacía referencia solamente a la pena de infamia trascendente; por tanto, pareciera permitida la que no era trascendente; sin embargo, no es pensable una pena de infamia no trascendente, pues como ya se dijo, los descendientes quedaban marcados para siempre. Cabría ponderar si en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana (comunicación de José María Lafragua), del 30 de mayo de 1856, en la prohibición de las penas degradantes quedó implicada la de infamia.

Marca. Era una pena que consistía en infligir una señal en la frente, en la mejilla o en la espalda mediante la aplicación de un hierro candente. Esta pena, además de dolorosa,

era degradante, pues el reo, aún después de salir de la cárcel, continuaba soportando una marca indeleble que propiciaba su discriminación y el menosprecio de las personas.

Azotes. La pena de azotes es un flagelamiento al reo o condenado, mediante un cierto número de golpes impuestos como pena por la autoridad. Esta pena estaba destinada a los delitos menores; era una pena ejemplar y vergonzosa por la espectacularidad de su ejecución, pues se llevaba a cabo en las calles de mayor afluencia del pueblo para que éste presenciara el castigo. Estuvo vigente durante los siglos XVII y XVIII. En muchos casos, durante la Inquisición, la condena era de doscientos azotes.

Tormento o tortura. En principio, es importante dejar claro que el tormento no fue solamente una pena, sino también, un modo, una práctica o un medio efectivo para obtener una declaración. Se utilizaba y se utiliza para arrancar la confesión del acusado, para esclarecer contradicciones suscitadas en el juicio, para descubrir a los cómplices y hasta para presionar a los testigos con el fin de que aporten datos. En los antecedentes constitucionales se advierte que en algunos se habla de la tortura o del tormento de manera neutra, sin precisar si es pena o medio para la averiguación de los delitos; en otros, se prohíbe como pena, y en otros más, con toda exactitud, se dice que no se podrá usar el tormento para la averiguación de los delitos. Lo cierto es que siempre se emplea como medio para obtener algo de la persona a la cual se le aplica. Constituía, y constituye, una práctica detestable que únicamente conduce a la humillación, al sufrimiento y a la injusticia.

La tortura está estrechamente vinculada con la confesión, considerada como la *reina de las pruebas*, ya que era prueba definitiva y suficiente para emitir una sentencia penal condenatoria, razón por la cual los fiscales usaban la tortura para obtener fácilmente la confesión. La tortura era admitida de manera generalizada. La tortura tiene una historia negra. En la Edad Media (siglo XII) se empleó para combatir la herejía. Con su empleo y otras prácticas viciosas se canceló el procedimiento acusatorio y se instauró el procedimiento inquisitorial, que tuvo su culminación con los tribunales de la Santa Inquisición (atribuida a Gregorio IX, en el año 1233). En el sistema inquisitivo la tortura se empleó de manera generalizada, tanto en los tribunales religiosos como en los no religiosos.

La tortura tiene lugar cuando la persona detenida se encuentra incomunicada, por lo cual la presencia de un abogado que asista al detenido evitaría la tortura o al menos disminuiría los casos; especialmente durante las primeras horas de su detención, y en ocasiones hasta en los días posteriores, mientras se determina su situación jurídica durante la averiguación. Se debate si el tormento (la tortura) es solamente físico o puede ser psíquico o moral. Para evitar interpretaciones equívocas, la Ley Fundamental que nos rige prohíbe el “tormento de cualquier especie”.

En los antecedentes constitucionales del artículo 22 se emplea, en unos, el término “tortura” y, en otros, el de “tormento”. En tres de los primeros antecedentes se habla de tortura. El primero de ellos, conocido como “Elementos Constitucionales” (elaborados por Ignacio López Rayón), de 1811, enfáticamente ordena que “queda

proscrita por bárbara la tortura sin que pueda lo contrario aún admitirse a discusión” (punto 32). La Constitución de Cádiz de 1812, dispone que “no se usará nunca del tormento ni de los apremios”. No obstante, en los dos antecedentes posteriores: los Sentimientos de la Nación (de José María Morelos), de 1813, y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, al proscribir esta pena se vuelve a emplear la expresión “tortura”.

A partir de la Constitución de 1824 se abandona, de manera definitiva, el vocablo “tortura” y se empieza a utilizar en proyectos, constituciones y algunos otros documentos de este rango el de “tormento”. En la Constitución de 1824 se postula que: “Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormento sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso” (art. 149). En la quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, de 1836, se prohíbe “el tormento para la averiguación de ningún género de delito” (art. 49). Por su parte, el Proyecto de Reforma de las Leyes Constitucionales de 1836 (fechado el 30 de junio de 1840), consigna de manera más amplia que: “No se puede usar del tormento para la averiguación de los delitos, ni de apremio contra la persona del reo, ni exigir a éste juramento sobre hechos propios en causa criminal” (art. 9).

El Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842 inscribe: “Nunca se podrá usar del tormento para el castigo de los delitos ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito sino cuando él lo confesare libre y paladinamente, en la forma legal” (art. 7^o). El Segundo Proyecto de Constitución de 1842, contiene un texto igual al del Primer Proyecto. En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, no hay referencia alguna a la tortura.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 dispone que: “A nadie se tomará juramento sobre hecho propio en materia criminal ni podrá emplearse género alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento” (art. 54). El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, de manera muy concreta, al prohibir otras penas, incluye el tormento (art. 29). La Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857, consigna:

Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentes (art. 22).

El Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 1916, adopta el mismo texto anterior y así pasa a la Constitución Política de la República Mexicana de 1917. La Constitución garantiza, en esta forma, el derecho de todos los seres humanos a no ser sometidos a tortura, penas crueles e inhumanas o degradantes, con lo cual tutela la integridad física, psíquica y moral de las personas.

En el orden internacional son diversos los instrumentos que tienen relación con el primer párrafo del artículo 22 constitucional y especialmente con la tortura. La declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de la ONU

el 10 de diciembre de 1948) prescribe que: “nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5°). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José), suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y en vigor a partir del 18 de junio de 1978, fue ratificada por México el 24 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 7 de mayo del mismo año, dispone:

Artículo 5°. Derecho a la integridad personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976), fue ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el *DOF* del 20 de mayo del mismo año. En el Pacto se postula: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 7°). La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984) fue ratificada por México el 23 de enero de 1986 y publicada en el *DOF* del 6 de marzo del mismo año. En ella se define la tortura como (art. 1.1.):

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Agrega: “No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Se prevé, entre otros principios referentes a las obligaciones de los Estados Parte el que: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas y judiciales de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción” (art. 21). Se postula, asimismo, que: “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura” (art. 4.1.). Se refiere, más adelante, a múltiples materias de carácter procedimental: de extradición, de auxilio recíproco, de educación y difusión sobre la prohibición de la tortura. En la parte II se prevé la cons-

titución de un Comité contra la Tortura y se establecen reglas precisas para su funcionamiento. Se puede decir que éste es el instrumento más importante en esta materia.

La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. Como su nombre lo indica, contiene diversas medidas relativas a la prevención de la tortura, a la investigación, al procedimiento y a los derechos de las víctimas. Postula, también, la jurisdicción universal sobre la tortura en los Estados parte del Continente Americano. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes, fue adoptado por México en 2005.

Otros tratados que proscriben la tortura y que han sido ratificados por México son: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en vigor el 1º de julio de 2003) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención Belém de Perú), ratificada por México en 1998. También se habla de la tortura y los malos tratos en:

- a) Derecho internacional humanitario (conjunto de leyes internacionales que regulan la actuación de las partes en conflictos armados, conocido también como el Derecho de los conflictos);
- b) Los Convenios de Ginebra, que prohíben la tortura y el maltrato, incluyendo los experimentos biológicos; así como causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de las personas;
- c) El Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (adoptado en la Conferencia Internacional celebrada en Roma el 17 de julio de 1998), firmado por México el 7 de septiembre de 2000, postula que es competencia de la Corte Penal Internacional perseguir la tortura por ser un crimen de lesa humanidad, y
- d) El Protocolo de Estambul es una especie de Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que fue elaborado por 75 expertos en derechos humanos, medicina forense, psicología y psiquiatría, representantes de 40 organizaciones e instituciones pertenecientes a 15 países que está basado en los “Principios de Naciones Unidas Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes”.

Por lo que hace el Derecho interno mexicano, cabe destacar que la primera Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura data del 25 de abril de 1986 (publicada en el *DOF* del 27 de mayo del mismo año). La importancia de este instrumento es indiscutible: por primera vez se tipifica la tortura como delito. La ley estaba integrada por siete artículos; el primero de ellos definía el delito de la manera siguiente:

Comete el delito de tortura, cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal que, por sí, o valiéndose de tercero y en el ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves o la coacción física o moralmente, con

el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

No se considerarán torturas las penalidades o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En el artículo 2º se establecían las sanciones correspondientes: prisión de dos a diez años, de doscientos a quinientos días multa, privación del cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por dos tantos de tiempo de duración de la pena privativa de la libertad impuesta. Se subrayaba en este mismo ordenamiento que ninguna declaración obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba (art. 5º) publicada en el *DOF* del 27 de diciembre). Años más tarde, en 1991, surge una segunda Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura que sustituye a la de 1986. La nueva ley es más explícita en cuanto a su objetivo, a los programas permanentes para la mejor atención del problema y la profesionalización de cuerpos policiales y personal de custodia de personas sometidas “a arresto, detención o prisión”. De acuerdo con el artículo 3º de esta ley:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada. No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.

Los cambios más significativos en la nueva ley, por lo que respecta a la definición de tortura son:

En la ley anterior se decía que “no se considerarán torturas las penalidades o sufrimientos [...]”; en la nueva Ley, se agrega a las penalidades “las molestias” y se suprimen los “sufrimientos”. En cuanto a las sanciones, se cambia el término “legítimas” por el de “legales” que es lo correcto; además, se agrega que las sanciones sean “derivadas de un acto legítimo de autoridad”, lo cual también es adecuado.

En cuanto a las sanciones, la pena de prisión se incrementa: ahora es de tres a doce años de prisión, la multa no se modificó (art. 4º). Por otra parte, se mantiene el importante postulado previsto en el artículo 5º de la primera ley. La ley se ha reformado en algunas ocasiones, pero sin afectar el sentido de los aspectos fundamentales. En 1992 sobrevino una reforma a la ley de 1991, publicada en el *DOF* del 2 de julio de 1992. Esta reforma únicamente modificó el primer párrafo del artículo 3º para corregir aspectos de puntuación. Posteriormente, aparece otra reforma publicada en el *DOF* del 10 enero de 1994. Esta labor legislativa recae sobre el último párrafo del artículo 10, cuyo texto había permanecido sin cambios. El texto actual prescribe:

El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil. [Antes se decía:] En los términos de la fracción VI del artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, el Estado estará obligado subsidiariamente a la reparación del daño.

Después de las citadas reformas, el texto del artículo 3º que conceptualiza la tortura permanece igual (que la reforma de 1991) hasta 2016. Actualmente existe en la Cámara de Senadores una Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar los Delitos de Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Dicha Iniciativa tiene objetivos muy bien definidos, es muy amplia y completa (se integra con 84 artículos); por tal razón, solamente se hará referencia a la definición o concepto de tortura inscrito en el artículo 21, que a la letra dice:

Comete el delito de tortura el Servidor Público o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un Servidor Público, mediante acto u omisión inflija dolosamente penas, dolores o sufrimientos físicos o psicológicos a una persona, con el fin de obtener de la persona torturada o de un tercero información o una confesión; coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada, como medio intimidatorio o castigo personal por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido; como una medida preventiva o por razones basadas en discriminación o cualquier otro fin determinado.

El artículo 22 de la iniciativa contempla otros dos supuestos delictivos de tortura. El primero de ellos consiste en que:

Con los fines establecidos en el artículo anterior [el servidor público] aplique métodos tendientes a anular la personalidad o a disminuir la capacidad física o psicológica de la víctima, aunque no causen dolor físico o angustia psicológica. [El segundo prevé que también comete el delito de tortura] el servidor público que siendo superior jerárquico de otros “Servidores Públicos” bajo su inmediata autoridad y control efectivos, haya tenido conocimiento de que sus subordinados se proponían cometer o estuvieren cometiendo el delito tipificado en el artículo anterior, y conscientemente haya sido omiso en tomar las acciones necesarias para prevenirlo o impedirlo.

Respecto de las sanciones, en los primeros casos contenidos en el artículo 21, la punibilidad es de diez a veinte años de prisión y de quinientos a mil días multa. En cuanto a las figuras delictivas consignadas en el artículo 22, la punibilidad es de ocho a dieciséis años de prisión y de doscientos cincuenta a quinientos días de multa. Adicionalmente, se agrega que cuando el sujeto activo tenga el carácter de servidor público, se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos. Esta ley también dispone casos de tortura calificada y regula, detalladamente, los delitos de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Multa excesiva. La multa, aunque sea excesiva, resulta una pena menor frente a las otras incluidas en este párrafo. Es una pena de carácter patrimonial, impuesta por la autoridad judicial: el pago de una cantidad de dinero al Estado por parte del infractor. La prohibición constitucional no se refiere a la multa en general, sino únicamente a una cuantía excesiva. Esto tiene que ver con la proporcionalidad que deben tener las penas, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial.

La multa se determina con base en “el día multa”, con la finalidad de hacerla equitativa y automodificable. La multa fija (cantidad absoluta), con el correr del tiempo, se convierte en irrisoria. El día multa se obtiene, en cada caso particular, de los ingresos diarios del sujeto al cual se le impone esta pena. En tal forma, el día de multa equivale a la suma total de las percepciones diarias netas del sentenciado, en el momento de la consumación del delito, pero su cuantía nunca podrá ser inferior al salario mínimo diario vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, aunque se trate de días multa, la determinación legislativa no ha de ser excesiva en cuanto a la fijación de la cantidad de días de multa. El Código Federal dispone que no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale (art. 29).

La multa, por su naturaleza, no debe ser impuesta en relación con todos los delitos, pues si así fuera se desvirtuaría el fin de la multa como pena. Así, por ejemplo, en el caso de un homicidio no procede la imposición de una multa; en cambio, en todos los delitos patrimoniales y en los conectados con el narcotráfico, la multa (además de la pena de prisión) es absolutamente indispensable. Para que la multa sea una sanción penal aceptable debe imponerse solamente a delitos que tengan alguna connotación patrimonial, ya sea porque se afecte el patrimonio pecuniario de la víctima o bien porque la comisión del delito genere beneficios económicos para quien lo realiza. Recordemos que tradicionalmente se ha aceptado que la pena pueda tener una naturaleza privativa de derechos, incluidos derechos patrimoniales, lo que se logra a través de las penas pecuniarias.

El ordenamiento penal federal (art. 29, párrafo 3º) establece que “cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad”. El Código Penal para el Distrito Federal (art. 39, párrafo primero) contempla, también, la sustitución total o parcial por trabajo en beneficio de la víctima o trabajo a favor de la comunidad. Asimismo, se prescribe, en estos dos códigos, que cuando no sea conveniente la sustitución, la autoridad judicial podrá decretar la libertad bajo vigilancia por el tiempo equivalente a los días de multa sustituidos.

Como regla general, el Código Penal Federal prevé que cada jornada de trabajo saldará un día multa, en tanto que, en el Distrito Federal, cada jornada de trabajo saldará dos días multa. Ambos ordenamientos establecen que si el sentenciado se negare a pagar la multa sin causa justificada, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. El primer antecedente de la proscripción de la multa excesiva se encuentra en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, en el cual se indica: “Quedan para siempre prohibidas las penas de [...] multa exce-

siva”, texto que ya no cambia y llega así hasta la Constitución de 1917, misma que, en la parte relativa, no ha tenido modificación alguna, excepto en el señalamiento de que la prohibición es para siempre.

La jurisprudencia de nuestros tribunales federales contiene diversos pronunciamientos muy importantes para delimitar el concepto de multa excesiva. Entre ellos se encuentran los siguientes:

MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE. De la acepción gramatical del vocablo “excesivo”, así como de las interpretaciones dadas por la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para definir el concepto de multa excesiva, contenido en el artículo 22 constitucional, se pueden obtener los siguientes elementos: a) Una multa es excesiva cuando es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación a la gravedad del ilícito; b) Cuando se propasa, va más adelante de lo lícito y lo razonable, y c) Una multa puede ser excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Por lo tanto, para que una multa no sea contraria al texto constitucional, debe establecerse en la ley que la autoridad facultada para imponerla tenga posibilidad, en cada caso, de determinar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia, en su caso, de éste en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor, para así determinar individualizadamente la multa que corresponda. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, julio de 1995, tesis: P/J. 9/95, p. 5. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 9/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

MULTA EXCESIVA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. NO ES EXCLUSIVAMENTE PENAL. Es inexacto que la “multa excesiva”, incluida como una de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional, deba entenderse limitada al ámbito penal y, por tanto, que sólo opere la prohibición cuando se aplica por la comisión de ilícitos penales. Por lo contrario, la interpretación extensiva del precepto constitucional mencionado permite deducir que si prohíbe la “multa excesiva” como sanción dentro del derecho represivo, que es el más drástico y radical dentro de las conductas prohibidas normativamente, por extensión y mayoría de razón debe estimarse que también está prohibida tratándose de ilícitos administrativos y fiscales, pues la multa no es una sanción que sólo pueda aplicarse en lo penal, sino que es común en otras ramas del derecho, por lo que para superar criterios de exclusividad penal que contrarían la naturaleza de las sanciones, debe decretarse que las multas son prohibidas, bajo mandato constitucional, cuando son excesivas, independientemente del campo normativo en que se produzcan. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, julio de 1995, tesis: P/J. 7/95, p. 18. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro

David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 7/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

MULTAS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE FIJAS LAS ESTABLECIDAS EN PRECEPTOS QUE PREVÉN UNA SANCIÓN MÍNIMA Y UNA MÁXIMA. El establecimiento de multas fijas es contrario a los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución, por cuanto que al aplicarse a todos los infractores por igual, de manera invariable e inflexible, propicia excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares. En virtud de ello, los requisitos considerados por este Máximo Tribunal para estimar que una multa es acorde al texto constitucional, se cumplen mediante el establecimiento, en la norma sancionadora, de cantidades mínimas y máximas, lo que permite a la autoridad facultada para imponerla, determinar su monto de acuerdo a las circunstancias personales del infractor, tomando en cuenta su capacidad económica y la gravedad de la violación. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XI, marzo de 2000, tesis: P/J. 17/2000, p. 59. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el día veintinueve de febrero en curso, aprobó, con el número 17/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de febrero de dos mil.

MULTAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN EN PORCENTAJES DETERMINADOS ENTRE UN MÍNIMO Y UN MÁXIMO, NO SON INCONSTITUCIONALES. Esta Suprema Corte ha establecido, en la tesis de jurisprudencia P/J. 10/95, que las leyes que prevén multas fijas resultan inconstitucionales por cuanto al aplicarse a todos por igual de manera invariable e inflexible, propician excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares; sin embargo, no pueden considerarse fijas las multas establecidas por el legislador en porcentajes determinados entre un mínimo y un máximo, porque con base en ese parámetro, la autoridad se encuentra facultada para individualizar las sanciones de conformidad con la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la levedad o la gravedad del hecho infractor. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, tesis: P/J. 102/99, p. 31. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de octubre en curso, aprobó, con el número 102/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Penas inusitadas. Inusitada significa, en este contexto, pena inusual, insólita (obsoleta o desusada). Lo cual quiere decir que están abolidas las penas que no se usan porque no corresponden a los fines que deben tener las penas. También se trata de penas que no están previstas en los códigos penales o en leyes especiales. Esta prohibición constitucional va dirigida al legislador, para evitar que en la legislación se consignen penas que ya están canceladas por obsoletas o por atentar contra derechos humanos. La prohibición de las penas inusitadas, en los antecedentes constitucionales, viene a partir del Proyecto de Constitución de la República Mexicana de 1856 que postula: “Quedan para siempre prohibidas las penas [...] y cualesquier otras penas inusitadas o trascendentes”. Este texto continúa reiterándose hasta la Constitución de 1917. Sobre el concepto de pena inusitada la Suprema Corte ha emitido, entre otros, los siguientes criterios:

PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por “pena inusitada”, en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XIV, octubre de 2001, tesis: P/J. 126/2001, p. 14. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 126/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo con la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, los dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuen-

te sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, octubre de 2001, tesis: P/J. 127/2001, p. 15. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 127/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUÉLLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos de que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, octubre de 2001, tesis: P/J. 125/2001, p. 13. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 125/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

Los anteriores criterios, sin embargo, han sufrido una variación, en especial trascendente que altera de manera radical tales criterios. Lamentablemente, el criterio sostenido por la Corte en la última de las tesis citadas sufrió una profunda modificación en septiembre de 2005, cuando el Pleno de la Suprema Corte, en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 20/2003, decidió convalidar una reforma al Código

Penal de Chihuahua que permite imponer sanciones privativas de la libertad superiores a los 100 años. La mayoría de los ministros sostuvieron indebidamente en la sentencia que la prisión vitalicia no está prohibida por el texto constitucional, al revés de lo que señala la tesis transcrita. Por tanto, a partir de ese criterio se podrá extraditar a personas que puedan ser objeto de prisión vitalicia en el país requirente. La nueva tesis es la siguiente:

EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el que se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición no podrá concederse, a menos de que esta parte otorgue las seguridades suficientes de que aquéllas no se aplicarán, o que se impondrán las de menor gravedad que fije su legislación. En estas condiciones, si la pena de prisión vitalicia no es de las prohibidas por el referido precepto constitucional, es evidente que en los casos en que se solicite la extradición y el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado solicitante hasta con pena de prisión vitalicia, es innecesario exigirle que se comprometa a no imponerla o a aplicar una menor. Clave: P/J., núm.: 2/2006. Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL, presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz.

De la anterior tesis deriva también la siguiente:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se construye a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate, y c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al

no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente. Clave: P/J., núm.: 1/2006. Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz.

Penas trascendentales. Son penas trascendentales aquellas que recaen en la familia de la persona a la cual se le imponen y, en general, que recaen en terceras personas. Son penas que van más allá del delincuente. Las penas, como es sabido, deben ser plenamente personales: no cabe que se extiendan a terceras personas (familiares o extraños). Una pena trascendental sería, por ejemplo, la confiscación de bienes que pertenecen a toda la familia del condenado. Es importante precisar que todas las penas impuestas a un sentenciado tienen repercusión en los familiares, que sufren por la situación del reo, y que se ven afectados en su estatus económico y social. La prohibición constitucional no se refiere a este efecto de las penas, sino a la privación o restricción de bienes que de manera legal y directa se impone a terceros. Recuérdese que antiguamente la pena no sólo se aplicaba al sentenciado, sino a terceras personas, como los familiares y hasta la servidumbre. En ese sentido se entiende la prohibición constitucional.

La abolición de las penas trascendentales se postuló desde la Constitución de Cádiz de 1812, al anotar, de manera muy completa: “Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno de la familia del que la sufre, sino tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció” (art. 305). El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822 solamente prohíbe la “infamia transmisible a la posteridad o familia del que lo mereció” (art. 76). La Quinta de las Leyes Constitucionales de 1836 se refiere a todas las penas al prescribir: “Toda pena, así como el delito, es precisamente personal del delincuente, y nunca será trascendental a su familia” (art. 51). El Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, aparecido en 1840, estipulaba un texto similar al de la Constitución de Cádiz de 1812 en el art. 9, fracción VIII.

El Proyecto de Constitución de 1842 prevé: “Las penas se ejecutarán en la persona del delincuente y las de infamia no se harán trascendentales a sus familiares” (art. 126). En el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, únicamente se prohíbe “la infamia trascendental” (art. 5º, fracción XIII). Lo mismo acontece en el Se-

gundo Proyecto de Constitución de 1842, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 (art. 180) y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 (art. 55). El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, al proscribir las penas, anota: “y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales”. Este texto se reitera en la Constitución de 1857, en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 1916 y en la Constitución de 1917.

Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido parcialmente incorporado al texto constitucional mediante la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, la cual introdujo una última frase en el párrafo primero del artículo en comento, en los siguientes términos: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Recordemos, de forma sumaria, que el principio de proporcionalidad en general exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para verificar la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando:

- a) La regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo;
- b) La medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y
- c) Las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general (Bernal Pulido).

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer, así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta. Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige

que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”. La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres, aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados:

Podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal [...] y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos con libertad ante el temor de que cualquier

extralimitación sea sancionada de manera severa. ¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que:

Para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario, o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”. En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (Fundamento Jurídico 23).

Confiscación y decomiso

En el párrafo primero del artículo 22 constitucional se incluye, entre las penas prohibidas, la confiscación de bienes sin excepción alguna; no obstante, en el párrafo segundo se establecen, expresamente, para mayor claridad de la pena, diversas hipótesis de pérdida de bienes que no deben considerarse confiscación. El mismo párrafo alude a una modalidad del decomiso.

La confiscación, en términos generales, se entiende como la pérdida (total o parcial) del patrimonio de una persona que ha cometido un delito. La confiscación parcial de bienes se puede asimilar, en algunos ordenamientos jurídicos, a la pérdida de los efectos o instrumentos del delito. En México, precisamente, el Código Penal Federal señala en su artículo 24 que una de las penas y medidas de seguridad es el “decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito”. Estos instrumentos, objetos o productos del delito pueden ser ilícitos en sí mismos (como es el caso de un arma cuya tenencia y portación está reservada al Ejército, documentos falsos, ganzuías, etcétera), o pueden ser lícitos, pero serán objeto de confiscación si se utilizan intencionalmente para delinquir. Este último supuesto sería el de una mercancía lícita que se introduce al país sin pagar los correspondientes impuestos, configurando el tipo penal de contrabando; en este caso la jurisprudencia ha señalado, entre otras cuestiones, lo siguiente:

DECOMISO. EL SISTEMA PREVISTO EN LA LEY ADUANERA PARA IMPONER TAL SANCIÓN A LA IMPORTACIÓN ILEGAL DE MERCANCÍAS NO SE RIGE POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL QUE ESTABLECE LA PROHIBICIÓN DE MULTAS EXCESIVAS. El decomiso de la mercancía extranjera cuya legal estancia en el país no se acredita, constituye una sanción administrativa que recae sobre determinados bienes como consecuencia de que éstos, por sus características propias, tienen una trascendencia negativa respecto del bien jurídico que pretende tutelar el legislador; por lo que su finalidad consiste en disuadir de la conducta infractora y retirar del tráfico jurídico un determinado bien; en cambio, la multa es una sanción pe-

cuniaría que se fija en términos monetarios, por lo que no tiene como finalidad afectar un específico y determinado bien, sino únicamente disuadir de la conducta infractora, por ende, se concluye que la regulación en la Ley Aduanera del decomiso a la importación ilegal de mercancías no se rige por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece la prohibición de multas excesivas, pues tal proscripción se refiere única y exclusivamente a las sanciones administrativas de carácter pecuniario. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, abril de 2002, tesis: 2a. XLIV/2002, p. 582.

El concepto de decomiso está muy ligado al de confiscación que se acaba de exponer. Se trata de una figura que aparece tanto en las leyes penales como en las del derecho administrativo sancionador. El párrafo segundo del artículo 22 constitucional —como ya lo apuntamos— señala que diversos actos de la autoridad no pueden considerarse como “confiscación de bienes”, y por tanto no entrarían dentro de los supuestos de las penas prohibidas por el párrafo primero del propio artículo 22 constitucional. Tales actos y supuestos son los siguientes:

- a) La aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos;
- b) La aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito;
- c) El decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes de una persona en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109 constitucional;
- d) La aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables,
- e) La aplicación a favor del Estado de bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

Los puntos c), d) y e) requieren de precisiones y comentarios especiales que se anotarán seguidamente: El punto c) alude al artículo 109. Este precepto dispone, en el párrafo segundo de su fracción II, que:

Las leyes determinarán los casos y circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Respecto de este párrafo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido las siguientes tesis:

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Asimismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público, conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuenta el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí generan la presunción *iuris tantum* de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto de 2002, tesis: P. XXXVI/2002, p. 7. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXVI/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL COMPRENDE EL ELEMENTO CONSISTENTE EN EL INCREMENTO SUSTANCIAL DEL PATRIMONIO A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL. El artículo 224 de la legislación penal prevé textualmente que “Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”. Por su parte, el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “Las leyes determinarán los casos y las circuns-

tancias en los que deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan”. Ahora bien, del análisis comparativo de ambos preceptos se desprende que resultan coincidentes en cuanto a la necesidad de la sustancialidad del enriquecimiento del servidor público, debido a que si bien en el texto ordinario no se prevé sacramentalmente la palabra aludida (sustancialmente), al hacer mención al enriquecimiento, debe de entenderse que se está refiriendo al incremento sustancial del patrimonio y no a cualquier incremento, lo que significa que al hablar de enriquecimiento ya está considerando un incremento sustancial, es decir, notoriamente desproporcionado. Además, el propio texto secundario, en aquellos casos en los que se instrumenta el procedimiento a que se refiere la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, remite expresamente a los preceptos de tal ordenamiento, los cuales de igual manera involucran el elemento sustancialidad en sus artículos 84 y 90, al utilizar el primero de ellos una expresión equivalente, como lo es “los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público”, y el segundo una connotación igual, al referirse al “incremento sustancial”. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto de 2002, tesis: P. XL/2002, p. 10. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XL/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el poder reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal. El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la conducta humana que prohíbe el enriquecimiento de manera ilícita, que se encuentra comprendido en la primera parte de su redacción: “Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito”. La redacción de este precepto revela que el tipo penal que prevé no es abierto, sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individualización de la conducta reprochable, a saber, el enriquecimiento ilícito. Así, la pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: “enriquecerse”, agregándole la palabra “ilegalmente”, como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa

el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente. En cambio, la segunda parte del propio precepto, relativa a que “existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos», se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, la remisión que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el legítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra. Por tanto, la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conducta que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto de 2002, tesis: P XXXIX/2002, p. 9. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

El decomiso de bienes no puede asimilarse a la figura de su aseguramiento. El primero tiene una temporalidad indeterminada y es de carácter definitivo, mientras que el aseguramiento solamente se realiza de manera temporal. Así lo reconoce el siguiente criterio jurisprudencial:

ASEGURAMIENTO DE BIENES PRODUCTO DEL DELITO, MEDIDAS PARA EL. NO ES CONFISCACIÓN. La confiscación es una pena que priva de todos los bienes a las personas, pena que, conjuntamente con otros castigos como la mutilación, el destierro, las penas infamantes, etcétera, está prohibida por el artículo 22 de la Constitución. En este sentido, las medidas de aseguramiento previstas en los artículos 24 y 40 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y 123 y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales no constituyen un caso de confiscación, puesto que tales medidas no tienen por finalidad la privación de bienes, sino que establecen una indisponibilidad patrimonial limitada a los bienes producto del delito, de orden provisional, con el propósito de garantizar, entre otras cosas, la eventual aplicación de la pena de decomiso. Octava Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 61, enero de 1993, tesis: P XIII/93, p. 63. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el miércoles seis de enero en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros, presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoza Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón,

Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número XIII/93, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Samuel Alba Leyva y Atanasio González Martínez. México, Distrito Federal, a doce de enero de mil novecientos noventa y tres.

El punto d) alude a los bienes asegurados que causen abandono. Esta hipótesis es sumamente imprecisa, ya que sólo señala como requisito que los bienes hayan sido asegurados, lo cual ocurre durante el periodo de averiguación previa o durante el proceso, sin que exista una sentencia condenatoria al respecto. Con esta disposición se genera inseguridad jurídica y se abren las puertas para una aplicación arbitraria. Como lo afirma García Ramírez: “se pasa del aseguramiento a la pérdida de la propiedad en beneficio del Estado, [y aclara que] los bienes no ‘causan abandono’ en todo caso son abandonados”. Por otro lado, se vulnera el principio de presunción de inocencia. Con estas disposiciones la Constitución mexicana se apunta a la lista de textos constitucionales antigarantistas. El punto e), que da cabida a la extinción de dominio, por su trascendencia se trata en el siguiente capítulo.

Extinción de dominio

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 adiciona al artículo 22 constitucional la figura de la extinción de dominio. Al respecto es pertinente señalar algunos antecedentes que se asientan en las “Consideraciones” de la reforma. En ellas se advierte, claramente, la finalidad de establecer en la Constitución una dualidad de sistemas penales, uno para todas las personas y otro para quienes actúan en delincuencia organizada. Así se dice:

Desde la década de los años noventa, cuando se incorporó por primera ocasión el concepto “delincuencia organizada” en la Constitución, se tuvo el objetivo de establecer reglas particulares y, en ocasiones excepcionales a las disposiciones aplicables a la generalidad de los sujetos a procedimientos penales, derivado de la necesidad de contar con nuevas y más contundentes herramientas jurídicas que permitiesen a las autoridades responsables de la investigación, persecución y sanción de los miembros de verdaderas empresas delictivas, que venían adquiriendo mucho mayor influencia y poderío que las clásicas asociaciones delictivas.

Más adelante se reitera que “es necesaria la incorporación de algunas reglas particulares aplicables a los casos de delincuencia organizada, que vienen a constituir alguna restricción a las garantías” (se acepta meridianamente la restricción de garantías). De manera específica, respecto a la extinción de dominio, se dice que en ella:

Se buscó crear una figura más novedosa y menos complicada en su aplicación, que permita al Estado aplicar a su favor bienes respecto de los cuales existan datos para acreditar que son instrumento, objeto o producto de actividades de delincuencia organizada, delitos

contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, o que están destinados a ocultar o mezclar bienes producto de tales delitos.

García Ramírez subraya que la introducción de la figura de la extinción de dominio en el texto constitucional “es producto de la exasperación social y gubernamental por el menguado éxito alcanzado en la lucha contra la delincuencia”. En el dictamen generado por la Cámara de Diputados en su carácter de Cámara de origen de la reforma constitucional señalada, se manifiesta que la extinción de dominio busca afectar “directamente la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo”. El artículo 22 establece ciertas reglas para la aplicación de la extinción de dominio. Como podrá ver el lector, se trata de reglas discutibles, que ponen en riesgo la presunción de inocencia, así como el disfrute de otros derechos fundamentales como el derecho de propiedad.

La primera fracción del párrafo segundo del artículo 22 prescribe que el procedimiento conducente a la extinción de dominio será “jurisdiccional y autónomo de la materia penal”. Esto significa que, por una parte, la extinción de dominio podrá ser decretada solamente por un juez; hay una “reserva judicial” en la materia, de modo que ninguna otra autoridad tiene facultades para ejercerla o decretarla. Por otro lado, la Constitución indica que se tramite a través de un procedimiento judicial distinto (“autónomo”) del procedimiento penal “principal”, por llamarlo de alguna manera. No se podrá decretar la extinción de dominio, en consecuencia, por medio de un incidente dentro del proceso penal, sino que tendrá que tramitarse uno enteramente distinto. Consecuentemente, el procedimiento que determine la extinción de dominio no será penal, a pesar de que la fuente de la privación de los bienes, indiscutiblemente, sea de naturaleza penal, por tratarse de delitos. García Ramírez subraya, de manera contundente, que el artículo 22 en siete ocasiones se refiere expresamente a delitos

[...] como factor determinante de la extinción de dominio, además de las alusiones contenidas en la fracción II (delincuencia organizada y delitos contra la salud), y de la relativa a hecho ilícito (que puede tener mayor alcance) considerada en el inciso a). De esas siete alusiones, una se halla en este inciso a); dos, en el inciso b); una en el c), y tres en el d). No hay duda, pues (acerca de) la conexión entre el hecho delictuoso, sobre el que se vuelca la persecución penal, y la extinción de dominio, que el legislador ha considerado como un asunto autónomo con respecto a la materia penal.

La fracción II del artículo que se comenta limita el universo de casos en los que se podrá decretar la extinción de dominio: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito. Ahora bien, el encabezado de la fracción puede resultar confuso en la medida en que puede hacer pensar que la lista citada de delitos presupone una determinación judicial de ellos. En otras palabras, se podría pensar que la existencia de una sentencia condenatoria en la que esté probada la responsabilidad penal por tales delitos es una precondition o un presupuesto para la procedencia de la extinción de dominio. Sin embargo, de forma incon-

secuente, el inciso a) de la misma fracción II señala que la extinción procederá “aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”.

Esta disposición es arbitraria, pues aun cuando se trata de delitos respecto de los cuales todavía no se ha determinado la responsabilidad penal mediante una sentencia condenatoria, derivan consecuencias punitivas a través de la figura de la extinción de dominio. Este procedimiento “novedoso” es violatorio de la presunción de inocencia y es incompatible con los más elementales principios de derecho penal reconocidos universalmente, entre ellos el principio de *nulla pena sine crime*. La norma que comentamos pudiera incluso permitir que se instaurase un proceso para determinar la extinción de dominio sin que se haya abierto un proceso penal por los delitos a los que se refiere el encabezado de la fracción II, toda vez que el Ministerio Público podría acreditar la existencia del ilícito sin tener que probar ningún tipo de responsabilidad. En los cuatro incisos de la fracción II se detallan los bienes que pueden ser objeto de la extinción de dominio, en relación con los delitos previstos por su primera parte. Tales bienes son los siguientes:

- a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, con la previsión ya señalada en los párrafos anteriores de que basta que el hecho ilícito se haya producido para que proceda la extinción de dominio, con independencia de que se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal correspondiente al mencionado “hecho ilícito”.
- b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se acrediten los requisitos del inciso anterior.
- c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
- d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero respecto de los cuales existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

Hay diferentes aspectos de estos cuatro incisos que llaman la atención. Por ejemplo, en el inciso c) llama la atención la vaguedad del supuesto previsto por la norma, cuando se refiere a que el dueño de los bienes no haya hecho “algo” para impedir su uso para la comisión de un delito. ¿Cómo debe entenderse ese algo en una materia que está sujeta al principio de estricta legalidad, como lo es el derecho penal? Igualmente, es llamativo que en el inciso d) se incorpore la categoría de delitos patrimoniales, que no estaba prevista en el encabezado de la fracción II del artículo 22; y se omita mencionar al resto de categorías señaladas por el citado encabezamiento de la fracción II: ¿el supuesto del inciso será aplicable también a los casos de secuestro, robo de vehículos, delincuencia organizada, etcétera? Es notable la falta de técnica legislativa en estos supuestos de la reforma. Por otra parte, es lamentable que se haya dado cabida a la inversión de la carga de la prueba. La fracción III del artículo que estamos comentando pareciera ofrecer un leve paliativo a la inversión de la carga de la prueba y a la derrota de la presunción de inocencia que supone la extinción de dominio, al señalar

que cualquier persona afectada podrá interponer un recurso para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe. De esta manera se corrobora que, respecto de la extinción de dominio, el afectado tiene que probar su inocencia frente a una autoridad que no ha determinado su responsabilidad penal.

Es necesario dejar constancia de que casi dos años después de la reforma constitucional de 2008, se expidió la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del párrafo segundo del artículo 22 constitucional (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2009). La Ley define la extinción de dominio como (art. 3):

[...] la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.

Por su parte, el artículo 2º prescribe:

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Bienes.- Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8 de esta Ley.

El artículo 8º se refiere a los bienes objeto de extinción de dominio, en forma más precisa a lo previsto en los cuatro incisos insertos en la fracción II del artículo 22:

Artículo 8º. La acción de extinción de dominio se ejercerá respecto de los bienes relacionados o vinculados con los delitos a que se refiere el artículo anterior, en cualquiera de los supuestos siguientes:

I. Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;

II. Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito. Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes;

III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;

IV. Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.

Esta Ley es bastante explícita en cuanto al procedimiento a seguir hasta culminar con la sentencia y los medios de impugnación. Eloísa Quintero subraya que las características de la extinción de dominio son:

- No es una pena;
- El procedimiento no es de carácter penal;

- La acción es patrimonial;
- Dicha acción tiene como objeto el bien mismo y no el sujeto titular del bien, y
- La extinción de dominio recae sobre la cosa, por lo que su naturaleza es real.

Se agregan dos tesis jurisprudenciales para dar claridad al tema:

TESIS JURISPRUDENCIAL 15/2015 (10A.) EXTINCIÓN DE DOMINIO. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La acción de extinción de dominio tiene por objeto privar del derecho de propiedad a una persona, respecto de bienes que son instrumento, objeto o producto de los delitos previstos en el párrafo segundo, fracción II, del artículo 22 constitucional (delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas), sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna. Ahora bien, en relación con los procesos legislativos que dieron lugar a la incorporación de esa institución en el derecho mexicano, el órgano reformador de la Constitución partió de dos premisas: 1) la extinción de dominio tiene por objeto introducir un régimen de excepción para combatir a la delincuencia organizada por la comisión de los delitos citados, y 2) este régimen de excepción debía aplicarse restrictivamente y, por tanto, no utilizarse de forma arbitraria para afectar a personas, propietarios o poseedores de buena fe. En relación con la primera de esas proposiciones, el órgano legislativo advirtió reiteradamente la necesidad de contar con herramientas especiales para combatir un tipo especial de delincuencia que rebasó la capacidad de respuesta de las autoridades y que se distingue por sus características especiales en su capacidad de operación, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que comete y su condición de amenaza contra el Estado, reconociendo que los procesos penales vigentes no eran eficaces para afectar a la delincuencia organizada en su patrimonio, lo cual es indispensable para debilitar su estructura, aumentar sus costos, reducir sus ganancias, dificultar su operación y afectarlo de manera frontal; asimismo, señaló que, por regla general, los bienes que las bandas criminales utilizan para cometer delitos no están a nombre de los procesados y, aun cuando sea evidente que se utilizan como instrumento para el delito o que son producto de las operaciones delictivas, la falta de relación directa con los procesados impedía que el Estado pudiera allegarse de ellos. Así, la regulación de la extinción de dominio tuvo por objeto adecuar las estructuras constitucionales y legales para combatir eficazmente a la delincuencia organizada, al considerar que los mecanismos que existían con anterioridad eran insuficientes. Paralelamente, en relación con la segunda de las premisas apuntadas, el órgano reformador de la Constitución destacó que dicha acción debía ejercitarse con absoluto respeto a la legalidad y al derecho de audiencia y al debido proceso; además, manifestó que un modelo eficaz no podía sustentarse exclusivamente en mayores facultades para las autoridades policiales sin control alguno, sino que debía contar con los equilibrios propios e indispensables que exige la justicia y, en general, un Estado democrático de derecho. Esto es, la acción de extinción de dominio no puede, entonces, proceder contra personas, propietarios o poseedores de buena fe con el objeto de que no se incurra en arbitrariedades; tampoco debe aplicarse indiscriminadamente a otro tipo de conductas ni utilizarse para facilitar las tareas del Ministerio Público en la persecución de delitos comunes. Consecuentemente, el análisis de las dos premisas en que se sustenta la acción de extinción de dominio permite afirmar que el órgano reformador de la Constitución buscó, en todo momento, un equilibrio entre el respeto a los derechos a la seguridad pública y a la

justicia penal; de ahí que la acción de extinción de dominio no tiene por objeto anular o vaciar de contenido los mencionados derechos. Por tanto, la interpretación del artículo 22 Constitucional no debe realizarse al margen de aquéllas sino que, por el contrario, deben complementarse, en la medida en que no se impida su objetivo, sobre todo cuando pueden estar involucradas personas afectadas que hayan procedido de buena fe. Amparo en revisión 437/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto aclaratorio. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma, Rosalía Argumosa López, Julio César Ramírez Carreón, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Rodrigo de la Peza López Figueroa. Amparo directo en revisión 969/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. Amparo directo 58/2011. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. Amparo directo 3/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio César Ramírez Carreón, Mireya Meléndez Almaraz, Rosalía Argumosa López, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Horacio Nicolás Ruiz Palma. Amparo directo 49/2012. 15 de octubre de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince. México, Distrito Federal, veintiséis de marzo de dos mil quince. Doy fe.

TESIS JURISPRUDENCIAL 21/2015 (10A.) EXTINCIÓN DE DOMINIO. LA AUTONOMÍA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ENTRE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y EL PENAL NO ES ABSOLUTA, SINO RELATIVA. De la interpretación teleológica del artículo 22, párrafo segundo, fracción I, de la Constitución Federal, en el sentido de que el procedimiento de extinción de dominio es jurisdiccional y autónomo del de materia penal, se concluye que dicha separación no es absoluta, sino relativa, porque la autonomía a que se refiere la disposición constitucional citada debe entenderse como la independencia de aquel que juzga sobre el tema de la extinción de dominio y del que ha de emitir una decisión en cuanto a la responsabilidad de quien está sujeto al juicio penal, de forma que tal distinción involucra independencia: *a)* en la normatividad que cada uno de ellos ha de aplicar en el proceso del que es rector; *b)* en el desarrollo de cada uno de los juicios; y, *c)* en la decisión que adopten sobre temas respecto de los cuales no compartan

jurisdicción (básicamente la responsabilidad penal, por no ser éste un tópico sobre el que ambos jueces deban decidir); sin embargo, tal disociación no se aplica en la calificación de los elementos del cuerpo del delito, pues en cuanto a ese preciso aspecto, existe una vinculación total, de manera que, generalmente, el Juez de Extinción de Dominio debe sujetarse a la decisión que adopte el especializado en la materia penal cuando éste concluye, en una resolución intraprocesal, que los elementos del cuerpo del delito no quedaron acreditados, o al dictar la sentencia definitiva, que el delito no se demostró. Al respecto, se parte de la base de que, desde su génesis, ambos procesos tienen como denominador común los hechos que dieron origen a una averiguación previa que, una vez escindida da lugar a dos tipos de juicio: 1) el penal (encaminado a la sanción por la comisión de delitos), y 2) el de extinción de dominio (enderezado a declarar derechos patrimoniales), situación que impide afirmar la existencia de una autonomía absoluta, pues el propio artículo 22 constitucional sujeta a ambos procedimientos entre sí. En efecto, el precepto constitucional citado prevé que la extinción de dominio procede respecto de los bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió. Así, dicho artículo permite afirmar válidamente que el legislador partió de la base de que, paralelamente al ejercicio de la acción penal, se ejercería la de extinción de dominio; de ahí que, en primer orden, el Estado (a través del Ministerio Público) habría de llevar a cabo las investigaciones para la persecución del delito e incluso, en su caso, proceder al ejercicio de la acción penal de contar con los elementos necesarios para ello, pues sólo así se explica la aclaración en el sentido de que la extinción de dominio procede “aun cuando no se haya dictado (en el proceso penal) la sentencia que determine la responsabilidad penal”, lo que supone que ha habido al menos una calificación a cargo de la autoridad judicial penal sobre la existencia de alguno de los delitos previstos en el artículo 22 de la Constitución Federal, como presupuesto para el ejercicio de la acción de extinción de dominio. Amparo en revisión 437/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto aclaratorio. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma, Rosalía Argumosa López, Julio César Ramírez Carreón, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y Rodrigo de la Peza López Figueroa. Amparo directo en revisión 969/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. Amparo directo 58/2011. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. Amparo directo 3/2012. 8 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio César Ramírez Carreón, Mireya Meléndez Almaraz, Rosalía Argumosa López, Rosa María Rojas Vértiz Contreras y

Horacio Nicolás Ruiz Palma. Amparo directo 49/2012. 15 de octubre de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Rosalía Argumosa López, Mireya Meléndez Almaraz, Rosa María Rojas Vértiz Contreras, Horacio Nicolás Ruiz Palma y Julio César Ramírez Carreón. LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince. México, Distrito Federal, veintiséis de marzo de dos mil quince. Doy fe.

Penas de muerte

Antecedentes

La pena de muerte es uno de los temas clásicos dentro del ámbito de los derechos humanos y, en general, del constitucionalismo contemporáneo. En el fondo, su erradicación en los países democráticos se inscribe en un proceso de largos alcances que tiene por objeto la humanización del sistema penal en su conjunto y de las penas en particular. Por su importancia y por la persistente presencia en la historia del derecho penal, pensamos que se justifica su estudio en un apartado distinto respecto de los que se han dedicado al resto de penas. La pena de muerte en México tiene raigambres muy antiguas: en el derecho azteca se aplicaba en relación con múltiples delitos.

Las formas de ejecutarla eran crueles y salvajes; entre otras, se contemplaba: la incineración, la decapitación, la estrangulación, el descuartizamiento, el empalamiento, la lapidación, el garrote y el mochamiento de cabeza. Posteriormente, la pena de muerte se siguió aplicando de manera regular, ya que no existía ninguna limitación al respecto. Cabe recordar que, a lo largo de la historia del derecho penal, la pena de muerte siempre ha estado presente. Su ejecución ha adoptado múltiples formas, y en todas ellas destaca la crueldad, muy difícil de entender e imposible de justificar. Como señala Luigi Ferrajoli:

La fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares.

Antecedentes constitucionales limitativos de la pena de muerte

El primer antecedente limitativo de la pena de muerte en el ámbito constitucional, es el “Voto particular” de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842. En este documento se establece como garantía la prohibición de imponerla tratándose de delitos

puramente políticos, y la limitación de imponerla exclusivamente al salteador, al incendiario, al parricida y al homicida que hubiere actuado con alevosía o premeditación. Además se condiciona su abolición a que se establezca, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. El Proyecto de Constitución de 1842 consigna un texto igual al del “Voto” antes señalado. En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, la referencia a la pena de muerte fue muy reducida: únicamente se especificaba que al ejecutarla no se aplicaría ninguna otra especie de padecimientos físicos “que importen más que la simple privación de la vida”.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 postula, inicialmente, que “se establecerá a la mayor brevedad el régimen penitenciario”, sin relacionar esta recomendación con la abolición de la pena de muerte (art. 54). En artículos diversos se acota su aplicación al homicida con ventaja o con premeditación, al salteador, al incendiario, al parricida, al traidor a la independencia, al auxiliar de un enemigo extranjero, al que hace armas contra el orden establecido y por los delitos puramente militares que fija la ordenanza del Ejército. Se subraya, además, que en su imposición no se aplicará ninguna otra especie de padecimientos físicos (art. 56). Nada se dice respecto de los delitos políticos. Por otra parte, se prescribe también, para dar mayor seguridad en la aplicación de penas graves, una regla de carácter procedimental que podría haberse dejado a la legislación secundaria: “Ni la pena de muerte, ni ninguna otra grave, pueden imponerse sino en virtud de pruebas que acrediten plenamente la criminalidad del acusado ni ejecutarse por sólo la sentencia del juez de primera instancia” (art. 57).

El Proyecto de Constitución de 1856, en un texto casi igual al del *Voto* de la minoría del Congreso Constituyente de 1842, dispone:

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del Poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria, al salteador, al incendiario, al parricida y al homicida con alevosía, premeditación o ventaja (art. 33).

La Constitución de 1857 toma el texto del Proyecto, salvo que, al mencionar al traidor a la patria, le agregó: “en guerra extranjera”, y al señalar al salteador especificó que fuese de caminos. Además, se adicionan “los delitos graves del orden militar y los de piratería que definiera la ley” (art. 23). La reforma de 1901 al artículo 23 constitucional cancela la referencia al régimen penitenciario y consigna un texto sumamente similar al de la Constitución de 1857, con algunos cambios en la redacción.

El Proyecto de Constitución de 1916 comienza señalando: “Queda [...] prohibida la pena de muerte por delitos políticos”, y enseguida recoge el listado de delitos contenido en el texto de la Constitución de 1857, al cual adiciona el de violación y suprime la especificación de “graves” de los delitos del orden militar. El tema de la pena de muerte fue objeto de consistentes debates en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Para algunos diputados constituyentes era obvio que la pena de muerte no debía permitirse en el texto constitucional. Así, por ejemplo, el diputado De los Ríos en una memorable intervención señaló que:

En la conciencia de todos los hombres avanzados, en el criterio de todos los hombres liberales y rectos está ya escrita la abolición de la pena de muerte, por inútil y por injusta [...] la pena de muerte no se apoya en ningún derecho, no es sino una guerra declarada por la nación a un ciudadano [...] si las leyes son hechas para dulcificar las costumbres, si ese es su objeto, ¿cómo se va a pretender, señores, que se mate castigando al asesino?, ¿no es absurdo pensar que se pueda ordenar una muerte pública para prohibir a los ciudadanos el asesinato?, ¿qué se debe pensar mirando a los sabios magistrados, a los ministros encargados de la justicia mandar a la muerte a un reo con indiferencia, con tranquilidad, con ceremonia?

Al diputado Cravioto le preocupaba que la pena de muerte se pudiera imponer también a los culpables del delito de violación y que se extendiera a menores de edad y mujeres. El diputado Heriberto Jara sostuvo que: “cuando en un país se echa mano a la pena de muerte con mayor frecuencia, cuando se suceden casi a diario las ejecuciones, eso indica debilidad, porque no se cuenta con otro remedio que privar de la vida al que delinquiró”. A la postre, el artículo 22 fue objeto de dos votaciones; en la primera para aprobar el texto en los términos en que se encuentra actualmente (salvo las reformas que se han sucedido con posterioridad a 1917, como es obvio), y otra con la propuesta de incluir el delito de violación como conducta sancionable también con pena de muerte. La primera fue aprobada por 110 votos a favor y 71 en contra; la segunda fue derrotada por 119 votos en contra y 58 a favor.

1. *Códigos penales.* El Código Penal de Veracruz de 1835 —el primero en México, después de la Independencia— reguló la pena de muerte de manera muy detallada (sección II, arts. 2° a 15), especialmente en cuanto a las reglas que debían observarse antes, durante y después de la ejecución. Se prevé, en primer lugar, que el condenado a dicha pena será “pasado por las armas o le será dado garrote”. Se establecen como reglas particulares que:

- a) A la mujer embarazada no se le aplicará la pena de muerte sino hasta pasados cuarenta días después del parto;
- b) Al condenado se le notificará su ejecución setenta y dos horas antes;
- c) En casos extraordinarios, para dar cuentas de algún cargo o para arreglar sus negocios domésticos, el juez concederá un plazo que no debe pasar de nueve días;
- d) Desde la notificación de la sentencia hasta su ejecución, al condenado se le tratará con la mayor conmiseración y blandura y se le proporcionarán todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca; además, se le permitirá ver y hablar con su mujer, hijos, parientes y amigos, todo el tiempo que quiera;
- e) Desde la notificación de la sentencia se anunciará al público el día, la hora, el lugar de la ejecución y el delito cometido por el reo;
- f) La ejecución será siempre pública y se llevará a cabo entre once y doce de la mañana y nunca en domingo o día feriado, ni en fiesta nacional, ni en día de regocijo de todo el pueblo;
- g) No se le permitirá al reo “hacer arenga ni discurso a la concurrencia”;
- h) Al condenado por parricidio se le conducirá al patíbulo descalzo, atado de manos y con la cara cubierta con un crespón negro. Asimismo, se subraya que no se le podrá enterrar

en el lugar donde se sepultan los demás ciudadanos. En la segunda parte o Parte Especial del Código se regularon los delitos que merecían la pena capital, los cuales eran bastantes y muy variados.

El primer Código Penal Federal, de 1871, prevé la pena de muerte no obstante que los integrantes de la Comisión redactora manifestaron, en todo momento y de manera decidida, su idea de abolir esta pena que consideraban ilegítima, injusta e innecesaria; pero, por otro lado, advertían la carencia de penitenciarías seguras que garantizaran la no evasión de los presos. Ante esta realidad, postergaron para más adelante su abolición y, mientras tanto, recomendaron atender de manera urgente la instauración de un sistema penitenciario seguro. Con ideas humanitarias se estipuló en la normatividad penal, entre otros puntos sobresalientes:

- a) Que la pena de muerte quedara reducida a la simple privación de la vida, sin aumentar los padecimientos del reo;
- b) Que no se aplicara ni a mujeres ni a varones que hubieren cumplido setenta años;
- c) Que, en casos específicos, se pudiera sustituir por prisión extraordinaria de veinte años de duración;
- d) Que no se ejecutara en público, y que no hubiera más testigos que los necesarios, de acuerdo con la ley;
- e) Que al condenado se le proporcionaran los auxilios espirituales, etcétera.

La pena de muerte se imponía en numerosos delitos graves, entre ellos:

- a) El homicidio premeditado o con alevosía o con traición, o cometido en otras circunstancias que podrían encuadrar en las calificativas anotadas, como el caso de matar o herir al adversario en un duelo estando éste caído, desarmado o no pueda defenderse;
- b) El parricidio intencional;
- c) casi todos los delitos contra la seguridad exterior y algunos contra la seguridad interior de La nación;
- d) Delitos contra el derecho de gentes;
- e) El robo en camino público y a pasajeros de tren.

El Código Penal de 1929, en virtud del positivismo reinante que lo orientó, abolió en sus textos la pena de muerte. En la “Exposición de Motivos” se destacaba que la pena “debe perder todo significado expiatorio, retributivo y doloroso y significar para el infractor una educación para la vida social”. El Código Penal de 1931 tampoco reguló la pena de muerte, sus redactores siempre se mostraron contrarios a esta salvaje pena. El Código de Justicia Militar prescribió la pena de muerte, especialmente en cuanto a delitos graves que atentaran contra la seguridad nacional y contra el orden militar, como: traición a la patria, espionaje, rebelión, asonada, desertión, insubordinación de la que resultare la muerte del superior y algunos más que se cometan en situación de guerra.

Se disponía en este ordenamiento que “la pena de muerte no debería ser agravada con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de realizarse la ejecución”. Se contemplaba, en casos muy especiales, la posibilidad de conmutación por prisión extraordinaria. En la actualidad, es noticia trascendente que en el Código de Justicia Militar ya se abolió la pena de muerte (como se precisará más adelante).

2. *El debate.* El debate sobre la pena de muerte fácticamente está vivo, pero desde la perspectiva racional está muerto. Múltiples juristas han manifestado, enfáticamente, que la polémica está agotada, pues ya todo está dicho por los abolicionistas y por los retencionistas, de tal forma que, cuando se vuelve a la controversia, los discursos se reiteran sin que se agregue nada nuevo. Desde el siglo XVIII, Beccaria tachó esta pena de inútil e innecesaria; por tanto, contraria a los fines de la pena. Grandes pensadores: filósofos, historiadores, sociólogos, criminólogos y juristas de gran envergadura han opinado sobre la pena de muerte. Don Antonio Beristain, criminólogo de fama mundial, ha manifestado que la pena de muerte es injusta, maniquea, no democrática, perjudicial, criminógena, superflua e irreparable. Es respuesta arbitraria y caprichosa: “Quien admite esta sanción pone una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de convivencia”.

El argumento más socorrido por el pensamiento retencionista es la ejemplaridad de esta pena, que disuade e inhibe. Al respecto, Beccaria, sabiamente, postuló: “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos sino la infalibilidad de ellas”. Abundantes y muy variados son los razonamientos que reprueban la pena de muerte. Entre otros, la pena de muerte es:

- Éticamente reprochable;
- Contraria a los fines que deben tener las penas en un Estado de derecho, ya que no es compatible ni con los fines de prevención general ni con los de prevención especial;
- Irreversible e irreparable, con lo cual causa un daño que no toma en cuenta el dato esencial de la falibilidad de la administración de justicia (como de todo lo humano);
- Un acto de venganza propio de las sociedades pre-modernas;
- Constituye una sanción también para los familiares;
- No respeta la máxima kantiana según la cual toda persona debe ser tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio para lograr cualquier tipo de objetivo;
- La imposición de la pena de muerte busca lograr objetivos que van más allá de la propia persona sentenciada;
- Atenta contra los postulados de los derechos humanos, específicamente el derecho a la vida;
- Injusta, cruel, inhumana e inflexible.

En resumen, en un Estado democrático de derecho, el Estado no puede estar legitimado para matar.

3. *Instrumentos internacionales e interamericanos.* En el orden internacional contemporáneo la pena de muerte es sumamente repudiada y combatida; sin embargo, es aceptada en determinadas circunstancias, muy reducidas, como es el caso de delitos graves de carácter militar. Es manifiesto que en el Derecho internacional la pena de muerte paulatinamente se ha ido limitando con “requisitos estrictos”; no obstante, su

abolición definitiva sigue siendo de la competencia de los Estados, cuya facultad punitiva se restringe poco a poco en cuanto se afecten derechos humanos: la pena de muerte constituye una excepción al derecho a la vida entendido como un derecho inherente a todo ser humano. Los más importantes documentos internacionales referentes a esta pena son los siguientes:

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ella no se proscribe la pena de muerte, pero se proclama de manera firme que: “Todo individuo tiene derecho a la vida” (art. 3°). Condena las torturas y las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, sin hacer alusión a la pena de muerte; no obstante, la tortura y los tratos prohibidos en ese texto de alguna forma están presentes en la pena de muerte, que es la más inhumana y cruel.

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1956 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976), es el primer instrumento internacional que, además de consagrar el derecho a la vida, se muestra decididamente en contra de la pena de muerte y prescribe, en relación con los países que no la hayan abolido, requisitos muy concretos relativos a su aplicación. En el artículo 6° prevé:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
 2. En los países que no hayan abolido la pena capital, solamente podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena únicamente podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente.
 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.
 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital, podrán ser concedidos en todos los casos.
 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto, para demorar o impedir la abolición de la pena capital.
- c) El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1989), desde su “Preámbulo” estipula como principios que “la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos; [asimismo anota que] todas las medidas de abolición de la pena de muerte deberán ser consideradas un adelanto en el goce del derecho a la vida”.

En su articulado postula que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo” (art. 1.1). También consigna: “cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción” (art. 1.2). A pesar de sus firmes decisiones contra la pena

de muerte, admite que previa reserva en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados Partes podrían aplicar la pena capital cuando se trate de delitos sumamente graves de carácter militar cometidos en tiempo de guerra (art. 2.1). Este Protocolo no ha sido ratificado por México.

En el ámbito Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), ratificada por México el 24 de marzo de 1981, establece diversos principios de especial relevancia concernientes a la pena de muerte, no sin antes destacar el derecho a la vida que tiene toda persona. Tales principios se concentran en el artículo 4^o que textualmente dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Se ha dicho que las disposiciones contenidas en este artículo han sido, durante muchos años, las más progresistas en cuanto a las limitaciones de la pena de muerte.

El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (adoptado en Asunción de Paraguay el 8 de junio de 1990 y en vigor a partir del 28 de agosto de 1991), es un instrumento sumamente corto: se integra con un preámbulo y cuatro artículos breves, pero contundentes. Sus textos son muy similares a los contenidos en el Segundo Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también está destinado a la abolición de la pena de muerte. Su preámbulo es especialmente significativo por cuanto al respeto a la vida humana y al repudio de la pena de muerte. En él se consagran, entre otros principios:

- 1) Que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que ese derecho pueda ser suspendido por ninguna causa;
- 2) Que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado, y

3) Que la abolición de la pena de muerte contribuye a asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida.

En cuanto al articulado, el 1º prohíbe, de manera definitiva, la pena capital, al decir: “Los Estados Partes [...] no aplicarán en su territorio la pena de muerte sometida a su jurisdicción”. El 2.1 puntualiza: “No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo”, pero enseguida establece que sí se puede presentar reserva en el momento de la ratificación o en la adhesión, para “aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al Derecho internacional por delitos sumamente graves del orden militar”. México publicó el Decreto Promulgatorio de este Protocolo en el *DOF* del 9 de octubre de 2007. Otros instrumentos internacionales que en forma menos destacada contienen algunas reglas referentes a la pena de muerte:

- a) Los Convenios de Ginebra de 1949 (III y IV), ratificados por México el 29 de octubre de 1952 y en vigor a partir del 29 de abril de 1953, contienen algunas consideraciones sobre la pena de muerte respecto de los prisioneros de guerra.
- b) En el plano europeo (regional), el Convenio Europeo (28 de abril de 1983, en vigor a partir del 1 de marzo de 1985) tiene como objetivo abolir la pena de muerte en tiempos de paz y, contrariamente, permitir la pena de muerte en relación con actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra y sentar algunos lineamientos.
- c) El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) fue adoptado en la Conferencia Internacional celebrada en Roma el 17 de julio de 1998 y firmado por México el 7 de septiembre de 2000. Dicho estatuto no consigna la pena de muerte y prevé como sanción más grave la de cadena perpetua (art. 77). Este instrumento tan importante se firmó *ad referendum*, pues se consideró que era necesario realizar algunas modificaciones al marco jurídico nacional, primordialmente al artículo 21 constitucional. El 20 de junio de 2005 se publicó en el *DOF* el decreto que adiciona un párrafo al artículo 21 constitucional en el cual se postula: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Después de este reconocimiento, el 21 de junio del mismo año, el Senado aprobó la ratificación del Estatuto de Roma.

4. *Situación actual de la pena de muerte en México y en el mundo.* En México ninguna entidad federativa contempla la pena de muerte en sus ordenamientos penales. Tampoco está vigente en los códigos penales de la Federación y del Distrito Federal. El Código de Justicia Militar era el único cuerpo legal que conservaba la pena de muerte; sin embargo, esta pena realmente no se aplicaba, pues a partir de la década de 1960, el presidente de la República siempre concedía el beneficio de conmutarla por la pena de prisión extraordinaria de veinte años. La última ejecución, fundamentada en este ordenamiento, se llevó a cabo el 9 de agosto de 1961. Con estos antecedentes y con el deseo de que la legislación castrense esté acorde a los más avanzados postulados de derechos humanos nacionales e internacionales, el 21 de abril de 2005 se “suprimió la pena de muerte del sistema de sanciones que rige en la jurisdicción penal militar” y se sustituyó por la pena de prisión de 30 a 60 años. El 29 de junio de 2005 se publi-

có en el *DOF* el decreto correspondiente, en el cual se indica que su entrada en vigor será el 30 del mismo mes y año.

Respecto a la Constitución, es pertinente subrayar lo siguiente: el 5 de mayo de 2004 el Ejecutivo federal presentó ante el Senado una iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionados con derecho humanos, entre ellos los artículos 14 y 22, en donde se propone abolir de manera definitiva y total, sin excepciones, la pena de muerte. En el artículo 14 se suprime, en el segundo párrafo, la referencia a que “nadie puede ser privado de la vida”. En el artículo 22, en el primer párrafo, se agrega la pena de muerte a las penas prohibidas y se deroga el cuarto párrafo para quedar como sigue: artículo 22. “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación y 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”.

El decreto de reforma fue aprobado y publicado en el *DOF* del 9 de diciembre de 2005. Con ello se dio el gran paso hacia el respeto pleno del derecho a la vida, inherente a todo ser humano. Es oportuno anotar que, en 2009 (el 9 de marzo), el Partido Verde Ecologista de México impulsó una iniciativa de reforma constitucional para reincorporar la pena de muerte. Este hecho desató nuevamente el debate sobre el tema; sin embargo, nada nuevo surgió, los razonamientos filosóficos, criminológicos y jurídicos que se aducen en pro y en contra están agotados.

En el ámbito internacional la pena de muerte ha ido decreciendo de manera considerable; no obstante, subsiste en diversos países. En 140 países —más de dos terceras partes— la pena de muerte se ha abolido por ley o en la práctica. En 102, la abolición opera para todos los delitos. Son abolicionistas en la práctica 32 países, o sea, que no han ejecutado a persona alguna durante los últimos diez años. Se consideran retencionistas 58 países (datos tomados de diversos documentos sobre la pena de muerte de Amnistía Internacional, actualizados al mes de enero de 2016).

En 2015 se llevarán a cabo, en 25 países, al menos 1634 ejecuciones (se dice “al menos” porque no se tienen datos precisos de las personas ejecutadas en China). Se apunta, en el informe de Amnistía Internacional (publicado en enero de 2016), que:

Esta cifra es alarmante porque significa un incremento de 54 por ciento respecto de las ejecuciones registradas en 2014, que fueron 1061, en 22 países [Es importante saber que] de las ejecuciones registradas 2015, el 89 por ciento se llevaron a cabo en tan sólo tres países: Arabia Saudí, Irán y Pakistán. Al final de 2015 había en el mundo, al menos, 20 292 personas condenadas a muerte.

A continuación ofrecemos un cuadro que detalla la información sobre los países que prohíben la pena de muerte en sus constituciones.¹⁸

¹⁸ Tomado del documento “Prohibiciones constitucionales de la pena de muerte”, disponible en www.amnistiainternacional.org, 5 de abril de 2005, 12:05 p.m., y del documento “Datos y cifras sobre la pena de muerte”, disponible en <http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-esl>, 30 de enero de 2007.

PAÍS	TÍTULO DE LA CONSTITUCIÓN	TEXTO
Alemania	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)	El artículo 102 afirma: “La pena de muerte queda abolida”.
Andorra	Constitución del Principado de Andorra (1993)	El artículo 8.3 afirma: “La pena de muerte está prohibida”. El artículo 8 está incluido en el Título II, “De los derechos y libertades”.
Angola	Ley Constitucional de la República de Angola (1992)	El artículo 22 afirma: “1. El Estado respetará y protegerá la vida de la persona. 2. Se prohíbe la pena de muerte”.
Austria	Ley Federal Constitucional de la República de Austria (1920, según reforma de 1968)	El artículo 85 afirma: “La pena de muerte queda abolida”.
Bélgica	Constitución Coordinada de Bélgica (1994, según reforma de 2005)	El artículo 14 bis afirma: “La pena de muerte queda abolida”. El artículo 14 bis está incluido en el Título II, “Los belgas y sus derechos”.
Cabo Verde	Constitución de la República de Cabo Verde (1992)	El artículo 26.2 afirma: “Nadie será sometido a tortura ni a trato o pena cruel, degradante o inhumano, y no habrá pena de muerte en ninguna circunstancia”.
Camboya	Constitución del Reino de Camboya (1993)	El artículo 32 establece: “Todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal. No habrá pena capital”.
Colombia	Constitución Política de Colombia (1991)	El artículo 11 afirma: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.
Costa Rica	Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)	El artículo 21 afirma: “La vida humana es inviolable”. El artículo 21 está incluido en el Título IV, “Derechos y garantías individuales”.
Croacia	Constitución de la República de Croacia (1990)	El artículo 21 afirma: “Todos los seres humanos tendrán derecho a la vida. En la República de Croacia no habrá pena de muerte”.
Eslovenia	Constitución de la República de Eslovenia (1991)	El artículo 17 afirma: “La vida humana es inviolable. No habrá pena de muerte en Eslovenia”.
Finlandia	Ley Constitucional de Finlandia (1919, según reforma de 1995)	El artículo 6 afirma en parte: “Todo individuo tiene derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad de su persona. Nadie será condenado a la pena de muerte, torturado ni sometido a ningún otro trato degradante”.
Guinea-Bissau	Constitución de la República de Guinea-Bissau (1984)	El artículo 36.1 afirma: “En la República de Guinea-Bissau no habrá pena de muerte en ninguna circunstancia”. El artículo 36 se incluye en el Título II, “Derechos, libertades, garantías y deberes fundamentales”.

PAÍS	TÍTULO DE LA CONSTITUCIÓN	TEXTO
Haití	Constitución de la República de Haití (1987)	El artículo 20 afirma: “Se deroga la pena de muerte para todos los delitos”. El artículo 20 está incluido en el Título III, “Derechos y deberes básicos de los ciudadanos”.
Honduras	Constitución de la República de Honduras (1982)	El artículo 66 afirma: “Se prohíbe la pena de muerte”. El artículo 66 está incluido en el Título III, “De las declaraciones, derechos y garantías”.
Irlanda	Constitución de la República de Irlanda (1937, según reforma)	El artículo 15.5.2 afirma: “El Oireachtas [Parlamento Nacional] no promulgará ninguna ley que disponga la imposición de la pena de muerte”.
Islandia	Constitución de la República de Islandia (1944, según reforma de 1995)	El artículo 69 afirma en parte: “No debe promulgarse nunca una ley que disponga la pena de muerte. El artículo 69 está incluido en la Sección VII, que se ocupa de los derechos humanos.
Islas Marshall	Constitución de la República de las Islas Marshall (1979)	La Sección 6.1 afirma: “Ningún delito contra la ley de la República de las Islas Marshall se castigará con la muerte”. La Sección 6 se titula: “Castigo cruel y excepcional”.
Luxemburgo	Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, del 17 de octubre de 1868 (según reforma del 29 de abril de 1999)	El artículo 18 afirma: “La pena de muerte no podrá instaurarse”. El artículo 18 está incluido en el capítulo II, titulado “El pueblo de Luxemburgo y sus derechos”.
Macedonia (ex República de Yugoslavia)	Constitución de la República de Macedonia (1991)	El artículo 10 afirma: “La vida humana es inviolable. La pena de muerte no podrá imponerse en la República de Macedonia por ningún motivo”.
Micronesia (Estados Federados)	Constitución de los Estados Federados de Micronesia (1980)	El artículo IV, sección 9, afirma: “Se prohíbe la pena capital”. El artículo IV se titula “Declaración de derechos”.
México	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Por reforma publicada en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> el 9 de diciembre de 2005 se prohibió para todos los delitos.	El artículo 22 afirma: “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”.
Mónaco	Constitución del Principado de Mónaco (1962)	El artículo 20 afirma en parte: “La pena de muerte queda abolida”. El artículo 20 está incluido en el Título III, “Libertades y derechos fundamentales”.
Mozambique	Constitución de la República de Mozambique (1990)	El artículo 70 afirma: “1. [...] Todos los ciudadanos tienen derecho a la vida. Todos tienen derecho a la integridad física y no pueden ser sometidos a tortura ni a trato cruel o inhumano. 2. En la República de Mozambique no habrá pena de muerte”.

PAÍS	TÍTULO DE LA CONSTITUCIÓN	TEXTO
Namibia	Constitución de la República de Namibia (1990)	El artículo 6 afirma: “Se respetará y protegerá el derecho a la vida. Ninguna ley puede prescribir la muerte como pena adecuada. Ninguna corte o tribunal estará facultado para imponer la pena de muerte a ninguna persona. No se llevará a cabo ninguna ejecución en Namibia”.
Nepal	Constitución del Reino de Nepal (1990)	El artículo 12.1 afirma: “ (1)...no se promulgará ninguna ley que prescriba la pena capital”. El artículo 12 está incluido en la Parte 3, “Derechos fundamentales”.
Nicaragua	Constitución Política de la República de Nicaragua (1987)	El artículo 23 afirma: “El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte”.
Países Bajos	Constitución del Reino de los Países Bajos (1983)	El artículo 114 afirma: “No podrá imponerse la pena capital”.
Panamá	Constitución de la República de Panamá (1972)	El artículo 30 afirma: “No hay pena de muerte [...]”. El artículo 30 está incluido en el Título III, “Derechos y deberes individuales y sociales”.
Paraguay	Constitución de la República de Paraguay (1992)	El artículo 4, “”Del derecho a la vida” afirma en parte: “Queda abolida la pena de muerte”.
Portugal	Constitución de la República Portuguesa (1976)	El artículo 24 afirma: “1. La vida humana es inviolable. 2. En ningún caso se aplicará la pena de muerte”.
República Checa	Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (1992)	El artículo 6º, que se ocupa del derecho a la vida, afirma: ... “ (3) La pena de muerte será inadmisibles”.
República Dominicana	Constitución de la República Dominicana (1966)	El artículo 8.1 se refiere a la inviolabilidad de la vida y afirma: “En consecuencia no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o disminución de la integridad física o de la salud del individuo”.
República Eslovaca	Constitución de la República Eslovaca del 3 de septiembre de 1992	El artículo 15, que trata del derecho a la vida, afirma: “ [...] (3) La pena de muerte es inadmisibles”.
Rumania	Constitución de Rumania (1991)	El artículo 22.3 afirma: “se prohíbe la pena capital”. El artículo 22 se titula “El derecho a la vida y al bienestar físico y mental”.
Santo Tomé y Príncipe	Constitución de la República Democrática de Santo Tomé y Príncipe (1990)	El artículo 21, “El derecho a la vida”, afirma: “1. La vida humana es inviolable. 2. En ningún caso habrá pena de muerte”.

PAÍS	TÍTULO DE LA CONSTITUCIÓN	TEXTO
Seychelles	Constitución de la República de Seychelles (1993)	El artículo 15, que se ocupa del derecho a la vida, afirma en parte: “(2) Ninguna ley dispondrá que la pena de muerte pueda ser dictada por un tribunal”.
Suecia	Instrumento de Gobierno (1975)	El artículo 4 afirma: “No habrá pena capital”. El artículo 4 está incluido en el capítulo 2, “Derechos y libertades fundamentales”.
Turquía	Constitución de la República de Turquía (1982, según reforma de 1992)	El artículo 38 afirma: “No se aplicará a nadie la pena de muerte”. El artículo 38 está incluido en el capítulo II, “Derechos y deberes del individuo”.
Turkmenistán	Constitución de la República de Turkmenistán (1992, según reforma)	El artículo 20 afirma: “La pena de muerte queda totalmente abolida y prohibida para siempre por el primer presidente de Turkmenistán, el Gran Saparmurat Turkmenbashi”. El artículo 20 está incluido en la sección II, “Derechos fundamentales, libertades y deberes del hombre y ciudadano”.
Uruguay	Constitución de la República Oriental del Uruguay (1966)	El artículo 26 afirma en parte: “A nadie se le aplicará la pena de muerte”. El artículo 26 está incluido en la sección II, “Derechos, deberes y garantías”.
Venezuela	Constitución de la República de Venezuela (1961)	El artículo 43 afirma: “El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla”.

Bibliografía

- ARRIOLA, Juan Federico, *La pena de muerte en México*, México, Trillas, 1989.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid/Edersa/Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *La lid contra la tortura*, México, Cal y Arena, 1995.
- BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Imprenta de Albán, 1822.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- BUNSTER, Álvaro, “¿Por qué matar gente que mata gente para mostrar que es malo matar?”, en VV.AA., *Pena de muerte. Un enfoque multidisciplinario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, UNAM/Porrúa/CNDH, 2006.
- (comp.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- , (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, CEDH de Aguascalientes, 2008.

- CUESTA ARZAMENDI, José L. de la, *El delito de tortura, concepto, bien jurídico y estructura típica de art. 204 bis. del Código Penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1990.
- Derecho internacional de los derechos humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y otras instituciones, Serie Doctrina Jurídica, núm. 98, México, 2002.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.
- DIEZ SAEZ, Martín, *La pena de muerte en defensa de la vida*, Madrid, España, Gráficas DOMO, 1990.
- ESTRADA AVILÉS, Jorge Carlos, *Opúsculo sobre la Pena de Muerte en México*, México, Centro Marista de Estudios Superiores, A.C./Editorial Porrúa, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 6a. ed, Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA-MOLINA RIQUELME, Antonio M. *El régimen de penas y penitencias en el Tribunal de la Inquisición en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Doctrina Jurídica, núm. 17, 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Itinerario de la pena*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner editora, 1999.
- , Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, prólogo de Olga Islas, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2002.
- , *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008.
- MUÑOZ AUNIÓN, Antonio (coord.), *Por la Abolición Universal de la Pena de Muerte*, Editores. Luis Arroyo y otros, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Granada, Editorial Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, 1998.
- GONZÁLEZ, Juliana, “Razones éticas contra la pena de muerte”, en VV.AA., *Pena de muerte. Un enfoque multidisciplinario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- HERNÁNDEZ FORCADA, Ricardo y María Elena Lugo Garfias, *Algunas notas sobre la tortura en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- ISLAS GONZÁLEZ MARISCAL DE, Olga y Enrique Díaz-Aranda, *La pena de muerte*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Serie Estudios Jurídicos, núm. 49, 2003.
- Jornada Nacional Contra la Tortura*, Memoria, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991/4.
- LOPERA MESA, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006.
- MEDINA, José Toribio, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa, 1987.
- Memoria del Coloquio Internacional. La pena de muerte, un enfoque pluridisciplinario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1993.
- Memoria del Foro sobre la Tortura en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- Memoria del Simposio: “La pena de muerte”*, Toluca, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1994.

- NEUMAN, Elías, *La pena de muerte en tiempos del neoliberalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- Pena de muerte: la crueldad legislada*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004M.
- PEÑALOZA, Pedro José, *Pena de muerte: mitos y realidades*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Porrúa, 2004.
- Revista de Derechos Humanos de Sonora*, México, Derecho a la vida o pena de muerte, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Sonora, Verano de 1996/13.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (comp.), *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, ONU-OEA, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, tomos I, II y III, 1998.
- SALADO OSUMA, Ana, *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid, Tecnos, 1999.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.
- , “Seminario Internacional sobre Indicadores y Diagnóstico en Materia de Derechos Humanos”: *El Caso de la Tortura en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- SILVA, Karmen Thereza, “¿Está perdiendo fuerza la Corte Penal Internacional?”, en *Iter Criminis*, *Revista de Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 12, Segunda Época.
- SUEIRO, Daniel, *La pena de muerte y los derechos humanos*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- VALLE, Angelina del, *La pena de muerte*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. Serie opiniones, núm. 3, 1996.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “El derecho internacional penal y la justicia penal internacional en el tercer milenio”, *Anuario de derecho internacional*, vol. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.

Artículo 22

Trayectoria constitucional

22 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 28-XII-1982

LII LEGISLATURA (1-IX-1982/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1982/30-XI-1988

Se establece el decomiso de los bienes del servidor público en caso de enriquecimiento ilícito.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-VII-1996

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se determinó que tampoco se considerará confiscación el decomiso de los bienes que ordene la autoridad judicial en caso de enriquecimiento ilícito, ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delitos previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 8-III-1999

LVII LEGISLATURA (1-IX-1997/31-VIII-2000)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se precisó que no se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono. Por otra parte, se estableció que la autoridad judicial resolverá que se apliquen a favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial correspondiente deberá dictarse previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia or-

ganizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado, en la investigación o proceso citados, haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 9-XII-2005

LIX LEGISLATURA (1-IX-2003/31-VIII-2006)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

En congruencia con la reforma al artículo 14 constitucional, se agregó en el texto del primer párrafo el concepto “muerte” para prohibir de manera definitiva la eventual aplicación de la pena correspondiente. En consecuencia, se suprimió el último párrafo de este artículo en el que se establecían los supuestos y excepciones en los que la pena de muerte podía ser aplicada.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 18-VI-2008

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se reformaron los párrafos primero y segundo y se adicionan tres fracciones. La reforma al párrafo primero añade el principio de proporcionalidad de las penas. La modificación al segundo párrafo fue para establecer los supuestos que no se considerarán como confiscación de bienes. La adición de las últimas tres fracciones establecen las reglas para el procedimiento de extinción de dominio.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 27-V-2015

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el párrafo segundo, fracción I: se aumenta en su redacción, para los delitos en los que proceda la extinción de dominio, el enriquecimiento ilícito.

Artículo 23

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

La forma de impartir justicia en la Nueva España fue heredera de la tradición jurídica occidental, a partir de la recepción del *Ius Commune* europeo. El Derecho Castellano se impuso e instituyó una serie de corporaciones (instituciones políticas y jurídicas) que auxiliarían e impartirían justicia a nombre del rey. Las audiencias fueron las entidades más importantes en cada virreinato, éstas funcionaron al lado de los virreyes y gobernadores como una forma de contrapeso, pero también como una forma de garantizar la correcta impartición de la justicia real. Los dispositivos instaurados en América: provincial, distrital y local, conformaron foros de justicia que recibían casos, los fallos de éstos podían apelarse ante dichas audiencias e incluso más allá de éstas, hasta llegar a la propia figura del rey. Esta práctica judicial se arraigó y sobrevivió hasta bien entrado el siglo XIX. En este sentido, no es extraño que los antecedentes más directos del texto constitucional del artículo 23 emanen de la Constitución gaditana de 1812, la cual estableció, en su artículo 285, el señalamiento de que en todo negocio, cualquiera que fuera su cuantía, habría, a lo más, tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas.¹

Un par de años más tarde, la Constitución de Apatzingán, señalaba, en su artículo 199, como una de las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia, el conocer de causas temporales, tanto criminales como civiles, ya fuera en segunda o tercera instancia, según lo determinaran las leyes.² Una vez que México se hizo nación

¹Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

23

Sumario Artículo 23

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	347
Texto constitucional vigente.	350
Comentario Jorge Ulises Carmona Tinoco Antecedentes, evolución constitucional y texto vigente del precepto	351
Sentido y alcance de los derechos fundamentales que prevé el artículo 23 de la Constitución.	354
Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias	354
Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene	361
Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.	370
Bibliografía	374
Trayectoria constitucional	376

independiente, aunque bajo un sistema de gobierno monárquico-republicano, el emperador Iturbide promulgó el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, en el cual, siguiendo los lineamientos de Cádiz, estipuló que en todo pleito, por grande que fuera su interés, habría tres instancias y no más, y tres sentencias definitivas.³

El Plan de Constitución Política de 1823, por su parte, señalaba que:

El juez de letras sustanciará las causas en primera instancia, y sentenciará por sí solo todas las criminales y las civiles en que haya apelación. Las civiles en que no la hubiere según la ley, serán determinadas por él y dos colegas que nombrará, eligiendo uno por la terna que debe proponer cada parte. Las criminales en que haya imposición de pena, no serán ejecutoriadas sin aprobación del magistrado y colegas. La segunda instancia será en lo civil y criminal sustanciada por el magistrado de la provincia, y sentenciada por él y dos colegas que elegirá de las ternas. No habrá tercera instancia de la segunda si fuere confirmatoria de la primera. La habrá en caso contrario, y entonces será decidida por otro magistrado que residirá también en la provincia, y por dos colegas nombrados como los anteriores.⁴

Esto mismo sería ratificado en las Leyes Constitucionales de 1836. En ellas se señaló que en cada causa, cualquiera que fuere su naturaleza y cuantía, no podría haber más de tres instancias. Estableció, además, que una ley fijaría el número de las que cada causa debería tener para quedar ejecutoriada, según fuera su natural, entidad y circunstancia.⁵ De manera que muy temprano se había ya perfilado el establecimiento de un máximo de tres instancias para el desahogo de pleitos y negocios civiles y criminales. Prácticamente todos los textos jurídicos posteriores, como los proyectos de Constitución de 1842, las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843, o el Estatuto Orgánico de 1856, establecieron lo mismo.⁶ Un nuevo elemento se incorporó en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856. En dicho ordenamiento se señaló que “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”, ya fuere que en el juicio se le condenare o se le absolviese. A partir de este momento este nuevo postulado acompañó al anterior señalamiento de la existencia máxima de tres instancias.⁷ Ambos puntos son el antecedente directo del artículo 23 constitucional que ya en la Constitución de 1857, apareció casi con el texto que tendría en 1917,

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

⁵Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁶Véanse Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf; Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi_1428_printer.shtml; Bases orgánicas de la República Mexicana, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1842.pdf>; y Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁷Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1856, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1856_149/Proyecto_de_Constituci_n_Pol_tica_de_la_Rep_blica_245.shtml.

aunque en aquella ocasión el texto formó parte del artículo 24. En ese momento se plasmó de la siguiente forma:

24. Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.⁸

Es necesario apuntar que, la Constitución de 1857, limitó a un máximo de tres instancias sólo los juicios criminales, cuando en los ordenamientos previos este número de instancias funcionaba también para las causas civiles.⁹ Hay que señalar, además, que la única variante en cuanto al número de instancias, se dio en 1865 en el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, promulgado por Maximiliano. En dicho estatuto se puso como máximo el número de dos instancias.¹⁰ No obstante, dicho imperio tuvo una existencia efímera, cuando en 1867 llegó a su fin, el texto de 1857 recuperó toda su vigencia. El artículo 24 de la Constitución del 57 permaneció vigente incluso después de 1917, pues los constitucionalistas ocuparon el mismo texto, aunque lo plasmaron como parte del artículo 23 de la Constitución promulgada dicho año.

⁸Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

⁹*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012.

¹⁰Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

Artículo 23

Texto constitucional vigente

- 23 *Artículo 23.* Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.¹¹

¹¹Artículo original, *DOF*: 05-02-1917.

Artículo 23

Comentario por **Jorge Ulises Carmona Tinoco**

El artículo 23 de la Constitución establece tres importantes derechos fundamentales en principio relacionados con el enjuiciamiento penal, pero que han sido ampliados en algunas hipótesis a otros ámbitos, por ejemplo, al del derecho administrativo. El contenido del precepto de referencia ha estado presente en la historia en diversos documentos constitucionales de nuestro país, lo cual es indicativo de su importancia, pero también dificulta determinar con exactitud su sentido y alcance, según lo evidencian varias decenas de criterios jurisprudenciales que el Poder Judicial de la Federación ha emitido en la segunda mitad del siglo XIX y durante la vigencia de la Constitución de 1917. En los párrafos siguientes intentaremos reconstruir históricamente la trayectoria del artículo 23, con apoyo de la doctrina más relevante, y su evolución a través de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

23

Antecedentes, evolución constitucional y texto vigente del precepto

Un primer antecedente del artículo 23 de la Constitución vigente lo encontramos en la Constitución Política de la Monarquía Española (Constitución de Cádiz de 1812), cuyo artículo 285 establecía en su primera parte que “en todo negocio, cualquiera que sea su cuantía, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas”. Dicho precepto está relacionado con el artículo 263 del mismo ordenamiento constitucional, que en su parte conducente deja en las Audiencias “conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcación en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, según lo determinen las leyes”. Fue en la península ibérica, específicamente en el territorio de Castilla, donde a partir del siglo XIII una institución ocupó un papel central y protagónico en la impartición de justicia de ese entonces, nos referimos a la Audiencia y Real Chancillería de Valladolid, comúnmente conocida como Audiencia Real, a cuya semejanza serían establecidas siglos después algunas instituciones en los territorios que comprendía la Nueva España, como veremos párrafos adelante (Soberanes Fernández, 1992: 19-23).¹²

Si bien el origen de la Audiencia no se ha establecido con precisión, se sabe que la integraban diversos funcionarios entre los que se encontraban: los oidores, que eran

¹²Cabe señalar que a la Real Audiencia de Valladolid se sumó posteriormente la de Ciudad Real, por lo que no fue la única, pero sí constituyó el modelo de las que serían creadas en la Nueva España.

ocho, los cuales integraban dos salas encargadas de resolver apelaciones en materia civil, en contra de las sentencias emitidas por los jueces locales. Dichas salas conocían, además, de recursos extraordinarios de suplicación, que significaban la revisión de los fallos emitidos por las propias salas, así como de aquellos fallos provenientes de las salas de alcaldes de casa y corte (Soberanes Fernández, 1992: 22-23). Estos últimos integraban la denominada sala del crimen, que se ocupaba de los asuntos de primera instancia y del conocimiento y resolución de recursos de apelación en materia penal, al igual que de causas del denominado juzgado de provincia; existían también dos procuradores fiscales, quienes en un principio representaban los intereses del rey en determinados litigios, y más tarde se señaló que representaban el interés del orden jurídico. A estos funcionarios habría que agregar otros de menor envergadura como los relatores, escribanos y abogados de parte, entre otros (Soberanes Fernández, 1992).

Como señalamos, instituciones similares a la Real Audiencia fueron instauradas en la Nueva España, donde existió una organización gubernamental centralizada que tenía como otro actor principal al virrey, ambos órganos a su vez estaban sometidos a la autoridad del monarca, y al Consejo de Indias. A semejanza de la Real Audiencia de Valladolid, fue creada el 29 de noviembre de 1527 la Real Audiencia y Cancillería de México (Arregi Zamorano, 1985; Viñas Mey, 1993; Soberanes Fernández, 1992: 29-48), la cual fue establecida por el rey con el fin de frenar la autoridad de Hernán Cortés, debido a las constantes quejas en su contra ante el Consejo de Indias (Arregi Zamorano, 1985: 13-14).

La Audiencia de Guadalajara fue la segunda que funcionó en lo que ahora es el territorio de nuestro país. Se decía que en un principio se creó como un apéndice de la de México para descargarla de parte de su labor; por este motivo, ésta mantuvo su carácter de Tribunal Supremo de Apelación incluso sobre la primera; el 11 de junio de 1572 se otorga a la de Guadalajara el carácter definitivo de Audiencia (Arregi Zamorano, 1985: 20-21). Sobre las atribuciones jurisdiccionales de las Audiencias, José Luis Soberanes señala:

Las salas de justicia conocían de los recursos de apelación en materia civil y administrativa, siempre y cuando se hubiese agraviado un interés particular. Por supuesto, la Sala del Crimen conocía de los recursos de apelación en materia penal, los cuales podrían ser suplicados ante alguna sala de justicia. Si se trataba de alguna materia civil y administrativa, siempre y cuando se hubiere agraviado un interés particular; y si se trataba de alguna materia grave o trascendente se podían unir dos salas, a criterio del presidente del tribunal, después de haber oído el parecer del oidor decano o del regente, según fuese el caso (Soberanes Fernández, 1992: 41).

De conformidad con lo anterior, la tercera instancia a que se hace referencia en la Constitución de Cádiz es la *suplicación* como recurso extraordinario, que procedía contra los fallos decididos en apelación o segunda instancia. Otro de los preceptos que puede ser considerado un antecedente del precepto que comentamos es el artículo 243, en el que se prohíbe, tanto a las Cortes (órganos legislativos), como al rey ejercer las

funciones judiciales, avocar o solicitar causas pendientes, o “mandar a abrir los juicios fenecidos”. Un antecedente ulterior del artículo 23 lo encontramos en el artículo 199 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1814, que entre las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia señala la de “conocer de causas temporales, así criminales como civiles; ya en segunda, ya en tercera instancia, según lo determinen las leyes”.

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822, prevé en su artículo 68, de manera muy similar a la Constitución de Cádiz que “En todo pleito por grande que sea su interés, habrá tres instancias, no más, y tres sentencias definitivas. Dos sentencias conformes de toda conformidad causan ejecutoria. Cuando la segunda revoca o altera la primera, ha lugar a suplicación que se interpondrá en el mismo tribunal”. En el mismo sentido contiene disposiciones el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de mayo de 1823, que en su Base séptima describe la manera en que transcurrirán las instancias primera y segunda en los juicios, de manera que “no habrá tercera instancia si la sentencia de la segunda fuese confirmatoria de la primera. La habrá en caso contrario, y entonces será decidida por otro magistrado que residirá también en la provincia, y por dos colegas nombrados como los anteriores”.

La quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, en su artículo 34, señaló: “En cada causa, sea cual fuere su cuantía y naturaleza, no podrá haber más de tres instancias. Una ley fijará el número de las que cada causa debe tener para quedar ejecutoriada, según su naturaleza, entidad y circunstancias”. El número máximo de tres instancias en causas civiles y penales también está presente en el artículo 122 del primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de agosto de 1842; en el artículo 113 del segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de noviembre de ese mismo año; en el artículo 183 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843; y en el artículo 61, regla primera, del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.

En el artículo 19 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de abril de 1856 se aprecia un antecedente diverso, ya que se hace alusión a dos instancias únicamente, “sin perjuicio de los recursos de revisión y de nulidad que autoricen las leyes”. Por otra parte, la prohibición de juzgar a una persona por los mismos hechos encuentra un antecedente claro en el artículo 25 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de junio de 1856, que estableció: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya que sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. El artículo 24 de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, es sin duda el antecedente más directo del actual artículo 23, al señalar textualmente: “Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia”.

Dicho precepto no fue objeto de una discusión prolongada en el Congreso Constituyente de 1856 (presentado como artículo 25 del Proyecto); en la sesión del 19 de agosto de ese mismo año fue puesto a discusión, al que se centró sobre todo en el tema

de la absolución de la instancia con apoyo del *Diccionario de Legislación* de Joaquín Escriche (1993), lo que culminó en la aprobación definitiva del texto transcrito por 64 votos contra 15. Cabe observar que la Constitución de 1857 limitó de manera expresa a un máximo de tres instancias los juicios criminales, cuando en los antecedentes previos el número de instancias operaba también tratándose de causas civiles.

En el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, de 1 de diciembre de 1916, el artículo 23 señaló: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”. Dicho precepto fue leído en la 29ª sesión ordinaria celebrada el jueves 4 de enero de 1917, en la que se señaló que dicho artículo contenía los mismos preceptos del artículo 24 de la Constitución de 1857, que “Condena procedimientos y prácticas que de hecho ya están abolidos en la República desde hace muchos años; pero la prudencia aconseja conservar la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto”. El artículo 23 fue aprobado por unanimidad de 143 votos en la 30ª sesión ordinaria celebrada el viernes 5 de enero de 1917. Desde su integración al texto original de la Constitución de 1917, el artículo 23 no ha sufrido cambio alguno hasta la fecha, pero ha provocado numerosas interpretaciones sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales que consagra, en especial por lo que se refiere al principio *non bis in idem*.

Sentido y alcance de los derechos fundamentales que prevé el artículo 23 de la Constitución

Como señalamos al inicio, el artículo 23 establece tres derechos que merecen ser abordados por separado para su mejor comprensión. El primero de ellos tiene que ver con las instancias máximas por las que puede transcurrir el proceso penal hasta su culminación definitiva; el segundo, con la protección de las personas contra el doble enjuiciamiento por los mismos hechos; y el tercero, respecto de la protección contra la incertidumbre e indeterminación jurídica que provoca la absolución de la instancia, como una práctica nociva en perjuicio de las personas involucradas en un proceso penal. En los párrafos siguientes, abordaremos cada uno de los derechos con apoyo de la doctrina aplicable.

Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias

Esta prohibición es un mandato dirigido tanto al legislador ordinario, como a los órganos de impartición de justicia, en beneficio directo de la persona contra la que se sigue un proceso penal, pero desde un punto de vista actual también beneficia a la víctima o sus familiares, a quienes que les incumbe que el asunto no sea interminable, para

efectos de la reparación del daño. El precepto se refiere específicamente al número de etapas principales de tramitación y decisión procesal. Al hacerse referencia a un “juicio criminal” se alude al proceso penal, que en su modalidad ordinaria actual se tramita en dos etapas, la segunda de las cuales es última y definitiva en ese ámbito y se inicia con la interposición del recurso ordinario conocido como apelación, cuando se busca impugnar la decisión de fondo o última que dio fin a la primera instancia.

En el escenario actual en el que los procesos penales ordinarios cuentan formalmente con dos instancias como máximo —a nivel federal especialmente al ser suprimido del artículo 104 constitucional el recurso de súplica en 1934— surge inmediatamente la pregunta acerca de a qué se refiere el artículo 23 al hacer referencia a una tercera instancia en materia penal. La respuesta al cuestionamiento tiene una clara explicación histórica, pero su vigencia no deja de suscitar reflexiones de trascendencia para la justicia en materia penal. Si se tiene en cuenta el contexto histórico en el cual se aludía a la tercera instancia en los documentos constitucionales del siglo XIX, se puede afirmar que entonces los procesos penales transcurrían en efecto a través de tres grandes etapas o instancias: la primera de ellas ante el juez ordinario o de primera instancia; la segunda ante el órgano de apelación, de cuya decisión dependía la posibilidad de una tercera y última etapa reconocida.

Si la decisión en apelación confirmaba el sentido de la sentencia de primera instancia, el asunto quedaba definitivamente concluido, pero si la sentencia de primera instancia era revocada o modificada, entonces cabía interponer la *súplica* o *suplicación* de que conocía en muchas ocasiones el propio órgano que había decidido la apelación y que clausuraba en definitiva la controversia. El hecho de que la decisión en apelación no confirmara la sentencia de primera instancia creaba al menos un margen de duda que justificaba esa tercera etapa o instancia calificada como *súplica*, que evoca una petición enfática de reconsideración de algo ya decidido, un ruego último de justicia.

La alusión a las tres instancias como máximo fue un precepto que se vino reiterando de texto en texto hasta llegar a la Constitución actual, sin haber sido objeto de una reflexión detallada y profunda la justificación de su permanencia. De ahí que una explicación razonable acerca del artículo 23 de la Constitución, es que las tres instancias a que hace alusión es en principio un resabio histórico que llegó hasta el texto vigente, que no tiene un reflejo fiel en la realidad al estar consideradas en la actualidad, como máximo, únicamente dos instancias en materia penal. En este sentido, se podría afirmar que hay razones para la necesaria modificación de este precepto para ajustarlo al número máximo —y también mínimo, como veremos más adelante—, de etapas en que transcurre el proceso penal ordinario en la actualidad.

Lo anterior no significa evadir el tema de la vigencia del precepto, de ahí que procedemos a hacer consideraciones adicionales, en especial si la suplicación tiene en la actualidad una institución refleja que justifique la prohibición de las aludidas tres instancias como —por ejemplo, como hipótesis a confirmar— el amparo de una sola instancia en materia penal. Un término clave para entender el alcance del precepto es el de “instancia”, que debe entenderse en principio en el contexto histórico en que era utilizado en el siglo XIX, y que en la actualidad es parte del terreno de la doctrina del

derecho procesal. Joaquín Escriche en su notable *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, editado en México en 1837, al referirse a la voz “instancia” refiere:

La demanda en justicia, o el ejercicio y seguimiento de la acción en juicio. Suele haber primera, segunda y tercera instancia. Los trámites de la primera pueden verse en el artículo *Juicio civil ordinario*: los de segunda en la palabra *Apelación*; y los de tercera en la palabra *Súplica* (Escriche, 1993: 323-324).

La *instancia* en ese sentido es una etapa procesal que iniciaba con la demanda o con la interposición de un recurso (apelación) contra una determinación de fondo y que culminaba por lo regular con una decisión que la clausuraba. En ese entonces, la naturaleza de los diversos medios de impugnación que aportara la ciencia del derecho procesal, sobre todo en el siglo XX, no era un factor determinante para calificar una etapa procesal como instancia propiamente. Por otra parte, después de la primera, las instancias que siguen por lo regular adoptan el término del medio de impugnación que les sirve a manera de entrada o inicio. Así, a la segunda instancia en un proceso se le conoce regularmente como *apelación* y a la tercera en el siglo XIX como *súplica*. No obstante esto, hay que aclarar que no en todas las oportunidades en que es procedente un medio de impugnación éste abre una instancia, sólo en aquellos casos en que se ataca una decisión de fondo, que ponga fin al proceso o que clausure o culmine una instancia previa.

Hay casos en que un acto o decisión procesal diverso a los señalados es impugnado a través de la apelación, pero en éstos únicamente significa que el tribunal de ulterior grado decidirá el punto que se le plantea, luego de lo cual regresa al órgano de decisión original para continuar la tramitación de la *instancia*. En términos llanos, por ejemplo, la segunda instancia se abre siempre mediante un recurso de apelación, pero no todo recurso de apelación abre una segunda instancia (Fernández Ballesteros, 1995: 535). Por lo regular, la apelación se interpone frente a una resolución final, que puede o no resolver el fondo. De esta manera, la segunda instancia consistiría en un nuevo enjuiciamiento de lo que haya sido el objeto del proceso en la primera instancia (Montero Aroca y Flors Maties, 2001: 384), por lo que únicamente existe si ésta concluyó su tramitación con resolución definitiva.

Con respecto a si el amparo pudiera ser considerada como la tercera instancia a que hace alusión la Constitución vigente, cabría mencionar como un dato histórico que de acuerdo con la primera ley que reguló al amparo (1861), previsto en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, éste se tramitaba en tres instancias de conformidad con los artículos 3, 5 y 18 del mencionado ordenamiento. La primera instancia se tramitaba y decidía ante un Juez de Distrito, cuya resolución era apelable ante un Tribunal de Circuito, de manera que si éste confirmaba el sentido de la sentencia de primera instancia, el asunto quedaba totalmente concluido; pero si la revocaba o modificaba entonces procedía el recurso de súplica, del cual conocía la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

La tramitación de los juicios ordinarios en las entidades federativas en tres instancias, luego de las cuales podía interponerse el amparo —también con sus tres instancias—, hacía de los procesos algo sumamente complejo y lento. Esto motivó en las subsecuentes leyes de amparo y en los Códigos que regularon la institución, que se suprimiera la tercera instancia en la tramitación del mismo, de manera que a partir de 1869 sólo existían dos instancias: la primera ante el Juez de Distrito y la segunda ante la Suprema Corte, esta vez en Pleno, a través de la *revisión* forzosa u oficiosa.

La introducción de la casación de tipo español en México en 1872, con antecedentes en el recurso de nulidad previsto en el artículo 261 de la Constitución de Cádiz, del que tocaba conocer al Tribunal Supremo de Justicia “contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso”, vino en algunos casos a integrar la tercera instancia que era desempeñada hasta entonces por la *suplicación* y en otros se convirtió en un medio de impugnación ulterior. La casación era conocida y decidida por los Tribunales Superiores de Justicia en sus respectivos ámbitos de competencia, luego de lo cual era interpuesto el amparo ante los tribunales federales. En el ámbito local la casación tuvo una vigencia efímera y la última ocasión en que tuvo presencia en materia penal fue en el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales de 1894 (Fix Zamudio, 2003: 237-249; Bustillos, 2004: 145-159).

Diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en amparo, confirman la existencia de las tres instancias en asuntos judiciales locales, en algunos además la casación local, luego de las cuales se agregaba el amparo con sus dos instancias lo cual, *de facto*, significaban numéricamente cinco instancias o etapas de decisión diversas. Ello se aprecia en diversas ejecutorias, como la dictada el 14 de octubre de 1890, en el caso Vicente Enríquez contra el Tribunal Superior de Chihuahua; la emitida el 9 de junio de 1892, en el caso de Anselma Echeverría viuda de Amézaga contra las sentencias que en tres instancias pronunciaron los Tribunales de Justicia del Estado de Tamaulipas, y contra la casación pronunciada también por el tribunal respectivo, en los autos de un juicio civil seguido por la quejosa sobre pago de una cantidad de pesos; o también la dictada el 18 de marzo de 1893, en el caso de Marcos Salas contra la ejecución del fallo dictado de conformidad en tres instancias por los Tribunales del Estado de Nuevo León, condenándolo a sufrir la pena capital por el delito de homicidio calificado.

Por otra parte, la casación al nivel federal se traslapó en principio con el amparo, lo cual motivó que en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 fuera suprimida, precisamente por considerarse que resultaba inútil en virtud de la existencia del juicio de amparo; pero más que un triunfo del amparo, lo que operó fue en realidad una *asimilación* de la casación a éste, lo cual se evidenció aún más con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Amparo de 1919, que señalaba como parámetro para la procedencia del amparo en materia judicial aquellos casos en que se señalara como procedente la casación (Fix Zamudio, 2003: 237-249; Bustillos, 2004: 145-159). De esta manera, el amparo de una sola instancia, creado a partir de la Constitución de 1917, ocupó el lugar de la casación y, desde este ángulo, podría afirmarse que pasó a integrar, al menos desde el punto de vista material —porque lo decide no el mismo órgano jurisdiccional como tradicionalmente ocurría, sino un órgano jurisdiccional

federal—, la *tercera instancia* a que hace alusión el artículo 23 de dicha Constitución, en asuntos de índole penal.

No obstante lo anterior, no dejan de tenerse en cuenta los casos de excepción en que procede el recurso de revisión, que abre una segunda instancia, contra las sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Cuando se haya planteado en la demanda de garantías la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal, de un tratado internacional, o bien la interpretación directa de un precepto constitucional y en la sentencia recurrida se haya omitido decidir acerca de dichas cuestiones, en los términos de la Constitución Federal (fracción IX del art. 107), la Ley de Amparo (artículo 83, fracción V) y los Acuerdos Generales del Pleno de la Suprema Corte (entre otros el 5/2001), siempre y cuando se trate de un asunto de índole penal.

Como complemento del análisis histórico y normativo que hemos esbozado, para arribar a algunas consideraciones conclusivas sobre el significado actual de la primera parte del artículo 23 de la Constitución, haremos referencia a algunas de las opiniones de la doctrina sobre el particular. Al comentar los derechos fundamentales de la Constitución de 1857, Isidro Montiel y Duarte comenta que la falibilidad humana es la razón que hace incluso necesaria la revisión de las sentencia “con aquellas garantías de acierto que es posible dé la justicia humana”, pero no una impugnación ulterior, de manera que, señalaba, “creemos que es muy justificada la teoría de una segunda instancia, pero no la de una tercera” (1998: 454). José María Lozano, sobre el número de instancias y su justificación señaló:

Si el juez de la 1ª instancia ha cometido un error en su decisión, es conveniente que otro Tribunal, revisando sus actos, pueda repararlo en la instancia siguiente; y como es igualmente posible que el Tribunal revisor haya incidido en el mismo error ó en otro cualquiera, conviene de la misma manera, que otro tercero haga á su vez una nueva revisión y pronuncie la última palabra (Lozano, 1987).

Esto no garantiza que el tribunal de última decisión pueda estar libre de incurrir en errores, pero en virtud de que tal circunstancia puede suceder cualquiera que sea el número de instancias “es preciso fijar un término á la revisión, y establecer, que al llegar al designado, debe tenerse como verdad jurídica, si no como verdad real, la última resolución” (Lozano, 1987: 369-370). Sobre el recurso de nulidad que estaba previsto incluso a nivel constitucional desde 1812, Lozano advierte que no se trata de una instancia, pues si el fallo se produce contra ley expresa, el tribunal al casar la sentencia hace la aplicación conveniente de la ley, por lo que su resolución “viene á subrogarse en lugar de la resolución casada”. En este mismo sentido, opina, “tampoco importa una instancia el recurso de amparo que cuando tiene lugar se limita en sus efectos á anular la sentencia contra la que se interpone, dejando al Tribunal competente expida su jurisdicción para pronunciar un nuevo fallo” (Lozano, 1987: 371).

En el siglo XX, Ignacio Burgoa opinó que el amparo no es una tercera instancia, en virtud de que se trata de un nuevo estadio completamente distinto y autónomo, de acuerdo con elementos subjetivos y objetivos, incluso en los casos de control de legalidad. De acuerdo con este autor, antes de la reforma sufrida por el artículo 104 constitucional —que se operó en enero de 1934— el cual en su fracción I consignaba el recurso de súplica, y con anterioridad a la supresión de los recursos de casación, las sentencias recaídas en segunda instancia eran respectivamente “suplicables” o “casables” —permitiéndose la expresión—, circunstancia que originaba terceras instancias en los términos en que hemos concebido (identidad de elementos subjetivos) —con exclusión del órgano jurisdiccional— y objetivos procesales (Burgoa, 2002: 666-667).

Ariel Rojas interpreta el artículo 23 en favor del inculpado, de manera que luego de la sentencia de segunda instancia éste tiene acceso a una serie de instancias que le están vedadas a la parte acusadora, lo que lo lleva a afirmar que “los juicios criminales sí pueden tener más de tres instancias, superando así el límite constitucional que señala el artículo 23, pero únicamente a favor del inculpado, nunca en su contra, lo cual es congruente con el propósito y naturaleza de las garantías individuales” (Rojas, 2002: 490).

Por otra parte, Juventino V. Castro señala que en los usos actuales los juicios tienen a lo más dos instancias, de ahí que “la tercera instancia parece hasta un exceso de autorización por parte de nuestra Constitución”. Pero esto se explica si se toma en cuenta que durante la vigencia de la Constitución de 1917 existían la súplica y la casación, que integraban una tercera instancia que tenía cabida constitucional. No obstante, para este autor:

El juicio de amparo *devoró* a esos dos recursos extraordinarios, pero resulta pertinente aclarar desde ahora que el amparo no es sin embargo una instancia, sino un proceso autónomo en el cual no se examina en su integridad lo planteado por las partes dentro de las controversias, sino únicamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las resoluciones definitivas de las autoridades judiciales, campo más limitado y que se ubica en sede distinta (Castro, 1991: 264).

Desde el punto de vista del proceso penal, Zamora Pierce afirma que:

Un proceso de este tipo, [...] conforme con los derechos humanos debe, por una parte, limita el número de instancias de las que dispone la acusación, a fin de no prolongar indefinidamente el juicio penal a través de múltiples instancias en las que quedaría siempre *sub iudice* la inocencia o culpabilidad del acusado, difiriéndose el pronunciamiento definitivo sobre su condena o absolución. Pero, por otra parte, conceder al procesado todas las instancias que puedan serle necesarias para demostrar su inocencia. Como veremos, tal tipo de proceso es precisamente el que establecen nuestras leyes (Zamora Pierce, 2003: 357).

Dicho autor, afirma que, en los casos en que en materia penal, la apelación tiene como consecuencia la reposición del procedimiento, la tramitación de éste “vendría a

constituir la tercera instancia, y, a no dudarlo, la cuarta sería aquella en que el Tribunal conozca de la apelación contra la sentencia dictada en el procedimiento repuesto” (Zamora Pierce, 2003: 357). En la misma línea argumentativa, Zamora Pierce afirma que el amparo es una instancia y que pueden existir varias de ellas, según el número de amparos que se llegaren a presentar, e incluso también el reconocimiento de inocencia del inculcado, que para este autor constituye una instancia más, de manera que: “los juicios criminales sí pueden tener más de tres instancias, rebasando así el límite constitucional de tres que, imperativamente, señala el art[título] 23, pero únicamente a favor del inculcado, nunca en su contra, lo cual es congruente con la naturaleza de las garantías individuales” (Zamora Pierce, 2003: 357-360). Desde el ángulo del derecho internacional de los derechos humanos, en materia penal, los instrumentos internacionales señalan al menos la necesidad de que los procesos cuenten con dos instancias, así lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 8.2.h sobre Garantías Judiciales, que establece:

Artículo 8. Garantías Judiciales [...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...]

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

De similar manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala en el artículo 14.5: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. El derecho a recurrir al fallo es genérico y no limita las oportunidades de ello, siempre que sea en beneficio de la persona afectada, por lo que el artículo 23 de la Constitución se encuentra acorde con dichos preceptos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General número 13, referida al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señaló que el derecho de revisión del fallo de primera instancia, no se limita sólo a las infracciones más graves y que, además, los tribunales de segunda instancia deben cumplir con las exigencias de audiencia pública y con las debidas garantías establecidas del referido artículo 14.

Por último, consideramos importante insistir que si bien el sistema de números de instancias en materia penal está orientado en beneficio del inculcado, no se deben perder de vista también los de las víctimas de las conductas delictivas, para las que un número desproporcionado de etapas o la dilación en las mismas, puede provocar una denegación de justicia imputable al Estado. De manera que éste deberá encontrar, a través de una ponderación de intereses, un equilibrio adecuado en las posibilidades de impugnación de un fallo, sobre los mínimos que señala la Constitución y los instrumentos internacionales.

Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene

La segunda parte del artículo 23 consagra un derecho fundamental ampliamente reconocido, la imposibilidad jurídica de juzgar penalmente a una persona en más de una ocasión respecto de los mismos hechos, mejor conocido como *non bis in idem* o *ne bis in idem*. El precepto señala de manera textual: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Con algún antecedente previo que ya señalamos, el precepto hace su primera aparición constitucional en el texto de la Ley Fundamental de 1857, y desde entonces se encuentra redactado en idénticos términos. Este derecho fundamental entraña un mandato específico de prohibición a las instancias de acusación penal, pero también a los órganos jurisdiccionales en dicha materia, a efecto de una vez determinada la culpabilidad o la absolución de una persona en un juicio penal, no se le pueda volver a acusar e incluso a enjuiciar por los hechos o conductas que fueron objeto de examen en el primer juicio.

De no respetarse ese derecho en el caso de una persona que fue declarada culpable en un inicio, esto representaría una oportunidad para que se le incoaran causas penales concomitantes o sucesivas que podrían derivar en la imposición acumulada de múltiples penas por el mismo hecho sancionado por la ley penal, lo cual no puede tener otra base más que la arbitrariedad y el uso desviado del sistema de justicia penal. En el caso de una persona que en el juicio penal hubiera sido absuelta, lo que no implica necesariamente que hubiere sido *de facto* inocente, sino que la existencia del delito no se comprobó o no fue acreditada su responsabilidad en juicio, el artículo 23 impide que la causa sea reabierta o se le inicie siquiera una diversa por los mismos hechos o conductas.

Con el derecho fundamental de no ser sujeto a un doble enjuiciamiento penal por la misma conducta o hecho, se protege evidentemente la libertad personal, la integridad física y psíquica de la persona; pero también se busca prevenir la arbitrariedad de las autoridades, fortalecer la certeza jurídica y realizar la justicia. Por otra parte, si bien el sentido del precepto no deja duda alguna, su texto no deja de ser problemático, pues el artículo 23 hace referencia a una prohibición de no ser juzgado dos veces por “el mismo delito”, mas no por los mismos hechos o conductas. En caso de adoptar de manera literal el contenido del precepto, caeríamos en el absurdo e injusto de que una persona enjuiciada por la comisión de cualquier delito, por ejemplo, un robo —sea que hubiere sido condenada o absuelta— adquiriría un “pasaporte de impunidad” que le permitiría cometer o seguir cometiendo cuantas veces desee el delito, sin poder ser sometida nuevamente a la justicia penal.

Además, al hacer referencia el precepto a la prohibición de “ser juzgado dos veces”, evidentemente limita la posibilidad de que se produzca siquiera un segundo juzgamiento, pero de ello también se sigue la prohibición de subsiguientes intentos. Siguiendo el orden en que examinamos la primera parte del artículo 23, ahora veremos cómo la doctrina ha abordado el tema del *non bis in idem*. Joaquín Escriche explica que dicha expresión significa literalmente “no dos veces sobre el mismo hecho [y que su sentido es] que por un mismo delito no se ha de sufrir más que una persecución; es

decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él” (1993).

No obstante lo anterior, dicho autor advierte que si se puede ser objeto de persecución “probándose en la segunda acusación que se procedió con dolo en la primera, o si habiéndose hecho ésta por algún extraño se entablase la segunda por algún pariente del agraviado que ignoraba la primera” (Escriche, 1993: 468-469). Isidro Montiel y Duarte apunta al estudiar el artículo 24 de la Constitución de 1857, con base en un principio de mayoría de razón, que si el poder judicial “no puede ni aun reformar una sentencia, sino en virtud de alzada o de súplica, tampoco podrá hacerlo de un juicio fenecido, que por lo mismo haya pasado en autoridad de cosa juzgada, o que haya sido ejecutoriado en última sentencia” (Escriche, 1993: 456).

José María Lozano plantea un escenario diferente, aunque también centrado en la autoridad de la cosa juzgada, al señalar que ésta impide que vuelva a abrirse un nuevo proceso.

La imposibilidad de iniciar un nuevo proceso se da, de acuerdo con las ideas de este autor, cuando con posterioridad aparezcan pruebas evidentes que condenen al reo, y también, si la sentencia lo condena, no sería posible abrir una nueva averiguación, aun cuando aparezcan pruebas intachables de su inocencia [no obstante, en esta última hipótesis, sugiere que] la equidad aconseja que se faciliten al injusticadamente condenado algunos recursos por cuyo medio pueda obtener la reparación posible del error cometido, tales son el indulto y la rehabilitación; pero no es posible abrir un nuevo proceso, porque para esto sería necesario quitar toda su fuerza a la verdad jurídica que establece la cosa juzgada (Lozano, 1987: 371).

Ignacio Burgoa, al comentar el artículo 23 de la Constitución vigente, opina que para saber en qué caso opera el *non bis in idem* hay que determinar qué significa ser o haber sido juzgado. Para ello acude a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los cuales se deriva que la persona debe haber sido condenada o absuelta por una “sentencia firme e irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso, contra la que sea ejecutoria legal o declarativamente” (Burgoa, 2002). A partir de esta afirmación, comenta el mencionado autor, si se le inicia un nuevo proceso al individuo sin que exista aún sentencia, no hay violación al artículo 23 constitucional. De ahí que la prohibición del artículo 23 sólo opera ante una sentencia ejecutoriada o una resolución que tenga la misma eficacia jurídica en materia penal (auto de sobreseimiento de la causa) (Burgoa, 2002: 667).

Para Zamora Pierce la regla del *non bis in idem* aplica cuando en dos o más procesos se pretende juzgar a un mismo acusado por un mismo delito, esto es, cuando existe doble identidad, tanto objetiva, como subjetiva, incluso tiene lugar la aplicación de este derecho en procesos en los que se designe a la misma persona con otro nombre (Zamora Pierce, 2003: 365). No obstante, este mismo autor advierte que hay unanimidad en la doctrina respecto de que al mencionar el artículo 23 el *mismo delito*, se refiere a la conducta y no a su nombre jurídico, “al acto o actividad que se atribuye al

acusado, y no al tipo penal en el cual se clasifica” (Zamora Pierce, 2003: 368). Esto lo lleva a reconocer que habiendo sentencia ejecutoriada en un proceso, “todo nuevo intento de investigar los mismos hechos o de procesar con respecto a ellos al mismo sujeto es violatorio del precepto mencionado” (2003: 371).

Por lo que respecta a los estándares internacionales, el principio *non bis in idem* se encuentra previsto en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece dentro de las llamadas *garantías judiciales*: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.7 señala en similares términos: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General número 13 (1984), se refirió al artículo 14 del Pacto y sobre el tema que nos ocupa señaló:

El Comité estima que la mayoría de los Estados Partes establecen una clara distinción entre la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales y la incoación de un nuevo proceso, cosa prohibida en virtud del principio *ne bis in idem* contenido en el párrafo 7°.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de sentar un precedente importante sobre el tema en el caso María Elena Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres, en Perú. Dicha persona fue denunciada por una “arrepentida”, el 5 de febrero de 1993, de ser una integrante del grupo Sendero Luminoso, por lo que fue arrestada, retenida y torturada por 10 días, y juzgada por un tribunal de jueces militares “sin rostro” por el delito de traición a la patria, del cual fue absuelta para poco después ser juzgada por un juzgado penal, del fuero común, sin rostro, por los mismos hechos, pero ahora por el delito de terrorismo, del cual se le encontró culpable. Con motivo de dicho caso la Corte Interamericana señaló:

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos [por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”], la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.¹³

¹³Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo, serie C, número 33, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 66.

En el caso concreto, la Corte declaró al gobierno de Perú responsable de diversas violaciones a los derechos humanos y, entre otras cosas, resolvió que debía dejarse en libertad a la víctima, que ya había sido juzgada y absuelta por los mismos hechos.

En relación con México, existe un asunto resuelto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que el tema del *non bis in idem* fue analizado. Se trata de la resolución número 24/88 recaída en el caso 9706, del 23 de marzo de 1988, sobre presuntas violaciones a las garantías judiciales en perjuicio de los señores Cebrián Elizondo, quienes fueron sometidos a diversas causas penales, en el fuero común y en el ámbito federal, por delitos de índole patrimonial. Uno de los argumentos de defensa de las víctimas consistía en que estaban siendo procesados penalmente por delitos diversos, pero en relación con mismos hechos, los órganos de jurisdicción interna señalaron sobre el punto:

Si bien el artículo 23 constitucional establece el principio *Non bis in idem*, ya que en el juicio se le absuelva o se le condene, y si por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por sentencia firme o irrevocable, no se causa agravio a los señores Cebrián Elizondo, pues no se les juzgó dos veces por el mismo delito [...] los encausados pretenden justificar que fueron juzgados por los mismos hechos que originaron esta causa penal, procede destacar que esos procesos se les instruyeron por la comisión de los ilícitos de Fraude y Abuso de Confianza, cuyos hechos consisten en la expedición de cheques de los acusados, los que no fueron cubiertos por insuficiencia de fondos, en alguno de los casos y, en otros, por no tener cuenta o tener cancelada el girador; hechos distintos a los que nos ocupan, consistentes en proporcionar a las instituciones bancarias datos falsos sobre el monto de su activo, para obtener préstamos [...] por lo que se concluye que los hechos que originaron este proceso, son distintos a los que realizaron en los procesos anteriores, y no se les está juzgando dos veces por los mismos.

La Comisión Interamericana determinó que no había sido demostrada violación alguna a la Convención Americana, en especial al artículo 8.4 que consagra el principio *non bis in idem*, además del hecho de que no se habían agotado los recursos internos de defensa por parte de los peticionarios. Si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.¹⁴

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales, como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las

¹⁴Ricardo Caso Baena *et al.*, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana,¹⁵ entre las que se encuentra el principio de *non bis in idem*.

Desde otro ángulo, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.¹⁶

El derecho fundamental que establece la segunda parte del artículo 23 posee una especificidad tal que lo hace susceptible de aplicación directa por los operadores jurídicos, sin que sea necesario un desarrollo normativo secundario o, al menos, uno sumamente sofisticado, mismo que en caso de darse debe ser sumamente cuidadoso de no restringir el núcleo del derecho plasmado, pero sí puede ampliarlo o fortalecerlo en beneficio de la persona y ponderándolo con los derechos de la víctima u ofendido del delito.

En el Código Penal Federal de 1931, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1985, se llevaron a cabo modificaciones a diversos preceptos, entre ellos el artículo 118, que a partir de entonces dio al principio *non bis in idem* expresión normativa a nivel legal federal, pero además determina cómo debe proceder la autoridad que conozca de un proceso en relación con una misma persona y mismos hechos, que fueron objeto de un proceso culminado en sentencia, así como también el caso en que, con franca violación al artículo 23 constitucional, hubiere dos sentencias sobre los mismos hechos en relación con la misma persona.

Cabe mencionar que el artículo 118, que se ubica dentro del título quinto sobre “extinción de la responsabilidad penal”, capítulo IX intitulado “existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos”, señala de manera textual:

Artículo 118. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término.

La exposición de motivos que acompañó a la reforma al Código Penal Federal confirma lo expresado, en el sentido de que el contenido del artículo 118:

Es una derivación de la norma constitucional que prohíbe juzgar dos veces por el mismo delito, ya que en el juicio se absuelva o se condene. El proyecto de artículo 118 norma,

¹⁵Bronstein Caso Ivcher, Sentencia de Fondo, 6 de febrero de 2001, párrafo 104.

¹⁶Ricardo Caso Baena *et al.*, Sentencia de Fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 126.

además, el caso en que existan dos o más procesos en marcha por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002, hallamos el Título Quinto que se refiere a la “extinción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad”, y dentro de éste el capítulo XII se intitula “existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos”, cuyo artículo 122, a diferencia del Federal, se refiere expresamente al *Non bis in idem*, y agrega una hipótesis en los términos siguientes:

Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.

Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta:

- I. Dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término;
- II. Una sentencia y un procedimiento distinto, se archivará o se sobreseerá de oficio el procedimiento distinto; o
- III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que corresponda al proceso que se inició en segundo término y se extinguirán sus efectos.

Por otra parte, existe un cúmulo importante de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito sobre los alcances e hipótesis derivadas del artículo 23 en el tema que nos ocupa, incluso en las épocas de la llamada *jurisprudencia histórica* (de la primera a la cuarta época). Como ejemplos de las hipótesis, sentido y alcance del artículo 23, se pueden citar los siguientes criterios:

a) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución Federal, que prevé el principio penal *non bis in idem*, entendido como aquellos hechos o actos de un individuo que fueron sometidos a un juicio criminal que concluyó con sentencia ejecutoriada, con independencia de que haya sido condenado o absuelto, ya no podrán ser materia de otro juicio criminal, debiéndose entender por sentencia ejecutoriada, la institución procesal que busca la firmeza de las resoluciones judiciales, y que lleva implícitas las garantías de seguridad jurídica y libertad personal del acusado, dado que impide un doble procesamiento por la comisión de un mismo delito (Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XVI, octubre de 2002, Tesis: XXIII.3o. J/4; página: 1301).

b) Se violan las garantías de seguridad jurídica, si para la configuración del delito de vagancia y malvivencia, se exige, entre otros elementos, “la circunstancia de que el inculpa-do tenga malos antecedentes comprobados por los archivos judiciales, cuando tales antecedentes derivan de resoluciones firmes en que se estableció la culpabilidad o inocencia del acusado implica, sin lugar a duda, que se está tomando como base para la configuración de dicho evento delictivo un archivo judicial donde ya fue juzgado” (Novena Época; Ins-

tancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XVI, octubre de 2002, Tesis: XXIII.3o. J/4; página: 1301).

c) En los delitos continuados, cuando existe unidad delictiva en la intención, las conductas deben considerarse como un solo delito, ya que, de lo contrario, considerarlas de manera aislada llevaría posiblemente a dictar resoluciones por cada uno, “en franca contravención también al artículo 23 constitucional, que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”. (Rubro INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. CONSTITUYE UN DELITO CONTINUADO, CUANDO EXISTE UNIDAD DELICTIVA EN LA INTENCIÓN. Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XVIII, julio de 2003; Tesis: I.4o.P20 P; página: 1146).

d) Cuando los tipos penales consideran figuras delictivas diferentes, porque los elementos que los constituyen son diversos, el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso no se sigue por dos tipos diferentes que sancionan la misma conducta, sino que sancionan conductas distintas (Tesis con el rubro DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2º. Y 4º. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Novena Época; Instancia: Segunda Sala; FUENTE: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XIII, mayo de 2001; Tesis: 2a. XLIX/2001; página: 446).

e) La emisión de un auto de formal prisión que niega el libramiento de una orden de captura, por considerar que no estaban acreditados los elementos del tipo penal imputado, no significa que se decidió sobre los hechos ilícitos, para lo cual se requiere una sentencia, por lo que, “en tanto no opere la prescripción como causa extintiva de la pretensión punitiva del Estado, el Ministerio Público se encuentra facultado para practicar diligencias encaminadas a demostrar la existencia de los elementos típicos aun en indagatoria diversa y consignar, por segunda ocasión, al juzgador los hechos investigados, quien podrá o no obsequiar la orden de aprehensión solicitada, cuenta habida que no puede admitirse que con ese proceder se estén juzgando dos veces los mismos hechos”. (Tesis con el rubro: *NON BIS IN IDEM*. NO LO VIOLENTA EL INICIO DE UNA NUEVA INDAGATORIA SI NO HA OPERADO LA PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE AQUELLA QUE MOTIVÓ LA DENEGACIÓN DEL LIBRAMIENTO DEL MANDATO DE CAPTURA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: VIII, noviembre de 1998; Tesis: XXII.2o.2 P; página: 549).

f) No es necesario arribar a estar en presencia de dos sentencias emitidas contra una persona por el mismo delito, para estimar infringido el artículo 23 constitucional, “pues se trata de proteger con dicha norma jurídica a los gobernados para que éstos no sean sometidos a dos juicios o procesos por los mismo hechos delictivos, sin que deba entenderse el término ‘procesar’ como sinónimo de sentenciar, sino de someter a un procedimiento penal a alguien y la frase ‘ya sea que se le absuelva o se le condene’ contemplada en el aludido artículo constitucional se refiere al primer juicio en el que se juzgó al acusado” (Tesis con el rubro: *NON BIS IN IDEM*. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE. Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: VIII, octubre de 1998; Tesis: I.3o.P35 P; página: 1171).

g) La prohibición del artículo 23 comprende no sólo los casos en que se haya dictado una sentencia definitiva que decidiera sobre la demostración del delito y la responsabilidad penal, sino también aquellos en que no obstante no haberse dictado la citada resolución, exista determinación que tiene procesalmente los mismos efectos de una sentencia (Tesis bajo el rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ES INCONSTITUCIONAL EL QUE TOMA EN CUENTA HECHOS

QUE FUERON MATERIA DE UNA CAUSA ANTERIOR. Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: III, junio de 1996; Tesis: VI.2o.68 P; página: 791).

h) Si una persona ya había sido procesada y condenada por sentencia ejecutoria en el fuero federal, por los mismos hechos y delitos materia de su actual condena en el fuero común, es indiscutible que se le ha juzgado dos veces por el mismo delito, y por tanto se violó en su perjuicio el artículo 23 constitucional. En la consideración anterior no es obstáculo el que la primera autoridad que conoció del proceso haya sido declarada incompetente para ello (Tesis con el rubro: FUERO COMÚN, COMPETENCIA DEL, CUANDO EL REO YA HA SIDO PROCESADO Y CONDENADO POR SENTENCIA EJECUTORIA, POR EL MISMO DELITO EN EL FUERO FEDERAL. Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: X, noviembre de 1992; página: 260. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción número 119/2002, pendiente de resolver en la Primera Sala). Este criterio contradice al que establece que no se viola el artículo 23: cuando el tribunal federal sentencia a un acusado por determinado delito, aun cuando el mismo ya hubiere sido sentenciado anteriormente por una autoridad judicial local si ésta era incompetente; porque para la legislación federal, no puede hablarse en tales casos de cosa juzgada, en virtud de que las autoridades del fuero común incompetentes, no pueden impedir que los Poderes de la Unión ejerzan legalmente sus atribuciones (Tesis bajo el rubro: GARANTÍA CONSTITUCIONAL *NON BIS IN IDEM*. NO VIOLA EL PRINCIPIO UN SEGUNDO JUICIO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL, CUANDO EL ACUSADO FUE JUZGADO POR AUTORIDAD LOCAL INCOMPETENTE. Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: VI, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1990; página: 541). Cabe señalar que éste último criterio sería incluso contrario a precedente establecido por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo, que presentamos párrafos atrás.

i) Un juicio penal y otro civil coexistentes, basados en los mismos hechos citados por la misma persona, no violan el artículo 23 constitucional. (Tesis con idéntico rubro al texto transcrito, Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: X, julio de 1992; página: 377.)

j) Las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces o magistrados a sus subordinados, son sanciones de índole administrativa a que se hacen acreedores por las faltas que realicen en el ejercicio de sus funciones, por lo que no excluyen la configuración de los delitos contra la administración de justicia que cometan los mismos servidores públicos, sin que ello entrañe una violación al artículo 23 constitucional, pues lo que prohíbe es que alguien sea juzgado dos veces por el mismo delito (Tesis bajo el rubro: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DELITOS CONTRA LA. NO SE EXCLUYEN POR LAS CORRECCIONES DISCIPLINARIAS IMPUESTAS AL INFRACTOR. Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: XII, noviembre de 1993; página: 286).

k) La orden de aprehensión que se dicta apoyándose en hechos por los cuales el agente del Ministerio Público ejerció con anterioridad acción penal y por los que incluso se sigue proceso en contra del inculpado, es violatoria del artículo 23 constitucional, pues se le pretende enjuiciar respecto de hechos que están siendo juzgados en otro proceso penal (Tesis con el rubro: ORDEN DE APREHENSIÓN VIOLATORIA DE GARANTÍA, CUANDO SE BASA EN HECHOS QUE SON MATERIA DE OTRO PROCESO PENAL INCOADO CONTRA EL MISMO INculpADO. Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: V, Segunda Parte-1, enero a junio de 1990, página: 322).

l) Si bien las autoridades administrativas están autorizadas para castigar las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, si tales infracciones dan lugar a la incoación de un procedimiento judicial, la competencia de las autoridades administrativas desaparece, toda vez que no son ellas las capacitadas para resolver acerca de la responsabilidad penal de los individuos, pues si se admitiera que un mismo hecho pudiera considerarse, a la vez, como infracción a los reglamentos citados y como constitutivo de un delito, y penarse por uno y otro de estos aspectos, se llegaría a la posibilidad de castigar a una misma persona dos veces por un solo hecho, lo cual es contrario a lo mandado por el artículo 23 constitucional (Amparo administrativo en revisión 3784/26. Molina Vicente. 10 de octubre de 1931. Unanimidad de cinco votos. Relator: Jesús Guzmán Vaca. Tesis con el rubro: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, Quinta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: XXXIII; página: 1202).

Como puede apreciarse de los criterios señalados, los órganos jurisdiccionales se han visto en la necesidad de ir modulando las aristas del principio *non bis in idem* frente a diversas situaciones en materia penal, pero también con respecto a procesos en materia civil, e incluso sanciones de carácter administrativo. De hecho, el principio que de acuerdo con la Constitución aplica en materia criminal ha sido extendido a otras áreas del ordenamiento, por ejemplo, la materia administrativa, tal como lo evidencian el siguiente criterio:

MULTAS E INFRACCIONES. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Las garantías constitucionales contenidas en los artículos 14, 21, 22 y 23, y que se refieren a las reglas y limitaciones para la imposición de penas, son aplicables tratándose de infracciones y multas administrativas, y a los procedimientos relativos, pues en todos esos casos se trata de la imposición de sanciones por violación a la ley y tanto las multas administrativas, como las penales, participan en alguna forma de la misma naturaleza y tienen el mismo origen y la misma finalidad, siendo de notarse que, en algunos casos, la sanción penal puede reducirse a la sola multa, y que los motivos de justicia y protección a la dignidad de la persona humana que rigen tales garantías tienen la misma validez en todos los casos apuntados, y tienden con las mismas bases a limitar la actuación despótica del Estado (PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Revisión Fiscal 449/70 (145/65). Ítem Covalin, 11 de diciembre de 1972. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Séptima Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: 48 Sexta Parte; página: 23).

La importancia y actualidad del principio *non bis in idem* quedan fuera de toda duda, lo que no implica que el texto actual del artículo 23 de la Constitución no merezca algunos ajustes, a efecto de hacer referencia a los *mismos hechos o conductas* y no a *mismo delito*, además de abrirlo a materias distintas de la penal, como de hecho sucede en la actualidad en el ámbito administrativo sancionador, pero también en otras áreas del ordenamiento, de acuerdo con el estándar previsto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, el principio requerirá interpretaciones con una nueva visión y ángulos diversos frente a nuevos retos, por ejemplo, el que plantea la Corte Penal

Internacional, cuyo Estatuto (artículo 17, punto 2) del que México es Estado Parte desde el 28 de octubre de 2005, implica en ciertos casos que la *cosa juzgada* y el *non bis in idem* en materia penal, no signifiquen un obstáculo para que la Corte Penal ejerza sus atribuciones, pues lo que importa no es sólo el cumplimiento formal y superficial de etapas procesales que lleven a una decisión última e inimpugnable, sino aspectos sustanciales del proceso que debe dirigirse hacia la justicia y no a la frustración de la misma. En otros términos, que una persona que enfrente cargos criminales en el Estado sea *juzgada* de manera efectiva y no sólo de manera superficial, de forma que el proceso no sea únicamente una fachada para arribar a una decisión dirigida a proteger la impunidad, al amparo de una invocación distorsionada del principio *non bis in idem*.

Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia

La tercera y última parte del artículo 23 constitucional tuvo por primera vez expresión constitucional en el artículo 24 de la Constitución de 1857. Sin embargo, absolver a una persona de la instancia era una figura conocida y criticada años antes. Joaquín Escriche al referirse a dicha práctica que consistía en:

Absolver al reo de la acusación o demanda que se le ha puesto cuando no hay méritos para darle por libre absolutamente, ni para condenarle; y entonces sin embargo de quedar absuelto de la actual acusación o demanda no lo queda del juicio, pues con nuevos méritos se puede instaurar, bien que no valen los autos hechos sino sólo los instrumentos y probanzas, reproduciéndolos de nuevo (Escriche, 1993: 5).

La absolución de la instancia es una práctica que genera incertidumbre, al dejar abierta la posibilidad de que una persona sea enjuiciada en una ocasión posterior, ante la insuficiencia de elementos acerca de su culpabilidad o inocencia. De inmediato se aprecia que dicha práctica está asentada sobre la inexistencia de plazos máximos de duración del proceso y de la falta de vigencia de los principios *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia, que implicaría ante una situación como la señalada la libertad de la persona por no contarse con los elementos que acrediten su culpabilidad en los plazos máximos establecidos. Desde otro ángulo, se aprecia como una práctica nociva que evita un pronunciamiento de fondo, que haría imposible un nuevo enjuiciamiento por incidencia del principio de *cosa juzgada* y de *non bis in idem*. Sergio García Ramírez señala a este respecto:

El juez que conoce de una acusación debe resolver en definitiva: si son suficientes y persuasivas las pruebas de cargo y no se hallan contradichas exitosamente por las de descargo (y si no hay causa que elimine la responsabilidad o impida la persecución), debe emitir sentencia condenatoria; de lo contrario, debe dictar sentencia absolutoria. Si tiene duda razonable y no puede vencerla con apoyo en las pruebas aportadas, ha de absolver: *in dubio pro reo*. En suma, el tribunal debe resolver sobre el fondo, en uno u otro sentido (1994: 1183).

Isidro Montiel y Duarte afirmaba que:

si ha de ser efectiva la seguridad personal, necesario es sancionar el principio de las molestias y vejaciones á que da lugar una causa criminal, deben tener un término que consiste precisamente en la sentencia, y para que este término sea definitivo, necesario es que esta constituya absolución o condenación neta, precisa y terminante (1998: 456).

El mismo autor opinaba que el texto constitucional (artículo 24 de la Constitución de 1857) implicaba que “una vez comenzado a juzgar a un individuo, éste tendrá un derecho incontestable para exigir del juez que siga sin interrupción la secuela de su causa, hasta que se le absuelva o condene en formal sentencia definitiva” y, de manera complementaria que “queda proscrita toda providencia judicial que sólo importe suspensión de causa contra persona determinada” (Montiel y Duarte, 1998: 456-457). Montiel y Duarte también se refirió a la figura del sobreseimiento, cuyo efecto jurídico en la causa penal es que “no puede perjudicar la reputación y buen nombre del encausado, lo cual lejos de ser una simple suspensión, es una verdadera absolución que conforme al artículo constitucional cierra la puerta a nuevas pesquisas” (1998: 458).

José María Lozano, al comentar el artículo 24 de la Constitución de 1857, afirmó:

Antiguamente, cuando de la averiguación resultaba, que no había datos suficientes para condenar al acusado, pero que existían algunos que hacían presumir con fundamento racional su culpabilidad, se le absolvía de la instancia, es decir, se dejaba abierto el proceso para continuarlo luego que hubiera mejores datos. Esta práctica equivalía a no sentenciar al acusado; el fallo no establecía su criminalidad, pero tampoco reconocía su inocencia; su conducta quedaba dudosa y pendiente sobre su cabeza la espada de Damocles, que en el momento menos esperado podría venir a herirle, arrebatándole a los goces de una libertad incierta y precaria. Con mucha razón esta práctica ha quedado abolida: el acusado debe ser absuelto o condenado, pero lo uno o lo otro; es preciso fijar con toda claridad su situación y su suerte. Si la justicia tiene dudas, la razón y la equidad exigen que se pronuncie a favor de la inocencia, porque es un principio de justicia, que todo el mundo debe reputarse inocente, mientras una sentencia ejecutoria no lo declare culpable; y es también un principio de equidad natural, que en caso de duda debe absolverse al acusado (Lozano, 1987: 372).

Durante la vigencia de la Constitución de 1857, la Suprema Corte de Justicia se refirió en escasas ocasiones a la última parte del artículo mencionado. Un asunto que deja en claro el sentido del precepto que se comenta y la práctica contra la que se estableció, es el de Manuel Torreblanca, decidido el 30 de julio de 1883, quien acudió al Juez de Distrito en Veracruz en solicitud de amparo contra el auto del Juez sustituto de Primera Instancia de Jalancingo, que mandó sobreseer “en calidad de por ahora y en espera de mejores datos en la causa que por el delito de homicidio se siguió contra el quejoso”.

El Juez de Distrito concedió el amparo por la violación a los artículos 18 y 24 de la Constitución y en revisión forzosa la Suprema Corte confirmó el amparo concedido y señaló con relación al artículo 24:

Seguida una causa criminal, debe concluir por sentencia que absuelva o condene al presunto reo, sin que sea permitido absolverlo sólo de la instancia, cuya práctica quedó abolida por el artículo 24 constitucional: que la causa instruida al quejoso por el Juez de Jalancingo no terminó en primera instancia de la manera legal indicada, sino por sobreseimiento en que deja abierto el proceso en espera de mejores datos para continuarlo, que es lo mismo sustancialmente que haber absuelto de la instrucción a Torreblanca, resultando así violada en su perjuicio la garantía que consagra el referido artículo de la Constitución.

Ignacio Burgoa, al referirse ya al artículo 23 de la Constitución vigente, afirmó que “La absolución de la instancia es un fenómeno que consiste en un proceso penal determinado no concluye con una sentencia absolutoria o condenatoria, fuera de la hipótesis apuntadas, sino que queda en suspenso mientras no aparezcan nuevos elementos para continuarlo” (2002: 668). En el mismo sentido, Juventino V. Castro afirma que conforme a la práctica proscrita:

las autoridades judiciales —en colusión con la acusadora—, absolvían de la instancia al reo, sin declarar por lo tanto ni su culpabilidad ni su inocencia, dejando abierta la posibilidad de encausar nuevamente con posterioridad al mismo acusado, sin que éste pudiera alegar que ya había sido juzgado por el mismo delito —o por los hechos que son el contenido de éste—, ya que tal juzgamiento en realidad no ocurre cuando se absuelve de la instancia (1991: 266).

Zamora Pierce aporta la formulación actual de la prohibición que implica el artículo 23 en su última parte, al señalar que “en todos los juicios penales una vez dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, tienen que ser concluidos mediante el dictado de la sentencia respectiva, ya sea condenatoria o absolutoria” (2003: 139). Los criterios judiciales emitidos durante lo que va de la vigencia de la Constitución de 1917 también son escasos, en seguida citamos algunos de los más destacados:

ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA. No es verdad que el artículo 289 del Código de Procedimientos Penales, estatuya o autorice la antigua práctica de absolver de la instancia, prohibida por la Constitución; ni es exacto que los comentaristas lo entiendan así; Coronado, en su obra de *Derecho Constitucional*, da una explicación clara de lo que constituye esa práctica, y consiste, según él, en el hecho de que después de haber sido sujeta a un proceso una persona, se le absolvía por no encontrar datos suficientes para condenarla, pero se la ponía en libertad dejando abierto el proceso, no obstante esa absolución, para continuarlo cuando hubiere mejores datos; es decir, se dejaba indefinidamente abierto el proceso, no obstante haberse practicado todas las diligencias del caso y existir una absolución; pero el propio comentarista agrega: “Sin embargo, si después del auto de prisión preventiva, el proceso no puede terminar sino por condenación o absolución claras y precisas, antes de tal auto, es decir, durante la simple detención, podría soltarse a un acusado si no exis-

tieran datos, a reserva de detenerlo cuando éstos apareciesen, pues no hay en ese caso un juicio fenecido por absolución”; por lo que, cuando, de acuerdo con el precepto legal citado, se ordena la libertad de un quejoso con las reservas de ley, al concluirse el término constitucional, se está en el caso a que se refiere el comentarista Coronado, doctrina que puede fortalecerse con la consideración de, que, en tanto no se dicte auto de formal prisión, no hay propiamente una instancia, pues dicho auto marca la apertura del proceso o instancia en que se va a debatir la responsabilidad del procesado, y no habiendo instancia, menos puede existir absolución de ella. (Amparo penal en revisión 2645/31. Cruz Escamilla Miguel de la. 17 de mayo de 1933. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: XXXVIII; página: 454).

Al comentar la segunda parte del artículo 23 constitucional, hicimos referencia a la ampliación de la vigencia de los principios que contenía al campo administrativo. El siguiente criterio es una prueba más de dicho fenómeno:

ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. El artículo 23 constitucional prohíbe la práctica de absolver de la instancia, que consistía en que el reo no quedaba absuelto de responsabilidad, sino que se dejaba a salvo la posibilidad de iniciar una nueva instancia o procedimiento en su contra, para llegar a una condena que no se pudo obtener en la instancia anterior, por deficiencia en las pruebas de cargo. Y atenta esa prohibición, debe concluirse que una vez iniciado un procedimiento administrativo para fincar responsabilidades a una persona, por una infracción que se le atribuye, y dictada la resolución correspondiente, fincándole esa responsabilidad, en resolución definitiva y no revisable de oficio, dictada por la autoridad competente para ello, no es lícito que esa autoridad, ni ninguna otra del orden administrativo, revoquen la resolución o la dejen sin efectos, para el fin de iniciar un nuevo procedimiento, o de reponer el anterior, con el objeto de allegar mejores pruebas de cargo en contra del presunto infractor, pues ello equivale a una especie de absolución de la instancia, con violación de la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la garantía consagrada en el precepto constitucional en comento. Así pues, la nueva resolución que se llegue a dictar, fincando la responsabilidad del afectado, en una nueva instancia inconstitucional, vendrá a resultar también, y necesariamente, inconstitucional, por venir a configurar una violación directa de la garantía constitucional examinada, al fincar una responsabilidad basada en una absolución de la instancia. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Revisión fiscal 449/70 (145/65). Ítem Covalin. 11 de diciembre de 1972. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Por otra parte, en relación con lo que refiere a las constituciones de otros países, por lo regular tienen preceptos que hacen alusión a principio *non bis in idem*, pero no en cuanto al número de tres instancias o a la prohibición de absolver de la instancia. Algunos ejemplos, en especial de países del continente americano, son los siguientes:

- En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, el artículo 211 refiere en su segundo párrafo que: “Ningún tribunal o autoridad pueden conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley”.

- La Constitución Política de Costa Rica de 1949 establece, en su artículo 42, que “nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible, además, se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión”.
- La Constitución de la República de El Salvador de 1983, en su artículo 24, punto 16, señala que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”.
- En la Constitución de Honduras de 1982, artículo 95, se prohíbe juzgar a una persona “otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos”.
- La reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, prevé en su artículo 49, punto 7, lo siguiente: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: [...] 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”.

Como comentario final, podemos afirmar que el artículo 23 de la Constitución contiene tres importantes prohibiciones a los órganos del poder —el número máximo de instancias en un juicio penal, el principio de *non bis in idem* y la prohibición de absolver de la instancia—, en favor del inculcado en materia penal. Dichos preceptos son mandatos preventivos dirigidos a órganos de carácter jurisdiccional, pero en cierto sentido también a los de investigación y acusación en materia penal, así como a los órganos de decisión en materia administrativa, sin dejar de mencionar que de igual forma vinculan al legislador, al menos, a no emitir normas contrarias a su contenido. En los casos en que el carácter preventivo mencionado no hubiere sido suficiente para impedir actos al margen de la Constitución, el juicio de amparo ha demostrado en estos casos ser un instrumento idóneo para tal fin, como lo demuestran los acertados criterios que desde el siglo XIX fue generando el Poder Judicial de la Federación sobre el particular.

Bibliografía

- ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los visitantes, siglos XVI y XVII*, México, UNAM, 1985.
- BURGOA O., Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2002.
- BUSTILLOS, Julio, “Surgimiento y decadencia de la casación en México”, *reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 3, México, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos/UNAM, enero-junio de 2004.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1991.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense, con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel* (edición facsimilar de la publicada en México en 1837), México, UNAM, 1993.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y Andrés de la Oliva Santos, *Derecho procesal civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, tomo II.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “Presente y futuro de la casación civil a través del Juicio de Amparo mexicano”, en *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, UNAM/Porrúa, 2003.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994, tomo III.
- LOZANO, José María, *Estudio del derecho constitucional patrio*, facsimilar, México, Porrúa, 1987.
- MONTERO AROCA, Juan y José Flors Matiez, *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2001.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, facsimilar, México, Porrúa, 1998.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México, su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2002.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Poder Judicial en el siglo XIX (notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992.
- VIÑAS MEY, Carmelo, *El régimen jurídico y la responsabilidad en la América Indiana*, México, UNAM, 1993.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2003.

Artículo 23

Trayectoria constitucional

23 Texto original de la Constitución de 1917, aún vigente.

Artículo 24

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

A lo largo del periodo virreinal, la religión católica ocupó el lugar más importante en la vida de los habitantes de México. Dicha religión se había extendido en todo Occidente a lo largo de la Edad Media hasta convertirse en la religión oficial de los principales reinos, incluyendo a Castilla.¹ Tras la conquista de América el cristianismo hizo su arribo; al lado de los conquistadores llegaron frailes y clérigos que trataron de borrar todas aquellas prácticas religiosas ajenas a la liturgia católica. La Corona española fue intolerante de cualquier otra religión, de modo que las creencias y cultos del catolicismo serían los imperantes en el nuevo virreinato novohispano.

Cuando en 1810 se inició un proceso de emancipación respecto de la Corona española, la recién conformada nación mexicana no pudo, de tajo, hacer a un lado el pasado virreinal ni la fuerte presencia de la religión católica que imperaba en la vida de los ciudadanos. Antes bien, todos los ordenamientos jurídicos elaborados en la primera mitad del siglo XIX decretaron como oficial la religión católica y aseguraron su protección por medio de leyes.² Asimismo, mantuvieron el fuero eclesiástico y la prohibición de practicar cualquier otro culto. De hecho, por ejemplo, la Constitución gaditana de 1812 señaló, en su artículo 12, que: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente

¹Peter Brown, *El primer milenio de la cristiandad occidental*, Barcelona, Crítica, 1997.

²Sobre el tema puede verse Cecilia Adriana Bautista García, *Las disyuntivas del Estado y de la Iglesia en la consolidación del orden liberal, México, 1856-1910*, Michoacán, El Colegio de México/Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo/Fideicomiso Historia de las Américas, 2012.

24

Sumario Artículo 24

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	377
Texto constitucional vigente.	382
Comentario Raúl González Schmal Análisis y marco conceptual Reconstrucción histórica. Desarrollo legislativo Desarrollo jurisprudencial. Derecho comparado Derecho internacional Bibliografía	383 391 396 400 403 408 412
Trayectoria constitucional	414

la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.³

Este mismo señalamiento lo encontramos en los primeros ordenamientos jurídicos elaborados en México; por ejemplo, dentro de los Elementos Constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón,⁴ se señaló que la religión católica sería la única “sin tolerancia de otra” (punto 1º). Dicha consideración se conservó también en los Sentimientos de la Nación (artículo 2),⁵ elaborados por José María Morelos y en la Constitución de Apatzingán de 1814 (artículo 1).⁶ Esta última, además, en su artículo 15, estipuló que la calidad de ciudadano se perdería por “crimen de herejía, apostasía y lesa nación”, muestra evidente de que las concepciones del antiguo régimen seguían aún vigentes. Las cosas no cambiaron mucho en esta materia aun después de lograda la independencia. En 1822, Agustín de Iturbide proclamó el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, por medio del cual abolió la Constitución de Cádiz; no obstante, en el artículo 3º de dicho texto se conservó la siguiente decisión:

La nación mexicana y todos los individuos que la forman y formarán en lo sucesivo, profesan la religión católica, apostólica, romana con exclusión de toda otra. El gobierno como protector de la misma religión la sostendrá contra sus enemigos. Reconocen, por consiguiente, la autoridad de la Santa Iglesia, su disciplina y disposiciones conciliares, sin perjuicio de las prerrogativas propias de la potestad suprema del Estado.⁷

Asimismo, el mencionado reglamento conservó, en su artículo 4º, como lo hiciera el Plan de Iguala en su artículo 14, los fueros y preeminencias del clero tanto regular como secular.⁸ Este punto se mantuvo años más tarde cuando se elaboró la primera Constitución federal de México, la cual mantuvo la preeminencia de la religión católica en su artículo 3º.⁹ Este respaldo a la Iglesia fue lo que permitió que incluso la alta jerarquía católica se sumara al proyecto de nación federal en aquellos años,¹⁰ garantizando así que los siguientes ordenamientos, tales como las Leyes Constitucionales de

³Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

⁴Elementos constitucionales circulares por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/308/7.pdf>.

⁵José María Morelos y Pavón, Sentimientos de la Nación, 1813, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>.

⁶Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

⁷Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁸Agustín de Iturbide, Plan de Iguala, 1821, disponible en <http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/263/1/images/Independencia18.pdf>.

⁹Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

¹⁰Sergio Rosas Salas, *La Iglesia mexicana en tiempos de la impiedad: Francisco Pablo Vázquez, 1769-1847*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla/Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades Alfonso Vélaz Pliego-El Colegio de Michoacán/Educación y Cultura, Asesoría y Promoción, S.C., 2015.

1836,¹¹ los proyectos de Constitución¹² y las Bases Orgánicas de 1842,¹³ tampoco omitieran dicho señalamiento.

No fue sino hasta la década de 1850 cuando las cosas cambiaron en esta materia. Si bien desde 1833, siendo presidente interino Valentín Gómez Farías, se llevaron a cabo las primeras reformas en materia eclesiástica con miras al fortalecimiento del Estado, estas medidas no prosperaron ante la férrea oposición del clero y la intervención del general Antonio López de Santa Anna. En ese año, por ejemplo, se decretó el fin de la coacción civil al pago del diezmo y se declaró el patronato como un derecho inherente al Estado por su ejercicio de la soberanía sobre el territorio. Lo mismo sucedió años más tarde, en 1847, con la Ley del 11 de enero, que permitía la hipoteca de bienes eclesiásticos hasta por 2 millones de pesos; lo anterior como pretexto para extraer capitales por parte del gobierno ante los gastos de guerra que enfrentaba en ese momento.

Aquella ley tampoco prosperaría ante la oposición de la jerarquía eclesiástica que exigía respetar lo estipulado por la Constitución acerca de proteger a la religión católica. No obstante, en la década de 1850 las reformas liberales se intensificaron. El Primer Proyecto de Constitución Política del 16 de junio de 1856 muestra los cambios ocurridos para entonces; en su artículo 15 estipuló que no se expediría en la República “ninguna ley, ni orden de autoridad”, que prohibiera o impidiera el ejercicio de ningún culto religioso. No obstante, a continuación señaló que habiendo sido la católica la religión exclusiva del pueblo mexicano, se cuidaría por leyes justas y prudentes, de protegerla sin que ello perjudicara los intereses del pueblo ni la soberanía nacional.¹⁴

Cuando un año más tarde se proclamó la Constitución de 1857, ningún artículo expresó la obligatoriedad de profesar la fe católica ni la declaró como exclusiva, dejando así las puertas abiertas a la tolerancia religiosa. Para entonces los embates liberales contra la Iglesia estaban en pleno auge. En junio de 1856, apenas unos días después de la elaboración del Proyecto de Constitución, se promulgó la Ley de Desamortización de Bienes de Manos Muertas.¹⁵ Un año después de promulgada la Constitución, el gobierno estableció también la Ley Sobre Derechos y Obvenciones Parroquiales, conocida como Ley Iglesias, por medio de la cual reguló el pago que debían percibir los ministros desde las más importantes ciudades hasta los pueblos más pequeños.¹⁶

¹¹Leyes Constitucionales, artículo 3, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

¹²Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, artículo 2, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

¹³Bases Orgánicas de la República, artículo 6, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1842.pdf>.

¹⁴*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 8a. ed., tomo II, Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 467.

¹⁵Ley de desamortización de bienes de manos muertas, disponible en <http://www.pa.gob.mx/publica/MARCO%20LEGAL%20PDF/LEY%20DESAM%20BIE%20MAN%20MUER.pdf>.

¹⁶Ley Sobre Derechos y Obvenciones Parroquiales, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/302/1/images/LR_icomonfort31.pdf.

Dos años más tarde, los embates continuaron con la publicación de un decreto con miras a prohibir la asistencia oficial de las instituciones de gobierno a las iglesias;¹⁷ la promulgación de la Ley del Matrimonio Civil;¹⁸ el decreto por el que cesaba la intervención de las iglesias en los cementerios;¹⁹ la Ley sobre el Estado Civil de las personas,²⁰ y la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos.²¹ Todas estas leyes y decretos formaron parte del *corpus* conocido como Leyes de Reforma. Todo esto dio pie a que, en 1860, se promulgara la Ley sobre Libertad de Cultos²² que en su artículo 1° señala:

Las leyes protegen el ejercicio del culto católico y de los demás que se establezcan en el país, como la expresión y efecto de la libertad religiosa, que siendo un derecho natural del hombre, no tiene ni puede tener más límites que el derecho de tercero y las exigencias del orden público.

En dicha ley se contempló una absoluta separación entre el Estado y los asuntos religiosos, señalando que el culto debía realizarse en las iglesias y poniendo a los templos y sus ministros bajo supervisión del Estado. La libertad de cultos era entonces una realidad. Cuando en la década de 1860 los conservadores buscaron abolir los decretos de los gobiernos liberales, llamaron a un emperador europeo, en este caso Maximiliano de Habsburgo, quien, lejos de abolir las leyes anteriores en materia de libertad de culto, publicó, el 26 de febrero de 1865, un Decreto de Tolerancia de Cultos, en el cual estipuló que si bien el Imperio protegía a la religión católica como religión del Estado, también tendrían “amplia y franca tolerancia en el territorio del imperio todos los cultos que no se opongan a la moral, a la civilización, o a las buenas costumbres”.²³

Estas medidas tomadas por el emperador fueron algunas de las que lo enemistaron con los grupos de rancia tradición conservadora en México y algunas de las razones que llevaron a su fin al Segundo Imperio.²⁴ Tras la restauración de los gobiernos liberales la Constitución del 57 cobró toda su vigencia, lo mismo que las Leyes de Reforma, las cuales fueron incorporadas a dicha Carta Magna por la Ley de Adiciones y Reformas

¹⁷Decreto del gobierno en que establece qué días deben tenerse como festivos y prohíbe la asistencia oficial a las funciones de la iglesia, disponible en http://www.anfade.org.mx/docs/ponencias/Decreto gobiernomodiasfestivos%20_Anexo%2012.pdf.

¹⁸Ley del Matrimonio Civil, 1859, disponible en <http://dionisio170895.galeon.com/Ley.pdf>.

¹⁹Decreto del gobierno para cesar toda intervención del clero en los cementerios y camposantos, disponible en http://www.anfade.org.mx/docs/ponencias/Decreto_gobierno_cesaintervencion_clero_cementeriosycamposantos%20_Anexo%2011.pdf.

²⁰Ley Sobre el Estado Civil de las Personas, disponible en <http://web.segover.gob.mx/juridico/var/3.pdf>.

²¹Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1859_146/Ley_de_Nacionalizaci_n_de_los_Bienes_Eclesi_sticos_257.shtml.

²²Ley Sobre Libertad de Cultos, 1860, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/338/1/images/LR_bjuarez37.pdf.

²³Decreto de Tolerancia de Cultos, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1865/02/26-febrero-1865-Decreto-de-tolerancia-de-cultos.pdf>.

²⁴Sobre el tema véase Patricia Galeana de Valadés, *Las relaciones Iglesia-Estado durante el Segundo Imperio*, México, UNAM, 1995.

del 25 de septiembre de 1873.²⁵ Desde entonces, la libertad de cultos fue un hecho y, aunque la religión católica siguió siendo la más importante en el país, con la llegada de migrantes de diversos países a fines del siglo XIX los cultos de otras iglesias, por ejemplo, de corte protestante, se generalizaron en el territorio. Cuando en 1917 se promulgó la Constitución, se utilizó el artículo 24 para señalar lo referente a la reglamentación del culto y a la libertad religiosa.

²⁵*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 468.

Artículo 24

Texto constitucional vigente

24 *Artículo 24.* Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Artículo 24

Comentario por **Raúl González Schmal**

Análisis y marco conceptual

24

El artículo 24 constitucional —cuyo texto vigente es efecto de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de julio de 2013— consagra lo que justamente se considera la piedra angular de los derechos humanos: el derecho a la libertad religiosa. Los textos anteriores a la reforma de 2013 solamente se referían a la libertad de creencias religiosas y libertad de cultos. Pero a diferencia de aquéllos, en el texto vigente se incluyó el derecho a la libertad de convicciones éticas y a la libertad de conciencia, quedando en esa forma protegidas las tres mencionadas libertades.

Es pertinente aclarar que en los debates que se suscitaron en el órgano reformador de la Constitución con motivo de la citada reforma de 2013 al artículo 24 de nuestra Carta Magna, la discusión se centró en el derecho a la libertad religiosa —su contenido, sus dimensiones, sus límites— y de manera marginal respecto de las libertades de conciencia y de convicciones éticas. Esta última se incluyó en forma precipitada y sin una discusión seria, toda vez que siempre se había considerado que estaba resguardada por la libertad de pensamiento y de expresión (arts. 6º y 7º) y la de conciencia, por cuanto que es el supuesto implícito del derecho a la libertad religiosa.

Además de que el derecho de libertad religiosa —que incluye a creyentes y no creyentes— como derecho con especificidad propia, abarca también de manera necesaria e inmanente las libertades éticas y de conciencia. La trilogía de libertades de pensamiento, de conciencia y de religión se engloba generalmente en el Derecho internacional de los derechos humanos en la denominación Derecho a la libertad religiosa. Otra cosa distinta es dilucidar si el artículo 24 constitucional establece de manera plena el derecho humano a la libertad religiosa, a cuyo objeto están dirigidas las siguientes consideraciones.

Como concepto previo fundamental se debe señalar que la libertad religiosa, en su sentido más amplio, implica el derecho a la libre profesión de “convicciones fundamentales”, expresión esta última que incluye de manera más explícita no solamente a las personas que asumen una convicción religiosa sino también a quienes no profesan ninguna. Es decir, las convicciones fundamentales se refieren al cuestionario básico del hombre en este mundo, a las preguntas profundas acerca del fundamento y el sentido de la vida humana. Tanto los creyentes como los ateos se plantean y responden, con profundas diferencias, las preguntas básicas sobre el sentido y el fundamento del

hombre y del mundo; tienen convicciones fundamentales, que influyen en el pensamiento, en las decisiones, en la afectividad y en la conducta.

Esta libertad también recibe la denominación de “libertad ideológica”, como en la Constitución española de 1978,²⁶ que se entiende como el derecho de todos los ciudadanos a tener su propio sistema conceptual explicativo del hombre, del mundo y de la vida, es decir, una personal y libre cosmovisión, y poderla difundir. En esta perspectiva, la libertad religiosa sería una parte de la libertad ideológica. Ésta presupone a aquélla.

En nuestra opinión, la libertad de profesar convicciones fundamentales, la libertad ideológica y otra expresión más: la libertad de conciencia, a veces se identifican o se imbrican entre sí, pero como en el derecho que nos ocupa se refiere a la materia religiosa, conviene denominarle derecho a la libertad religiosa por ser el de mayor divulgación tanto en la doctrina internacional de los derechos humanos, como en los instrumentos internacionales y en nuestra propia doctrina constitucional.

Una vez planteadas estas cuestiones preliminares, hemos de señalar que el artículo 24 constitucional está íntimamente vinculado con el artículo 130 de la propia Constitución. Mientras el primero se refiere *in genere* sustancialmente al derecho humano de libertad religiosa en sus diversas facetas, el segundo regula algunos aspectos de su dimensión colectiva, como el reconocimiento de las iglesias y agrupaciones religiosas, que pueden adquirir personalidad jurídica mediante su registro constitutivo; establece, asimismo, diversos principios y limitaciones al ejercicio del mencionado derecho, y determina el estatuto de los ministros de culto, todo lo cual está orientado por el “principio histórico de la separación del Estado y las iglesias”, mismo que queda refrendado por el artículo 40 constitucional que establece, entre otros elementos de nuestra forma de gobierno, el de ser una República laica.

Existe también correlación entre el artículo 24 y los artículos 3° y 27, fracción II. Respecto del 3°, por cuanto prescribe que la educación pública deberá ser laica, entendiéndose por tal la que se mantiene ajena a cualquier doctrina religiosa, y autoriza —de manera implícita en cuanto no lo prohíbe— la posibilidad de impartir enseñanza religiosa en centros escolares privados. Por lo que se refiere al artículo 27.II, en tanto reconoce la capacidad de las asociaciones religiosas para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, entre ellos de manera fundamental, los templos destinados al culto religioso. Por último, tiene conexión también con el artículo 1°, que prohíbe la discriminación, entre otros motivos, por el de religión.

Antes de indagar el contenido del derecho de libertad religiosa, que es el núcleo del artículo 24, conviene considerar la relación que existe entre libertad religiosa y libertad de conciencia a la que alude también dicho precepto, y respecto de las cuales se puede decir que la primera deriva de la segunda. Ante todo, la libertad religiosa es

²⁶La Constitución española señala en su artículo 16.1: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Debe señalarse, además, que la expresión “ideología” —y su derivativo “ideológico”— tiene el inconveniente de su ambigüedad, pues dicho vocablo ha recibido históricamente una gran variedad de acepciones.

una inmunidad de coacción de que a nadie se le pueda obligar a actuar en contra de su conciencia y a nadie se le pueda impedir actuar conforme a ella (en privado y en público, solo o asociados con otros).

Por su propia naturaleza el acto de fe es un acto libre o no es acto de fe, y si esto es así, hay que suponer el contexto previo a la creencia religiosa, que es la libertad de conciencia, porque en la conciencia es donde la persona asume y exige profesar sus convicciones fundamentales. Y estas convicciones fundamentales pueden ser de creencia o de no creencia religiosa. Por lo tanto, la libertad religiosa es un acto de aplicación de la libertad de conciencia.

La libertad de conciencia, entonces, refiere a aquel ámbito de la autonomía individual que garantiza la actuación de la persona humana de acuerdo con sus propias convicciones; se produce una traslación de las ideas o creencias del pensamiento, al nivel práctico, al campo del operar humano. La persona es libre de actuar de acuerdo con sus convicciones y conserva esta libertad protegida por el derecho aun cuando falte a su deber moral de actuar conforme a dichas convicciones. Es decir, si una persona no cumple o es indiferente con su obligación de buscar la verdad y de sujetar sus actos a las exigencias de su propia conciencia, no por eso pierde el derecho a ser respetada en la sociedad civil; la persona continuará disfrutando de libertad de actuación y esta libertad gozaría de la protección del derecho.

La conciencia como crisol donde se funden y confunden convicciones y actos exteriores es un apriorismo difícilmente captable y verificable por el derecho. Lo mensurable jurídicamente es el acto externo; lo protegible jurídicamente es la libertad de producción de los actos externos. El hecho de que tales actos externos sean conformes con las convicciones personales es una presunción o un alegato personal, creíble o no, pero no susceptible de prueba; porque la conciencia no es captable en el mundo exterior, pertenece al fuero interno y escapa al control del fuero externo, donde opera el derecho. Por tanto, como ya se dijo, y hay que insistir en ello, la conciencia está protegida por una inmunidad de coacción que impide que a nadie obligue a asumir una creencia religiosa y a nadie impida profesar las propias creencias.

Así, el artículo 24 constitucional debe interpretarse en el sentido de que reconoce y otorga protección a ese ámbito de la intimidad de creación de las ideas, de adhesión a las creencias; un ámbito de libertad, de elección sin coacciones exteriores. En esta misma línea de conceptos previos que nos permitan seguir acercándonos a las claves de interpretación del artículo 24, conviene exponer ahora el concepto mismo del derecho humano a la libertad religiosa como lo ha elaborado la doctrina contemporánea sobre la materia. En primerísimo término se encuentra la cuestión del fundamento mismo de este derecho como, por supuesto, del de todos los derechos humanos que, sin duda alguna, es el de la dignidad humana.

La dignidad de persona humana es, en efecto, la premisa fundamental y el valor más alto del constitucionalismo moderno. Es la razón de ser del Estado constitucional democrático de derecho, que tiene su expresión y su sustento en el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, y entre éstos, de manera preeminente, el de libertad religiosa. La sustancia de una Constitución —de su “espíritu”— comprende

ante todo los derechos fundamentales con la dignidad humana en su vértice. El “espíritu” de una Constitución es intangible *per se* para el legislador constitucional. De aquí que el artículo 24 constitucional debe siempre interpretarse y aplicarse conforme a este “espíritu” que insufla y permea toda Constitución digna de este nombre. Es decir, superando condicionamientos históricos el acento debe ponerse siempre en la libertad y no en la restricción.

Por ello, debe recordarse que en la interpretación del derecho de libertad religiosa —como de todos los derechos humanos— los principios hermenéuticos que deben aplicarse es el de *pro libertatis*, que significa que los preceptos en materia religiosa deben interpretarse en el sentido de que resulte más favorecida la libertad religiosa, y el *pro homine o pro personae*, que consiste en que cuando una disposición jurídica admita dos o más interpretaciones debe adoptarse la solución que mejor garantice los derechos humanos. Principios que fueron recogidos en la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional, al que más adelante se hará referencia.

En cuanto al contenido y la naturaleza del derecho humano a la libertad religiosa, que en la historia de los derechos humanos fue el primero que se reconoció y garantizó constitucionalmente, hay también consenso en el sentido de que debe considerarse como un derecho complejo de carácter pluridimensional, que consiste en que todo hombre debe gozar de plena libertad para profesar la creencia religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones —o no profesar ninguna— y que esa libertad puede ejercitarla de manera individual o social, pública o privada, mediante el culto, los ritos, la enseñanza, la práctica y la observancia.

Ahora bien, por una notoriamente defectuosa redacción del artículo 24 parecería como si las dimensiones que debían atribuirse a la libertad religiosa, como su carácter individual o colectivo, privado o público, se le adjudicaran única y exclusivamente a uno de sus elementos: el culto religioso, que en absoluto se requeriría que se explicitaran toda vez que son inherentes al mismo. Dice así el texto reformado: “Esta libertad (religiosa) incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo”. Es decir, esas proyecciones, no se le atribuirían al derecho a la libertad religiosa considerando en su integridad, sino únicamente al derecho de libertad de culto.

Sin embargo, y asumiendo la confusa redacción del primer párrafo del multicitado artículo 24, resulta incuestionable que su interpretación idónea debe ser en el sentido de que consagra en forma plena el derecho humano a la libertad religiosa, con todas las dimensiones que le son consubstanciales y que se mencionaron en el párrafo anterior. Dicha interpretación estaría sustentada en los siguientes criterios hermenéuticos:

- a) De la propia *ratio legis* de la reforma de 2013, por cuanto su razón de ser consistió en ampliar la órbita del derecho a la libertad religiosa, consagrándolo a plenitud en los términos que lo concibe la doctrina moderna, el Derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas constitucionales democráticos.
- b) Porque carecería de toda lógica que el derecho a la libertad religiosa se pretendiera constreñirlo solamente al ejercicio —individual y colectivo, público y privado— relativo

a las “ceremonias, devociones o actos de culto religioso”, toda vez que, por una parte, la libertad de culto ya estaba establecida en el texto anterior del artículo 24, con sus implícitas y necesarias dimensiones, por lo que hubiera sido absolutamente ocioso que se le reformara para garantizar lo que ya se encontraba garantizado. Nadie ponía en duda que las ceremonias de culto se pudieran celebrar individual y colectivamente, de manera privada y pública. Por ello, ningún instrumento internacional menciona estas proyecciones del culto religioso, sería inútil y redundante hacerlo. Dichos instrumentos lo que establecen, siguiendo el paradigma de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948, es que el derecho a la libertad religiosa “incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

c) Porque sería la única forma de darle coherencia y hacer efectiva la obligación internacional del Estado mexicano, que se desprende del artículo 133 de homologar los derechos humanos —en este caso el de libertad religiosa— a los instrumentos internacionales suscritos por el país, relevantemente el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 18 consagra el derecho a la libertad religiosa en todas sus diversas y amplias dimensiones, una de las cuales es la libertad de culto, y la cual se transcribe, junto con los correlativos de otros instrumentos internacionales, en el apartado correspondiente al Derecho internacional del presente estudio.

d) Porque también es la interpretación que inequívocamente resulta de la aplicación del artículo 1º constitucional (reforma del 10-06-2011), el cual estatuye que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte y prescribe, además, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución (interpretación conforme) y con los tratados internacionales de la materia (interpretación convencional) favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, en el cual quedan plasmados los principios hermenéuticos de *pro libertatis* y *pro personae* (o *pro homine*) a los que ya se ha hecho referencia arriba.

Por otro lado, en el propio artículo 1º establece la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de lo cual se desprende que cualquier interpretación restrictiva del derecho a la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 constitucional, cualesquiera sea la razón que se pretendiera argüir, devendría claramente inconstitucional. Como se sabe, los derechos humanos se establecen a título de derechos mínimos en los instrumentos internacionales, por lo que siempre admiten su desarrollo y progresión, y nunca su menoscabo e involución.

e) Porque nuestra propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun antes de la reforma del artículo 24 de 2013, ya había interpretado el citado precepto en el sentido de que el derecho a la libertad religiosa se despliega en diversas proyecciones, y que la libertad de culto implica su dimensión individual y colectiva, privada y pública; tesis interpretativas a las que se hará alusión en el apartado sobre desarrollo jurisprudencial de este trabajo.

Hasta aquí la interpretación del primer párrafo del artículo 24 en lo que corresponde al contenido del derecho humano a la libertad religiosa y sus diversos aspectos

y dimensiones. Sin embargo, debe añadirse que en la última parte del referido primer párrafo se dispone que: “Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política”. Como claramente se aprecia, dicha prohibición es violatoria no solamente del derecho a la libertad religiosa, sino de los derechos y libertades de pensamiento, de expresión, de reunión y de asociación, consagradas en los artículos 6º, 7º y 9º de la propia Carta Magna, y de los correlativos establecidos en los instrumentos internacionales, que de acuerdo con los artículos 1º y 133 de la Constitución, forman parte de la misma.

Esa restricción representa, además, un franco retroceso —una involución— respecto de lo dispuesto por el artículo 130 constitucional tratándose de derechos políticos. En efecto, el inciso e) de dicho artículo prohíbe a los ministros de culto, entre otras cosas, “realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán —añade el precepto citado— en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones”.

Ahora bien, como se ha señalado, en la reforma del artículo 24 se incluye en dicha prohibición, no únicamente a los ministros de culto, sino a cualquier ciudadano que en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa realice actos públicos que tengan una finalidad política, lo cual cercena derechos y libertades políticos, de los ministros de culto y de todos los ciudadanos.

Para colmo de falta de técnica legislativa, el párrafo en cita, incurre, por otro lado, en la inaceptable ambigüedad que implica prohibir a los ciudadanos la realización de fines políticos en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, que propiciaría la intervención discrecional de las autoridades para determinar si se incurrió en tal prohibición. ¿El acto público sería necesariamente, digamos, “litúrgico”, para caer en la prohibición? ¿Qué se entendería por fines políticos? ¿Solamente los partidistas o los electorales o también los relativos al bien común? Bien se sabe, por otro lado, que el concepto de política en su sentido más amplio y general se refiere a todo lo concerniente al Estado. Lo anterior hace patente la incongruencia de los legisladores que aprobaron una reforma que en lugar de utilizar el criterio interpretativo *pro persona*, como unánimemente se establece en el Derecho internacional de los derechos humanos y en el mencionado artículo 1º constitucional, se optó poner el énfasis no en la libertad, sino en la restricción.

Por ello, debe evitarse una interpretación literalista de la disposición en cita, e interpretarla conforme al reiterado principio *pro persona*, el cual implica, como ya se ha dicho arriba, que cuando está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga la mayor protección para la persona. Aun en el caso de que se esté en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la posterior no deroga la anterior si ésta establece una mayor protección a la libertad de la persona, la cual debe preservarse en todo caso. En consecuencia de lo anterior, a la norma en comento se le debe dar una interpretación extensiva y considerarla en el sentido de que no restringe los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos en nuestra Ley Fundamental y en los instrumentos internacionales sobre la materia.

Límites al derecho de libertad religiosa

Hay que advertir, por otro lado, que el derecho de libertad religiosa —como todos los derechos humanos en cuanto se exteriorizan y se ejercen en sociedad— tiene ciertos límites. No existen derechos ilimitados, pero debe tomarse en cuenta que para la interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales debe hacerse bajo criterio restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, que se condensan en los principios hermenéuticos referidos en los párrafos anteriores.

Debe precisarse, empero, que las limitaciones de la libertad religiosa recaen únicamente sobre sus manifestaciones. Por ello, no solamente es jurídicamente ilimitada la libertad interna de la persona, sino también lo es la dimensión negativa de la libertad externa; es decir, bajo ningún pretexto es legítimo obligar a un sujeto a una manifestación religiosa, de modo que el tema de los límites se circunscribe a la libertad religiosa exteriorizada positivamente.

El artículo 24 constitucional establece dos clases de límites en sus párrafos primero y tercero, respectivamente: a) que las ceremonias, devociones o actos de culto público no constituyan un delito o falta penados por la ley, y b) que los actos de culto público se celebren ordinariamente en los templos y sólo manera extraordinaria fuera de éstos.

La primera restricción deriva de la obligación del Estado de conservar el orden público y, consecuentemente, de impedir o sancionar un acto de culto que constituya un hecho delictuoso o un acto ilícito. Sin orden público no hay paz social, ni libertad ni orden jurídico. El artículo 3º de la Ley Reglamentaria acota la intervención del Estado en la exteriorización de las expresiones religiosas “sólo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden y la moral públicos y la tutela de derechos de terceros”.

Es decir, el Estado puede y debe intervenir impidiendo o reglamentando la celebración de actos que contravengan las exigencias anteriores, no por ser actos de culto, sino por ser actos contrarios al orden público. Esta facultad debe ser ejercida por el Estado con apego a la legalidad y sobre la base de leyes justas. Sería evidentemente una discriminación inaceptable que una ley prohibiera un determinado acto de culto por considerarlo, injustificadamente, un agravio al orden público. La prudencia del gobernante debe seguir a la prudencia del legislador. No cabe en nuestro sistema constitucional una limitación arbitraria del derecho de libertad religiosa por parte de los poderes públicos.

La segunda limitación se refiere a la intervención que se le concede al Estado para regular los actos de culto público que de manera “extraordinaria” se celebren fuera de los templos (parques, plazas, estadios, etcétera). Esta intervención debe constreñirse también al deber del Estado de conservar el orden público, de tal manera que un acto de culto que se pretenda celebrar fuera del templo, sólo puede ser prohibido no por ser “extraordinario”, sino por causas justas que la ley reglamentaria (Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público) en su artículo 2º, párrafo segundo, hace consistir en “razones de seguridad, protección de la salud, de la moral, la tranquilidad y el orden públicos y la protección de derechos de terceros”.

Habiendo considerado el primer y el tercer párrafo del artículo 24, el primero que establece las libertades de creencias religiosas y de culto, y el tercero que limita la celebración ordinaria del culto público al interior de los templos y sólo de manera extraordinaria fuera de ellos, queda por formular algunos comentarios al párrafo segundo que prescribe que: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.

En buena medida dicha disposición está inspirada en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica,²⁷ y constituye una garantía de que el establecimiento de una confesión religiosa, es potestad exclusiva de los ciudadanos —en su carácter de creyentes— y de las agrupaciones religiosas a que éstos pertenezcan, cuyo campo está vedado para el Estado. Es decir, el Estado es radicalmente incompetente en materia religiosa, por lo que no puede establecer, ni prohibir, ni formular juicios de valor sobre el contenido de una fe religiosa.

La citada garantía que deriva del principio del derecho de libertad religiosa se le denomina “principio de laicidad”, que implica fundamentalmente la no identificación del Estado con ninguna confesión religiosa —o no religiosa— y consiguientemente la no inspiración de su actividad y de sus decisiones en una ni en otra. La neutralidad es la mejor garantía de la libertad religiosa, tanto de las personas individuales, como de las asociaciones religiosas o ideológicas, asegurando su autonomía e independencia internas.

La neutralidad no implica una actitud de indiferencia del Estado frente a esas agrupaciones sociales, sino de imparcialidad, o, si se quiere, de neutralidad de signo positivo, que evite que se convierta en una confesionalidad estatal de nuevo cuño que se traduzca en la promoción del agnosticismo, del ateísmo o del indiferentismo religioso. Esta posición de neutralidad positiva —que es una característica del Estado de laicidad abierta— no excluye la actividad estatal necesaria para hacer posible la realización de la libertad, ni supone la relegación de las agrupaciones religiosas al ámbito privado, ni impide tener en cuenta las características especiales de las confesiones religiosas (por ejemplo, su liturgia y sus principios teológicos sobre el arte en la regulación estatal del patrimonio artístico).

La laicidad, entendida como declaración estatal de indiferentismo, agnosticismo o ateísmo, es claramente contraria al principio de libertad religiosa como radical incompetencia ante el acto de fe, pues esas actitudes suponen, cuando menos, una concurrencia del Estado, como sujeto, junto a las actitudes de fe de sus ciudadanos cuyas posibilidades lógicas ante la fe imitan y, a la postre, acaban con frecuencia en actitudes de coacción o de sustitución estatal.²⁸

²⁷Enmienda 1. “El Congreso no aprobará Ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente”. La misma disposición se encontraba en el artículo 130 constitucional, segundo párrafo, antes de la reforma de 1992, y en la Constitución de 1857, en el artículo 1º del Decreto de adiciones y reformas del 25 de septiembre de 1873, por el que se incorporaron a su texto las Leyes de Reforma, y que rezaba así: “El Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna”.

²⁸Véase Dionisio Llamazares, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo I, Madrid, Civitas, p. 123, y Viladrich y Ferrer, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en VV.AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1993, pp. 194 y ss.

Bajo estos lineamientos conceptuales y hermenéuticos que se han venido exponiendo —que deben subsanar su defectuosa y ambigua redacción— el artículo 24 debe interpretarse en el sentido de que consagra en forma amplia y en sus diversas dimensiones el derecho humano a la libertad religiosa.

Reconstrucción histórica

La libertad religiosa que —aun cuando en forma un tanto reductiva en su defectuosa expresión escrita, como se ha puesto de manifiesto— consagra el artículo 24 constitucional, es producto de una larga y penosa evolución histórica, que tiene que ver con las conflictivas relaciones entre el Estado y la Iglesia, en los siglos XIX y XX, que dio origen a guerras fratricidas, a intolerancias e incomprendiones recíprocas, y persecuciones de carácter religioso, como las ocurridas en los años veinte del siglo pasado.

Sin embargo, el punto de partida de la problemática hay que ubicarlo en el virreinato. Con una nueva visión nuestros modernos historiadores han roto con la tradición de separar la historia novohispana de la nacional, viéndola como una continuidad. Desde esa perspectiva, hay que empezar por recordar que la Iglesia (católica), durante toda la época virreinal estuvo regida por el Real Patronato, bajo cuyo nombre se entendía un conjunto de privilegios otorgados a la Corona por el romano pontífice, con algunas obligaciones anexas. El documento que otorga esta concesión a los reyes de España es la bula de Julio II (1503-1515) *Universalis Ecclesiae Regiminis*, de 28 de junio de 1508, y por cuya virtud los reyes de España resultaron verdaderos vicarios del papa.

Gradualmente el Regio Patronato Indiano fue incrementando sus atribuciones en forma unilateral a lo largo de las tres centurias del régimen virreinal, como la de convocar a concilios provinciales, presididos y censurados por el virrey, y con la participación de esa misma autoridad política en las comunidades religiosas, sus capítulos o sus elecciones; el derecho de conceder el pase o retener las bulas y demás documentos pontificios hacia América por parte de la Corona, derecho al que se le dio el nombre de *Placet regio*.

Esta situación tendría una enorme trascendencia al ocurrir la independencia de México, pues los diversos gobiernos del nuevo Estado emergente pretendieron siempre —de manera constitucional o de facto— reivindicar para sí el ejercicio del Patronato bajo la especie del regalismo (intervención y prerrogativas del poder civil en relación con la Iglesia). Hay que advertir, empero, que si bien el Patronato novohispano, que es la institución clave en las relaciones de la Iglesia con el poder político y mediante el cual la primera quedó subordinada a éste, de ninguna manera implica que la Iglesia haya visto menguada su presencia omnímoda en el ámbito espacio-temporal del virreinato. Su acción polifacética —templos, escuelas, hospitales, orfanatos, etcétera— se extendió en todo el territorio de la Nueva España durante los 300 años de su existencia.

La compleja unión o conjunción entre lo espiritual y lo temporal, característica del régimen sacral del medioevo cristiano, fue heredado y establecido en la época virreinal, lo que trajo como consecuencia el establecimiento de la religión católica como base de

la unidad política y de la identidad nacional, que produjo no solamente la falta de libertad religiosa sino la intolerancia para el ejercicio de cualquier otra. A partir de nuestra independencia, el problema religioso o, como más comúnmente se le denomina, el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, ha sido un dato central en nuestra historia patria, que naturalmente se ha proyectado en el derecho constitucional, y del cual solamente haremos aquí una breve referencia, para concentrarnos en el estudio de esta cuestión en la Constitución de 1917.

El factor religioso fue un elemento fundamental en nuestras guerras de Independencia. Se inició al repique de una campana y con el grito de: “¡Viva nuestra Señora la Virgen de Guadalupe! ¡Viva nuestro Rey Fernando VII! ¡Y muera el mal gobierno!” Hasta la Constitución federal de 1857, todos nuestros documentos constitucionales, acordes con la mentalidad de la época, establecieron que la religión católica sería la única con intolerancia para cualquier otra. En los Elementos constitucionales de Rayón, en el punto primero de dicho proyecto se establecía que: “La Religión Católica será la única sin tolerancia de otra” y prescribe, en su artículo 33, que “el 12 de diciembre será consagrado a nuestra amabilísima protectora Nuestra Señora de Guadalupe”.

En los Sentimientos de la Nación, que preparó Morelos, en su artículo 2° se declara: “Que la Religión Católica sea la única, sin tolerancia de otra” y, entre otras prescripciones, establece el 12 de diciembre para celebrar a la virgen de Guadalupe. La Constitución de Apatzingán de 1814 reitera la consabida declaración sobre la religión católica y, entre otras diversas disposiciones sobre la materia religiosa, en su artículo 15 establece que: “La calidad de ciudadano se pierde por el crimen de herejía, apostasía y lesa nación”.

En la Constitución de Cádiz de 1812 (que rigió en dos breves periodos en nuestro país), se repite la misma cláusula concerniente a la religión católica. Otro tanto ocurre en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822; en la Constitución Federal de 1824; en las Bases Constitucionales de 1836, y en las Bases Orgánicas de 1842. El Acta Constitutiva y de Reforma de 1847, por lo que se refiere al aspecto de la religión, deja subsistentes los artículos relativos de la Constitución de 1824. El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, es el primer instrumento constitucional que omite la disposición que reconoce a la religión católica como la de la nación.

La Constitución de 1857 tampoco incluye la referida declaración sobre la religión católica, por lo que por vía implícita admite la libertad religiosa. En cumplimiento del Manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación, de 7 de julio de 1859, Juárez expide en Veracruz los ordenamientos relativos a la cuestión religiosa, que se conocen con el nombre de Leyes de Reforma. Entre ellas interesa destacar la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos, de 12 de julio de 1859, y la Ley sobre Libertad de Cultos, de 4 de diciembre de 1860.

En la primera, entre otras disposiciones, en el artículo 1° se determina que entran al dominio de la nación todos los bienes del clero secular y regular, en el artículo 3° se establece que habrá perfecta independencia entre los negocios del Estado y los nego-

cios puramente eclesiásticos, añadiendo que “El gobierno se limitará a proteger con su autoridad el culto público de la religión católica, así como el de cualquiera otra”, y en el artículo 5° se suprimen en toda la República las órdenes de los religiosos regulares que existan.

En la segunda, o sea la Ley sobre Libertad de Cultos, el artículo 1° declara que:

Las Leyes protegen el ejercicio del culto católico y de los demás que se establezcan en el país, como la expresión y efecto de la libertad religiosa, que siendo un derecho natural del hombre, no tiene ni puede tener más límites que el derecho de tercero y las exigencias del orden público. En todo lo demás, la independencia entre el Estado por una parte, y las creencias y prácticas religiosas por otra, es y será perfecta e inviolable.

En su artículo 11 establece límites al ejercicio público de la religión: “Ningún acto solemne y religioso podrá verificarse fuera de los templos sin permiso escrito concedido en cada caso por la autoridad política”. Y en el artículo 24 prohíbe a los funcionarios públicos “asistir con carácter oficial a los actos de un culto”, aunque reconoce la libertad para hacerlo “en su calidad de hombres”.

Ya en la época del presidente Sebastián Lerdo de Tejada (19 de julio de 1872 a 20 de noviembre de 1876), las Leyes de Reforma se introducen al texto de la Constitución mediante la Ley de Adiciones y Reformas, de 25 de septiembre de 1873, que contenía cinco artículos; el primero de los cuales establecía que: “El Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna”.

En cuanto a la legislación en materia religiosa del Segundo Imperio (1864-1867), conviene señalar que, además de pretender restaurar el Real Patronato —de hecho lo ejerció en algunos aspectos— y de expedir disposiciones de corte liberal, el 26 de febrero de 1865, Maximiliano expidió el Decreto que establece libertad de cultos, aunque el Imperio se obligaba a proteger la religión católica, apostólica y romana como religión del Estado.

En el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, expedido el 10 de abril de 1865 (que careció de vigencia práctica y de validez jurídica), se disponía lo siguiente: “El Gobierno del Emperador —decía el artículo 58— garantiza a todos los habitantes del Imperio [...] el ejercicio de su culto”.

En el Constituyente de Querétaro, las disposiciones atinentes a la materia religiosa quedaron alojadas en los artículos 3°, 5°, 24, 27 fracciones II y III y 130. Si bien en el artículo 24 se consagró, aunque en forma restringida a la libertad de “creencia religiosa” y de “culto”, dicha libertad quedó menoscabada por las prescripciones contenidas en los otros artículos mencionados. Durante 75 años dichos dispositivos se consideraron intangibles y no fue sino hasta el año de 1992 que se decidió reformarlos, para acercarlos a las exigencias de la Declaración de la ONU de 1948 y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por México, a los cuales más adelante se hará referencia.

En esa virtud, en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de febrero de 1992, se publica el Decreto de reformas a los artículos 3°, 5°, 24, 27 fracciones II y III y 130 de la Constitución, que modifican substancialmente la normatividad en materia religiosa. Esto significa que antes de ese año existía —por lo menos parcialmente— otro marco jurídico-constitucional que regía dicha materia aunque, obviamente, se tratara de la misma Constitución. En otros términos, dentro de nuestra propia Ley Fundamental se distinguen dos etapas con dos tipos de normas constitucionales y de leyes reglamentarias distintas sobre la cuestión religiosa. La primera comprende del 1° de mayo de 1917 —fecha en que comenzó a regir la Constitución aún vigente— al 28 de enero de 1992, cuando entraron en vigor las reformas antes mencionadas. La segunda comprende desde esta última fecha hasta el momento actual, con el añadido de la reforma al artículo 24 (DOF: 19-07-2013) y la del artículo 40 (DOF: 30-11-2012), a la cual después se hará referencia. Es pertinente preguntarse ahora: ¿Cuál era el contenido original de los referidos textos constitucionales y en qué consistieron las mencionadas reformas?

Aun cuando de acuerdo con el programa y la metodología de esta obra *Derechos del pueblo mexicano*, el objeto de nuestros comentarios deberían concentrarse exclusivamente en el artículo 24 constitucional, pues a cada uno de los 136 artículos de la Carta Magna le corresponde su propio y particular estudio, por el contenido y la naturaleza misma de dicho artículo conviene, sin embargo, hacer aquí alguna breve referencia a las disposiciones alojadas en otros diversos artículos que se relacionan directamente —y otras que se relacionaban antes de las reformas de 1992— con el derecho a la libertad religiosa. Los consideraremos por su orden progresivo.

Respecto del artículo 3° se derogó la fracción IV, con lo que, en síntesis, se suprimió la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas particulares, así como la de erigir escuelas confesionales y la participación de corporaciones religiosas y ministros de culto en ellas, prohibición que desapareció también de la fracción II del artículo 27 de la Constitución y se sustituyó por la autorización implícita para realizar tal actividad. Por otro lado, se conservó la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas oficiales. “La educación que imparte el Estado —prescribe el artículo 3°— será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”.²⁹

Del artículo 5° se suprimieron las prohibiciones relativas al voto religioso y al establecimiento de órdenes monásticas, por lo que ya ahora ambas manifestaciones de la libertad religiosa están reconocidas a la luz de los artículos 24 y 130 de la Constitución y de la Ley Reglamentaria, a que se hará alusión más adelante.

El artículo 24, en las citadas reformas de 1992, sufrió tres cambios: a) del primer párrafo se suprimió la expresión “en los templos o en su domicilio particular”, para

²⁹Algunos autores consideran que la prohibición de que se pudiera impartir enseñanza religiosa en las escuelas públicas —de forma no curricular, voluntaria y con la misma oportunidad para las distintas confesiones religiosas— es discriminatoria para los padres de familia que carecen de capacidad económica para enviar a sus hijos a escuelas particulares que la suministren, y violatoria, por ende, del derecho fundamental de unos y otros, consagrados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por México.

quedar en sus términos actuales; b) el segundo párrafo se corrió al tercero, con esta nueva redacción: “Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la Ley Reglamentaria”, y c) se adicionó un nuevo segundo párrafo en los siguientes términos: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”. Esta disposición era el contenido del segundo párrafo del artículo 130 constitucional, antes de la reforma; es decir, simplemente cambió de ubicación en el texto constitucional.

Como se aprecia en el párrafo referido, en cuanto a los actos de culto público, se mantuvo la regla de que éstos deben celebrarse ordinariamente en los templos y se estableció la posibilidad, como excepción, de que pudieran celebrarse “extraordinariamente” fuera de ellos, los cuales se sujetarán a la ley reglamentaria, de la cual se hablará más adelante. Sin duda, hay aquí un avance respecto de la situación anterior —que no permitía ni como excepción que el culto religioso se celebrara fuera de los templos o de los domicilios— pero también hay una restricción respecto a la concepción moderna de este derecho humano, que considera como elemento substancial la realización de actos religiosos de culto, en forma pública o privada, individual o colectiva, dentro o fuera de los templos, con las únicas limitaciones inherentes al ejercicio de todo derecho y establecidas en la propia ley.

En cuanto al artículo 27, como consecuencia de las reformas a que se ha venido haciendo mención, las fracciones II y III sufrieron una transformación radical. En la fracción II se estableció, en forma explícita, el derecho de las asociaciones religiosas para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto; mientras que en la fracción III se suprimió la prohibición que pesaba sobre las corporaciones religiosas y los ministros del culto y sus asimilados de tener el patronato, dirección, administración, cargo o vigilancia de las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tuvieran por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito. Por tanto, ahora ya pueden legítimamente realizar dichas actividades.

El artículo 130 se reformó casi en su totalidad, por lo que aquí solamente se habrá de señalar —en razón de que conecta con la libertad de culto público— que se estableció la posibilidad de reconocerles personalidad jurídica a las iglesias y agrupaciones religiosas, mediante la adopción de una nueva figura jurídica societaria a la que se le denominó “Asociación Religiosa”. El inciso a) del artículo 130 quedó redactado en los siguientes términos: “Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro”. Respecto a los ministros de culto, a diferencia del texto anterior, ahora se les reconoce el derecho a votar, pero se conserva la restricción al derecho de ser votados y de ocupar cargos públicos. Asimismo, la reforma permite que los extranjeros puedan ejercer el ministerio de cualquier culto, que antes únicamente podían hacerlo los mexicanos por nacimiento.

Desarrollo legislativo

La ley reglamentaria del artículo 24 constitucional —que lo es también de la fracción II del artículo 27 y del artículo 130— se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del día 15 de julio de 1992, bajo la denominación de Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. El reglamento relativo a dicha ley, se expidió más de una década después y apareció publicado en el *Diario Oficial* del 6 de noviembre de 2003. Ambos ordenamientos siguen siendo aplicables al artículo 24 constitucional, reformado en 2013.

Como consecuencia de las aludidas reformas constitucionales en materia religiosa y de la correspondiente legislación reglamentaria, ha brotado —aún en forma incipiente— una nueva rama de nuestro Derecho constitucional: el *Derecho eclesiástico del Estado mexicano*, que en las últimas dos décadas se ha venido estudiando en forma sistemática y, aun cuando el número de sus cultivadores todavía es precario, ya puede considerársele desde el punto de vista didáctico y científico como una rama autónoma del Derecho público mexicano, que se puede definir de manera sintética como: *la rama del Derecho que tiene por objeto la regulación, garantía y promoción del derecho humano de libertad religiosa, en su dimensión individual y colectiva, privada y pública*.

Queda ahora por considerar cómo desarrolla la legislación reglamentaria los derechos, principios y limitaciones integrados en el artículo 24 constitucional. En cuanto a la libertad religiosa, el contenido de ese derecho lo despliega la ley en su artículo 2°, como derechos y libertades en materia religiosa que el Estado mexicano garantiza en favor del individuo:

- a) Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade y practicar, en forma individual o colectiva, los actos de culto o ritos de su preferencia;
- b) No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa;
- c) No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas, y prohíbe alegar motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad, salvo en los casos previstos en la misma ley y los demás ordenamientos aplicables;
- d) No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso;
- e) No ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de ideas religiosas, y
- f) Asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos.

Vinculada con el derecho a la libertad religiosa —pero en sentido negativo— se encuentra la prescripción contenida en el párrafo final del artículo 1° de la ley, que se formula en los siguientes términos: “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. De aquí se

desprende que la ley reglamentaria prohíbe implícitamente la objeción de conciencia, que se podría definir como el incumplimiento de una obligación legal y de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o de las creencias profesadas.³⁰

Conviene recordar, al respecto, que la libertad religiosa es una inmunidad de coacción para que a nadie se le prohíba actuar conforme a su conciencia y a nadie se le obligue a actuar en contra de ella, por lo que cuando una ley o mandato de la autoridad repugna abiertamente a la conciencia de un creyente (o de un no creyente) en principio tiene derecho, y aun a veces obligación inexcusable, de no obedecer esa ley o ese mandato. El problema, en verdad, es muy complejo. Por una parte la objeción de conciencia de carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales, no puede estar reconocido en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado.

Por otra parte, no hay duda de que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa. Así las cosas, parecería que la objeción de conciencia puede ser tutelada, en unos casos, por vía legislativa (como sucede en una gran parte de los países europeos respecto a la objeción de conciencia al servicio militar) y, en otros, por la jurisprudencial; es decir, es el órgano judicial quien, ante la situación concreta, deberá dictaminar la justicia o no de una determinada pretensión de objeción de conciencia.

En lo concerniente a la libertad de culto religioso consagrada en el artículo 24 constitucional, la ley reglamentaria reconoce este derecho a toda persona y comunidad religiosa al establecer en su artículo 2º fracción a), la libertad de “practicar, en forma individual y colectiva los actos de culto o rito de su preferencia”, y también, consecuentemente, el derecho de no participar en dichos actos (artículo 2º, fracción d).

El artículo 21, por su parte, siguiendo y reglamentando el artículo 24 constitucional, dispone que los actos religiosos y de culto público se celebrarán “ordinariamente” en los templos. Es decir, la ley considera que normalmente, de ordinario, los actos de culto deberán realizarse precisamente en el interior de los templos, pero prevé también que, como caso excepcional, con carácter extraordinario podrán celebrarse fuera de ellos.

En este último caso, es decir, que el acto de culto público tenga el carácter de “extraordinario”, no por su naturaleza intrínseca o sus modalidades, sino porque se celebre fuera de los templos, el artículo 22, primer párrafo, de la ley reglamentaria establece la obligación de los organizadores de dar aviso previo a las autoridades por lo menos 15 días antes de la fecha en que pretendan celebrarlos y deberán indicar en el aviso correspondiente tanto el motivo, como el lugar, fecha y hora del acto.

³⁰Sin embargo, el reconocimiento de la objeción de conciencia empieza a abrirse cauce en la legislación mexicana cuyo instrumento precursor es la Ley de Salud del Estado de Jalisco, en cuyo artículo 18 primer párrafo, se establece lo siguiente: “Los profesionales, técnicos, auxiliares y prestadores de servicio social que forman parte del Sistema Estatal de Salud, podrán hacer valer la objeción de conciencia y excusarse de participar en todos aquellos programas, actividades, prácticas, tratamientos, métodos o investigaciones que contravengan su libertad de conciencia con base en sus valores, principios éticos o creencias religiosas”.

Las autoridades competentes, que en su caso pueden ser federales, de la Ciudad de México, estatales o municipales, podrán prohibir la celebración del acto mencionado en el aviso, fundando y motivando su decisión exclusivamente por razones de seguridad, protección de la salud, de la moral, la tranquilidad y el orden públicos y la protección de derechos de terceros (artículo 22, segundo párrafo).

Hay que hacer notar que esta distinción entre actos de culto ordinarios y extraordinarios representa una restricción al derecho de la libertad de culto público, que en principio supone la posibilidad de celebrarlo en los templos o en lugares abiertos; es decir, a la ley no corresponde distinguir entre actos de culto de carácter ordinario y actos de culto de carácter extraordinario atendiendo a la circunstancia de que se celebren dentro o fuera de los templos, lo cual significa que la autoridad pudiera prohibir —aquí sí solamente por excepción o con el carácter de extraordinario—, un acto de culto público por razones de orden público, por ejemplo; un acto de culto religioso donde se pretendieran realizar sacrificios humanos, o se pudieran lesionar derechos de terceros.

Las iglesias y agrupaciones religiosas no constituidas como asociaciones religiosas también pueden llevar a cabo actos de culto público de carácter “extraordinario”, es decir, fuera de los templos, bajo las mismas condiciones de las asociaciones religiosas, pues no es de los derechos que la ley niegue a aquéllas (artículo 10). Debe advertirse, por otro lado, que no se requiere de permiso cuando se trate de afluencia de grupos para dirigirse a los locales destinados ordinariamente al culto; del tránsito de personas entre domicilios particulares con el propósito de celebrar conmemoraciones religiosas; y tampoco los actos que se realicen en locales cerrados o en aquellos en que el público no tenga libre acceso (artículo 23).

En principio, el artículo 21, párrafo segundo de la ley reglamentaria no permite transmitir o difundir actos de culto religioso a través de medios masivos de comunicación no impresos, salvo que la transmisión de dichos actos se haga de “manera extraordinaria”; caso en el cual requerirán la previa autorización de la Secretaría de Gobernación, a la que se le concede tácitamente una facultad discrecional para ello. Esta disposición de la ley deviene inconstitucional por cuanto el artículo 24 de la Ley Fundamental no establece dicha limitación y porque contraviene, igualmente, los artículos 6° y 7° constitucionales, que consagran las libertades de manifestación de ideas y de publicación de escritos, algunos de cuyos medios son precisamente la radio, la televisión, y otros tipos de telecomunicación y de comunicación masiva.

La ley reglamentaria, además, establece una responsabilidad solidaria entre la asociación religiosa y los organizadores, patrocinadores, concesionarios o propietarios de los medios de comunicación, en el cumplimiento de las disposiciones respecto de los actos de culto público con carácter extraordinario (artículo 21, párrafo tercero). También la ley impone la obligación a ministros de culto, asociaciones religiosas, iglesias y agrupaciones religiosas de dar aviso a la Secretaría de Gobernación en un plazo no mayor a 30 días hábiles cuando se abra un templo o local destinado al culto público (artículo 24).

Por último, es pertinente señalar que en aplicación del principio de separación de Estado-iglesias, el artículo 25 de la ley reglamentaria establece que “las autoridades

públicas no podrán asistir con carácter oficial a ningún acto religioso de culto público, ni actividad que tenga propósitos similares”.³¹ El reglamento, después de reproducir la disposición citada, añade que los servidores públicos podrán asistir a los actos de culto público “a título personal”, pero que en ningún momento podrán ostentar su carácter oficial, ni actuar en el ejercicio de las atribuciones que legalmente le correspondan (artículo 28).

El problema es objetivar el criterio para determinar cuándo un funcionario asiste con carácter “oficial” a un acto de culto público y cuando lo hace a “título personal.” Aquí entra una amplia discrecionalidad de la autoridad ejecutora de la ley, la Secretaría de Gobernación, para fijar *a posteriori* y en forma necesariamente casuística, si el funcionario asistió al acto religioso de manera privada o con carácter oficial. Y no hay duda, por otro lado, que el cumplimiento de esta disposición depende en buena medida de la prudencia del funcionario participante en una ceremonia religiosa de culto. Finalmente, no es irrelevante advertir que el riesgo de esta disposición es que entren en colisión el principio de la separación Estado-iglesias, con el derecho de libertad religiosa.

El artículo 24 de la Constitución habla de culto religioso pero no menciona a las personas que, generalmente, son las encargadas de los actos culturales, y que, el artículo 130 de la propia Carta Magna designa con el nombre genérico de “ministro de culto”. Para no invadir el espacio en el que se comenta este último precepto constitucional en el lugar correspondiente de esta obra, solamente habremos de decir que la ley reglamentaria considera ministro de culto a “todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter”, imponiendo la obligación a estas últimas de notificar a la Secretaría de Gobernación su decisión al respecto. Sin embargo, puede darse el caso de que la asociación religiosa omita esa notificación a la Secretaría de Gobernación, supuesto en el que la ley determina que se tendrán como ministros de culto a quienes ejerzan en ella como principal ocupación, funciones de dirección, representación u organización (artículo 12).

Respecto a la disposición que se encuentra en el segundo párrafo del artículo 24 constitucional, que establece que “el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”, y que ya había sido objeto de algunos comentarios, conviene añadir a ellos, que el artículo 3º de la ley reglamentaria desarrolla y dilata esa garantía prescribiendo que: “El Estado no puede establecer ningún tipo de preferencia o privilegio a favor de religión alguna. Tampoco a favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa”. Con ello explicita el principio de igualdad y de no discriminación entre los ciudadanos y las confesiones de distintos credos religiosos, que es

³¹Esta disposición está inspirada en el artículo 24 de la Ley sobre Libertad de Cultos, de 4 de diciembre de 1860, redactado en los siguientes términos: “Aunque todos los funcionarios públicos en su calidad de hombres gozarán de una libertad religiosa tan amplia como todos los habitantes del país, no podrán con carácter oficial asistir a los actos de un culto, o de obsequio a sus sacerdotes, cualquiera que sea la gerarquía (*sic*) de éstos. La tropa formada está incluida en la prohibición que antecede”.

inherente al derecho de libertad religiosa y, consecuentemente, al Estado de derecho moderno de laicidad abierta.

El referido artículo de la ley se inicia declarando que: “El Estado mexicano es laico”, lo cual significa, entre otras cosas, que el Estado debe asumir una posición de neutralidad positiva frente a las distintas creencias y comunidades religiosas. No debe favorecer injustamente a unas en perjuicio de otras. Su misión es garantizar plenamente las condiciones de libertad, de igualdad y de no discriminación para todos.

Como consecuencia de esta misma laicidad del Estado, la aludida disposición de la ley reglamentaria asume que el Estado carece de competencia para juzgar de los contenidos de las religiones, de sus cultos y de las estructuras de las agrupaciones religiosas. Al Estado le corresponde ocuparse de la religión únicamente como fenómeno social, es decir, en cuanto tiene relevancia en la vida de la sociedad, que puede afectar el orden público, el cual tiene el ineludible deber de preservar. Por ello acota los límites de su intervención en los siguientes términos: “El (Estado) ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual y colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden y la moral públicos y la tutela de derechos de terceros”. Fuera de estos límites —que deben de interpretarse de forma restringida— toda intervención del Estado en esta materia debe considerarse como arbitraria y, por ende, violatoria del derecho humano de libertad religiosa.

Como ya se ha mencionado antes, en 2012 (*DOF*: 30-11-2012) se reformó el artículo 40 constitucional —o sea, 20 años después de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público— para introducir como un elemento más de nuestra forma de gobierno la de ser laico. Así, debe entenderse que dicha ley es reglamentaria de dicho precepto constitucional en su parte reformada. Finalmente, es pertinente señalar que aun cuando ni el artículo 24 constitucional ni la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público definen lo que es una creencia o actividad religiosa, el reglamento de dicha ley precisa solamente lo que no se considera como actividades religiosas: “las que realicen aquellas entidades o agrupaciones relacionadas con el estudio y experimentación de fenómenos psíquicos o parapsicológicos, la práctica del esoterismo, así como la difusión exclusiva de valores humanísticos o culturales u otros fines que sean diferentes a los religiosos” (artículo 8º, fracción V, tercer párrafo).

Desarrollo jurisprudencial

La actividad jurisprudencial relativa al artículo 24 constitucional posterior a la reforma de 1992, ha sido todavía escasa y aun cuando en un primer momento dio visos de desorientación respecto al concepto moderno del derecho a la libertad religiosa e interpretó nuestras normas constitucionales —todavía con un criterio que se antoja ya obsolecente—, en una segunda etapa parece dirigirse decididamente a una comprensión cada vez mayor del referido derecho fundamental.

Testigos de Jehová

Como ejemplo del primer caso se puede traer a colación el de los profesores de escuelas oficiales pertenecientes a la denominación religiosa Testigos de Jehová,³² a quienes se les separaba de las escuelas por abstenerse de rendir honores a los símbolos patrios y los cuales argumentaban que su actitud no se debía a falta de patriotismo, sino a razones de fidelidad a sus propias prescripciones religiosas que les prohibían “adorar” imágenes de cualquier naturaleza. Es decir, su oposición estaba sustentada en la objeción de conciencia —aunque no la hubieran sabido argumentar explícitamente—, como un derecho inherente al de la libertad religiosa. Sin embargo, los tribunales federales les negaban el amparo en contra de los actos de las autoridades educativas correspondientes que decretaban la separación de los planteles educativos.

En el asunto al que aludimos esquemáticamente, la *litis* consistía en resolver si el trabajador había incurrido o no en falta de probidad, que se derivaba del incumplimiento de una obligación laboral y, en su caso, si procedía o no la sanción correspondiente, el cese. Según se infiere de sus respectivas sentencias, ninguno de los tribunales colegiados ni la Cuarta Sala, advirtieron en que en el fondo se trataba de una cuestión relativa a derechos humanos, en el caso, al derecho a la libertad religiosa, y por ello resolvieron en contra del quejoso.

Para nuestro objeto, basta con señalar que en realidad se trataba aquí de un típico caso de objeción de conciencia, que ni los jueces captaron ni se ha abordado en nuestra jurisprudencia, pero que es uno de los fenómenos más interesantes y complejos de nuestro tiempo, el cual tampoco se ha tratado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³ La reflexión jurídica que ha aportado un abundante material al tema en cuestión, coincide en considerar unánimemente que la objeción de conciencia es un elemento esencial al derecho a la libertad religiosa. En términos generales, se entiende que la objeción de conciencia es la negativa obedecer un mandato de autoridad, por considerar que de hacerlo se infringiría una lesión grave a la propia conciencia. Ahora bien, si la objeción de conciencia es consubstancial a la libertad religiosa, resultaría indiscutible que ella se encuentra implícita en el artículo 24 constitucional, y debería declararlo así la jurisprudencia.

³²TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, parte 82, octubre de 1994, Cuarta Sala, Tesis 4a./J., 41/94, p. 20.

³³La referida Corte dictó una sentencia el 5 de febrero de 2001 (caso Olmedo Bustos y otros), relativa a la prohibición de las autoridades de Chile para exhibir la película “La última tentación de Cristo”, que solamente de manera tangencial tocó el problema de la libertad de conciencia y religiosa, y mediante la cual, en sus puntos resolutivos, entre otras cosas, declaró que el Estado violó la libertad de expresión y pensamiento consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la misma convención.

Stephen Orla Searfoss

Como ejemplo de la tendencia actual de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de interpretar el artículo 24 constitucional con un criterio extensivo y progresivo respecto del derecho fundamental de libertad religiosa, se puede invocar el caso Stephen Orla Searfoss,³⁴ relativo a la libertad de propaganda religiosa. En la ciudad de Toluca, Estado de México, el día 13 de febrero de 2006, la autoridad municipal correspondiente impuso una multa al ciudadano Stephen Orla Searfoss como sanción por repartir papeles en la vía pública. Según consta en el expediente del caso, uno de los documentos repartidos era una octavilla en la que se invitaba a asistir a un concierto gratuito, el otro documento era un cuadernillo que contiene el Evangelio según San Juan.

El ciudadano mencionado promovió juicio de amparo ante el juez de Distrito competente contra las autoridades y por los actos que señaló en su demanda, el cual le negó el amparo. Inconforme con dicha resolución el quejoso interpuso recurso de revisión, que fue turnado al correspondiente Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. Los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el ejercicio de la facultad de atracción respecto de dicho recurso de revisión y, en su momento, la Primera Sala de la Corte resolvió ejercer dicha facultad de atracción, correspondiéndole al segundo de ellos ser el ministro ponente.

Debe hacerse notar en este punto el hecho de que la Corte haya decidido atraer un asunto en el que se ventilaba un problema de constitucionalidad, aparentemente de no especial importancia, por tratarse de una disposición de un simple reglamento administrativo. Sin embargo, la Sala se dio cuenta de la gran trascendencia del asunto en tanto se hallaba en juego un derecho humano de la mayor jerarquía axiológica, como lo es el derecho a la libertad religiosa, en sus dimensiones externas referentes a las libertades de expresión, de difusión, de imprenta y de información. Con evidente actitud de apertura y conciencia de responsabilidad como garante de los derechos fundamentales, la Corte aprovechó la oportunidad que se le presentaba para analizar el contenido del artículo 24 constitucional, con una visión nueva y una nueva sensibilidad para abordar sin prejuicios ni condicionamientos históricos el citado derecho de libertad religiosa.

Otro acierto de la sentencia que debe destacarse es que para reforzar el argumento de la Constitución, la Sala ejerce un cierto control de convencionalidad al hacer referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos. De la sentencia del referido caso se desprendieron dos tesis interpretativas, que estimamos que en adelante serán la pauta a seguir para la solución de las cuestiones relacionadas con este derecho fundamental y punto de partida para un ulterior desarrollo del mismo.

La primera de las referidas tesis, en resumen, consiste en sostener que el derecho a la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 constitucional tiene diversas facetas,

³⁴Amparo en revisión 1595/2006. Stephen Orla Searfoss, 29 de noviembre 2006. Ponente José Ramón Cossío Díaz. Loc. No. registro: 173,252, materia: constitucional, novena época, Instancia: Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, Tesis 1a. LXI/2007, p. 654.

su proyección externa es múltiple y su ejercicio se conecta e incide con otras libertades como la de expresión, la de reunión y asociación, y la de enseñanza, inherentes al derecho a la libertad religiosa. Se precisa en ella que aun cuando el precepto constitucional de referencia menciona de manera específica solamente una de las expresiones externas de esta libertad fundamental, que es la libertad de culto, de ninguna manera debe entenderse que es la única dimensión externa —privada o pública, individual o colectiva— de este derecho fundamental. Para confirmar y precisar aún más esta interpretación, la Suprema Corte analiza el tercer párrafo del citado dispositivo constitucional, para distinguir claramente la diferencia entre el acto religioso de culto público y el acto religioso de diversa índole.

En efecto, el núcleo central de la segunda tesis consiste en considerar que la libertad religiosa tutelada por el citado artículo 24 constitucional tiene una vertiente interna y una vertiente externa. A esta última alude dicho precepto al establecer que la libertad de actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Ahora bien, esta norma no debe interpretarse en forma restrictiva, sino que debe aplicarse a un subconjunto muy preciso de manifestaciones externas de la libertad religiosa, pues por actos de culto público hay que entender no solamente los externos sino también los colectivos o grupales, y que además pertenezcan al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. Por ello, debe tenerse presente que no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de “culto público”, ya que, por ejemplo, varias personas que se pongan de acuerdo para ostentar símbolos de su filiación religiosa, son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público. Análogamente, tampoco lo serían otras expresiones o vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa, pero todos ellos caen dentro de la esfera de la libertad religiosa.

Otro acierto de la sentencia que debe destacarse es que para reforzar el argumento de la Constitución, la Sala ejerció un cierto control de convencionalidad al hacer referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Derecho comparado

Actualmente las constituciones de todos los Estados democráticos del mundo contienen por lo menos alguna disposición para garantizar la libertad en materia religiosa. Aun los Estados de formación más reciente, como son algunos de los Estados africanos, reconocen el derecho de la libertad de conciencia y de profesar libremente la propia religión, de ejercer su culto y de enseñarla. Hay que advertir, empero, que, por una parte, existen Estados que aun cuando teóricamente reconocen este derecho, de hecho se transgrede sistemáticamente y, por otra, existen todavía Estados que no han incorporado en sus constituciones este derecho de libertad religiosa con el contenido mínimo que exigen los instrumentos internacionales.

Por otro lado, hay que señalar que aunque el principio que reconoce dicha libertad a la persona humana está hoy presente en el sentimiento jurídico y moral de gran

parte de la humanidad. Este principio se entiende en forma distinta en diversos países y, según las orientaciones ideológicas dominantes, lo llegan a vaciar de su contenido, como es el caso de algunos pocos Estados en los que todavía subsiste su sustento ideológico en el marxismo leninismo y de otros con base en un islamismo de tipo fundamentalista. Para facilitar una visión general —aunque necesariamente sintética— de la regulación constitucional de la libertad religiosa en el mundo, se podría establecer la siguiente clasificación agrupando a los Estados según su confesionalidad o no confesionalidad.³⁵

Estados de confesionalidad musulmana. En la concepción islámica del derecho, en el Estado y la religión rige el monismo más absoluto. La ley no es más que el aspecto práctico de la doctrina religiosa y social predicada por Mahoma. Los derechos del hombre en el Islam solamente corresponden en su plenitud al ser humano, adulto, libre y musulmán. Los no musulmanes únicamente gozan de una protección parcial o, sencillamente, no poseen ninguna capacidad jurídica. Se niega todo proselitismo a cualquier otra religión, mientras el Islam es intensamente proselitista. En todos ellos, *el Islam es la religión del Estado*. Así, por ejemplo, en cuanto a los países musulmanes de Asia, existen las siguientes disposiciones: Afganistán: “La religión de Afganistán es la Santa Religión del Islam, y su rito oficial y general es el *dignísimo rito banefita*” (artículo 1°); Arabia Saudita: “el Reino de Arabia Saudita es un Estado árabe islámico plenamente soberano cuya religión es el Islam” (artículo 1°); Irak: “La religión del Islam es la religión del Estado” (artículo 13); Irán: “La religión oficial de Irán es el Islam” (artículo 1°). En cuanto a los países musulmanes de África, se pueden traer a colación los siguientes ejemplos: Argelia: “El Islam es la religión del Estado” (artículo 4°); Egipto: “El Islam es la religión del Estado” (artículo 1°); Túnez: “Túnez es un Estado libre, independiente y soberano. Su religión es el islamismo” (artículo 1°); Marruecos: “El Islam es la religión del Estado, el cual asegurará a todos el libre ejercicio del culto” (artículo 6°).

Consecuencia de lo anterior es que el *régimen de las religiones no oficiales* y de sus adherentes queda sumamente afectado, tanto jurídica, como prácticamente sobre todo. Como la mayoría de los Estados musulmanes nacieron después de la fundación de las Naciones Unidas no pueden menos de garantizar la libertad de conciencia, culto y religión. Así en África: Argelia (artículo 4°), Egipto (artículos 40-46), Mauritania (artículos 1°, 2°), Marruecos (artículo 5°), Somalia (artículo 29), Sudán (artículo 5°), Túnez (artículo 5°), como en Asia: Afganistán, Arabia, Irak (arts. 12, 13, 16), Irán y Jordania (artículo 14), Malasia, Pakistán y Siria (artículo 3.3).

Claramente aparece una antinomia entre la confesionalidad musulmana —en varios casos con matices teocráticos— y la proclamación del derecho a la libertad religiosa,

³⁵Véanse Antonio Martínez Blanco, *Derecho eclesiástico del Estado*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 229-238; Dionisio Llamazares, *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 113-172; Antonio Marzal, *Libertad religiosa y derechos humanos*, Barcelona, ESADE-Facultad de Derecho y J.M. Bosch Editor, 2004, pp. 101-112 y 133-177; Carlos Corral, “La situación jurídica actual de la libertad religiosa en el mundo”, en VV.AA., *La libertad religiosa*, pp. 573-607, y VV.AA. *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, EUNSA, 1994.

aunque en varios de ellos la postura general que se adopta es la de mantener una separación, más o menos distante, entre el Estado y la Iglesia. La realidad es que la garantía del derecho de libertad religiosa en los países musulmanes se da en diversa medida, según el país de que se trate, pero siempre con mínimas o máximas restricciones a su ejercicio pleno. Lo anterior no significa que no existan corrientes islámicas —aun cuando quizá son minoritarias— abiertas a una amplia tolerancia y aun al respeto irrestricto a la libertad religiosa de otras confesiones. Pero lo que sí, ciertamente, constituye una gran mayoría del Islam, los que se oponen a métodos violentos, como el terrorismo ejercido por el llamado Estado Islámico, para imponer su creencia y combatir a los infieles.

Estados de confesionalidad budista. Tres Estados de Asia reconocen en sus constituciones al budismo como religión oficial o como la fe del pueblo: Birmania, Camboya y Laos. Birmania: “El Estado reconoce la especial posición del Budismo como la fe profesada por la gran mayoría de los ciudadanos de la Unión” (artículo 2°). Camboya: “El Budismo es la religión del Estado” (artículo 8°). Laos: “El Budismo es la religión del Estado” (artículo 7°).

Respecto a las demás religiones, se recogen de las Naciones Unidas dos principios: el de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley sin discriminación y el de libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Estados de confesionalidad cristiana. Según la confesión cristiana adoptada por el Estado, se distingue confesionalidad *evangélica* (luterana), *anglicana*, *ortodoxa* y *católica*.

a) *Estados de confesionalidad luterana.* Los países nórdicos Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, en cuanto Estados, se declaran evangélico-luteranos, pero su confesionalidad tiene en ellos un matiz especial. No se trata solamente de declararse partidarios de una determinada confesión, sino que prácticamente la Iglesia se constituye en Iglesia Nacional. A ella pertenecen, de hecho, todos los ciudadanos y aun el Estado mismo. A título de ejemplo se reproducen las disposiciones constitucionales correspondientes de Dinamarca: “La Iglesia Evangélica luterana es la Iglesia Nacional y, como tal, es mantenida por el Estado” (artículo 4°); “El Rey debe pertenecer a la Iglesia evangélica luterana” (artículo 6°), y “El estatuto de la Iglesia Nacional será regulado por la ley” (artículo 66). Al mismo tiempo, en la propia Constitución danesa se establece la libertad de culto y su práctica (artículo 67) y prohíbe cualquier discriminación religiosa. Suecia es el único país nórdico que a partir del año 2000 ya no hace alusión a la Iglesia luterana de su tradición y consagra la libertad religiosa: “Todo ciudadano tendrá garantizados los siguientes derechos y libertades en sus relaciones con las instituciones públicas: Libertad de Culto: es decir, la libertad de practicar la libertad de uno, solo o en compañía de otros” (capítulo II, artículo 1°).

La libertad de creencias religiosas y de culto está garantizada, además de constitucionalmente, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por los cinco países escandinavos.

b) *Estados de confesionalidad anglicana*. Modelo de libertades públicas modernas, Inglaterra conserva, sin embargo, el sistema de iglesia establecida —La Iglesia anglicana— a la par con la libertad religiosa para todas las religiones (en Escocia la iglesia establecida es la presbiteriana; en Irlanda del Norte desde 1870 no hay iglesia establecida, en País de Gales tampoco). Como se sabe, el Reino Unido carece de una Constitución escrita, pero los principios fundamentales relativos a la Iglesia y a la religión están definidos por los *Bill of Rights* del siglo XVII, por algunos textos legislativos y por el derecho consuetudinario. Es interesante señalar que desde 1988 la legislación sobre educación previene que la enseñanza religiosa debe ser de inspiración cristiana en las escuelas no confesionales.

c) *Estados de confesionalidad ortodoxa*. “La religión dominante en Grecia —dice la Constitución— es la de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo”. “La instrucción constituye misión fundamental del Estado, y tendrá por objetivo la educación moral, cultural y física de los helenos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa” (artículo 16). A las demás religiones se les garantiza —dice en el artículo 13— la libertad, y las prácticas de culto podrán ejercerse sin restricciones bajo la salvaguardia de las leyes. Pero “el ejercicio del culto no podrá atentar al orden público ni a las buenas costumbres, quedando prohibido todo proselitismo”.

d) *Estados de confesionalidad católica*. A diferencia de los Estados confesionales hasta ahora considerados, en los Estados católicos sus jefes no son a la vez jefes de la religión oficial, ni la Iglesia católica, en los pocos casos en que es reconocida como oficial, deviene en una iglesia nacional. Tal reconocimiento nunca produce una confusión-unión jurídico-constitucional ni de sociedades, ni de poderes, ni de órganos. En Europa solamente es de confesión católica el pequeño Principado de Liechtenstein: “La libertad de creencia y de conciencia están garantizadas para todas las personas. La Iglesia Católica es la Iglesia del Estado y como tal goza de la plena protección del Estado” (artículo 37). En América lo son Argentina: “El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico romano” (artículo 2º). Garantiza el ejercicio público de todo otro culto; Costa Rica: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio de otros cultos” (artículo 75); Panamá: “Es libre la profesión de todas las religiones así como el ejercicio de todos los cultos [...] Se reconoce que la religión católica es la mayoría de los panameños” (artículo 35), y Perú: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas (artículo 50).

Respecto a esto debe señalarse que el grado de confesionalidad de un Estado y el alcance de su compatibilidad con el principio universal de respeto al derecho de libertad religiosa y de no discriminación por motivos religiosos, se miden, sobre todo, por la situación jurídica reconocida a las demás confesiones y religiones. Ésta, como norma general, es hoy en todos los países católicos la de libertad religiosa, tanto en público como en privado, de manera individual o colectiva. Así en Europa lo establece la Constitución de Liechtenstein, y en América, las de Argentina, Costa Rica, Panamá y Perú.

Estados no confesionales (o laicos). Estados Unidos de Norteamérica es un caso singular por cuanto su Constitución de 1787 fue precursora en acoger los ideales de libertad e igualdad religiosa en virtud de la primera de las enmiendas aprobadas en 1791, que dice así: “El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial (*Establishment clause*) o se prohíba practicarla libremente (*free exercise clause*)”. La primera cláusula se refiere al principio de igualdad religiosa y la segunda al de libertad religiosa. Ambas cláusulas se implican mutuamente —como se implican siempre los principios de libertad e igualdad— en una relación dialéctica.

a) *América Latina*. Salvo Argentina, Costa Rica, Panamá y Perú, todos los demás países no adoptan una religión de Estado, pero todos consagran ampliamente el derecho de libertad religiosa, conforme al paradigma de la Declaración de la ONU de 1948.

b) *Europa*. Algunos de los países más significativos de este continente que constituyen Estados laicos, y que son también los más emblemáticos en la consagración del derecho a la libertad religiosa son: Alemania, en cuya Constitución de 23 de marzo de 1939 —Ley Fundamental de Bonn—, en su artículo 4 proclama: “La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables. El libre ejercicio del culto está garantizado”; Francia: La vigente Constitución francesa de la V República, de 4 de octubre de 1958 asume en su Preámbulo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde, en su artículo 10 señala que: “Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal de que sus manifestaciones no perturben el orden público establecido por la ley”. La Constitución asegura que la República “respete todas las creencias” (artículo 2.1 *in fine*), al mismo tiempo que asegura “la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión” (artículo 2.1).

Italia. La Constitución italiana de 1947 reconoce el derecho de todos a profesar libremente su fe religiosa en forma individual o asociada (artículo 19), y proclama que “todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley” (artículo 8.1); prohíbe toda discriminación por razón del “carácter eclesiástico y la finalidad de religión o culto de una asociación o fundación” (artículo 20). Todo lo anterior sin perjuicio de reconocer (como consecuencia de los Pactos de Letrán de 1929) que el Estado y la Iglesia católica son, cada cual, independiente y soberano, en su propio orden (artículo 7°).

Portugal. Desde 1976 deja de ser Estado confesional católico y establece el principio de igualdad de todas las confesiones religiosas y prohibición de toda discriminación (artículo 13), y consagra la plenitud de derecho de libertad religiosa.

España. La Constitución española de 1978 tiene especial relevancia por cuanto establece un sistema sumamente amplio en la cobertura de la libertad religiosa y porque, en cierta medida, sirvió de inspiración para las reformas de 1992 a la Constitución mexicana. El artículo 16 de la Constitución española regula el derecho fundamental a la libertad religiosa al señalar en su apartado 1 que: “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”; en el 2° se afirma que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” y en el 3° se declara que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”.

Holanda. A pesar de sus antecedentes culturales profundamente calvinistas, desde la reforma de 1983, desaparece de la Constitución toda referencia a la Iglesia, y establece la libertad religiosa plena (artículo 6°) y prohíbe todo tipo de discriminación (artículo 1°).

Bélgica. Consagra ampliamente el derecho de libertad religiosa (artículo 19) y la independencia de los diferentes cultos (artículo 21).³⁶

Federación Rusa. Se establece la libertad de ideología (artículo 13), la libertad de religión, de conciencia y de culto, y el principio de igualdad y no discriminación (artículo 19), con secularidad del Estado (artículo 13). Sin embargo, a nivel local, hay alguna actitud negativa contra ciertos grupos étnicos tradicionales musulmanes.

Japón. El artículo 20 consagra el derecho de libertad religiosa y el Estado laico.

India. Su Constitución consagra la libertad de conciencia y libre posesión, práctica y propagación de religión (artículo 25); establece la prohibición de discriminación (artículo 15) y el derecho de las minorías a establecer y administrar instituciones educacionales (artículo 30).³⁷

República Popular China. Teóricamente establece la libertad religiosa, de creencias y práctica de “actividades religiosas normales”, con prohibición expresa de cualquier dirección extranjera en asuntos religiosos.³⁸

Derecho internacional

Sin duda, uno de los signos más estimulantes en el mundo contemporáneo es el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos. Se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, solamente cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de las personas no es una cuestión doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional.

La protección internacional de los derechos humanos comenzó en áreas relacionadas con la religión. En una etapa muy temprana, en los albores del Derecho internacional, cláusulas referentes a los derechos esenciales de grupos religiosos minoritarios fueron incorporados a varios tratados. La diferencia más significativa entre la legislación moderna de los derechos humanos internacionales y sus antecedentes históricos, estriba en que se supone que en la actualidad los seres humanos individuales poseen derechos

³⁶Por razón de utilidad e interés social, Bélgica reconoce a estos efectos los cultos católico, protestante, israelita, anglicano, musulmán y ortodoxo. Desde 1993 se añade un apartado más a este artículo 181 en reconocimiento del interés social y algunas organizaciones laicas y se incluyen otras *comunidades religiosas*, reconociendo a Testigos de Jehová, Iglesia mormona y Unión budista.

³⁷India tiene una población de 1,295 millones de habitantes con un 80 por ciento estimado de hindúes, un 12 por ciento de musulmanes, un 2,3 por ciento de cristianos, un 2 por ciento de *sikhs* y un resto distribuido entre budistas, *zoroastrianos*, judíos, etcétera.

³⁸En China hay 1,374 millones de habitantes y cinco religiones oficiales, en el sentido de reconocidas y aprobadas por el Estado: budismo, islamismo, taoísmo, catolicismo y protestantismo. Respecto de ellas, la actitud es la de restringir moderadamente, no favorecer sus prácticas religiosas y controlar el crecimiento y la expansión de estos grupos religiosos. En el Tíbet el nivel de represión religiosa es alto. Se mantiene la política de persecución encubierta a los musulmanes y, con frecuencia, a los católicos se les persigue y se somete a prisión a sus obispos.

internacionalmente garantizados como individuos, y no como ciudadanos de algún Estado en particular.

Así, el 11 de diciembre de 1948, la libertad religiosa es proclamada en la Carta de las Naciones Unidas —junto con otros derechos humanos— como un propósito fundamental de la ONU. No hay que olvidar, empero, que a nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre se adelantó algunos meses a la Declaración Universal de la ONU. En efecto, la Declaración fue proclamada el 2 de mayo de 1948 por la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, en la que se proclama una lista de aproximadamente 27 derechos humanos y 10 obligaciones, entre los primeros, consagra el derecho de libertad religiosa, en su artículo III: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”. En lo que concierne a la Declaración de la ONU, la libertad religiosa es proclamada en el artículo 18, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Y el artículo 26.3 consagra como dimensión consustancial a la libertad religiosa, el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrán de dar a sus hijos. En estrecha vinculación con dicho artículo, se encuentra el 2.1, en el que se rechaza la discriminación por motivos religiosos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Ahora bien, si el mayor logro de la Declaración de la ONU es su carácter universal, su mayor debilidad radica en que su aceptación universal sea más teórica que real, puesto que una cosa es la proclamación solemne de unos derechos y otra bien distinta su tutela sincera y efectiva. Dos años después de la Declaración Universal de la ONU se emite el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que es de una singular trascendencia, y que en su artículo 9º, se consagra el derecho que nos ocupa en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Un paso adelante en la tutela universal de la libertad religiosa lo constituye la inclusión de este derecho en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de 16 de diciembre de 1966, que dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, la práctica y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Como es sabido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos creó un Comité de Derechos Humanos, con competencias acerca de su tutela en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes. Como instrumento de carácter regional que atañe directamente a nuestro país, en 1969 se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuyo artículo 12 se consagra el mismo derecho, en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

De acuerdo con lo prescrito por los artículos 1° (reformado el 10-06-2011) el artículo 133 de nuestra Ley Fundamental, estos dos últimos instrumentos mencionados —el Pacto Internacional y la Convención Americana— son parte de nuestro orden interno constitucional, en consecuencia de lo cual, el artículo 24 constitucional debe considerarse enriquecido y ampliado conforme a las disposiciones pertinentes de dichos instrumentos internacionales.

El 25 de noviembre de 1981, la ONU aprobó la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las

Convicciones, que es de una gran relevancia, porque es el primer documento íntegramente dedicado a la libertad religiosa, en cuyo artículo 1° se proclama que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Esta declaración constituye el documento más significativo, producto de los trabajos llevados a cabo por la ONU a lo largo de 35 años, desde que se consideró la necesidad de poner fin a las persecuciones y discriminaciones religiosas, siendo uno de sus principales avances el hecho de que recoge no solamente la dimensión personal o individual del derecho de libertad religiosa, sino también su dimensión comunitaria, de modo que se reconocen los derechos de los grupos religiosos en cuanto tales, derechos que todo Estado debe tutelar y garantizar. Baste como ejemplo el artículo 6°, del que se puede decir que constituye el modelo actual del contenido de la libertad religiosa, y que vale la pena transcribir íntegro:

Art. 6°. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a) La de practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones y lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción, y
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Como se desprende de la lectura de los textos transcritos, de los cuatro documentos internacionales —con excepción del Pacto de San José, que solamente habla de las

libertades de *conciencia* y de *religión*—, en los otros tres instrumentos aparece la tríada de las *libertades* de *pensamiento*, de *conciencia* y *religiosa*, que en realidad son otras tantas manifestaciones o dimensiones del derecho fundamental de profesar convicciones fundamentales, de carácter ético o religioso y que, por consecuencia, protege tanto al creyente como al que no profesa ninguna religión. Tríada de derechos que en forma convencional y genérica se le condensa en el término *Derecho de libertad religiosa*.

En cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, entre ellos el de libertad religiosa, en el orden internacional, es pertinente aclarar que los documentos internacionales que proclaman y tutelan los derechos humanos tienen, como lógica consecuencia de su origen y finalidad, un carácter evidentemente práctico y no se detienen a profundizar sobre la naturaleza y fundamentación de estos derechos. Pese a ello, en todos estos documentos, mediante expresiones más o menos rigurosas, se afirma, al menos implícitamente, que estos derechos corresponden al hombre con carácter previo a que sean acogidos o no por los ordenamientos jurídicos positivos. Las declaraciones, pactos internacionales o legislaciones internas de los Estados no crean estos derechos, sencillamente los reconocen. Por ello se puede hablar de una conciencia jurídica común que impulsa y alienta el movimiento de los derechos humanos.

A la anterior consideración debe añadirse que la red de derechos que se teje en los tratados internacionales —y desde luego el de la libertad religiosa— no aspira a enumeraciones taxativas, y aun cuando uno de esos tratados no traiga una cláusula expresa acerca de qué puede haber en otros cuerpos normativos —internos o internacionales— debe interpretarse que un tratado no reduce ni desconoce derechos no incluidos en él, pero emergentes del derecho interno de un Estado o de otros pactos o convenciones internacionales. Por ello, al usar la expresión derecho mínimo cuando se alude al Derecho internacional de los derechos humanos, su maximización no puede estimarse frenada, impedida o ignorada por el tratado.

Bibliografía

- ADAME GODDARD, Jorge, *Las reformas constitucionales en materia de libertad religiosa*, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social, A.C., 1992.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1989.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos/Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Derecho eclesiástico mexicano*, México, Porrúa, 1997.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell), 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2000.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.
- LLAMAZARES CALZADILLA, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en Juan Antonio Xiol Ríos (coord.), *Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional de España*, Madrid, 2001.

- LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo 1, Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “La protección internacional de la libertad religiosa”, en VV.AA., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, EUNSA, 1994.
- MARZAL, Antonio, *Libertad religiosa y derechos humanos*, Barcelona, J. M. Bosch Editor/ESADE-Facultad de Derecho, 2004.
- MOLINA MELIÁ, Antonio, *Las libertades religiosas*, México, Universidad Pontificia de México, 1997.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 2002.
- PACHECO, Alberto, *Temas de Derecho eclesiástico mexicano*, México, Ediciones Centenario, 1993.
- SALDAÑA, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *La nueva legislación sobre libertad religiosa*, México, Porrúa, 1993.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La Reforma Constitucional de 1992 en Materia de Libertad Religiosa y Los Derechos Humanos”, en Armando Méndez Gutiérrez (coord.), *Una ley para la libertad religiosa*, México, Cambio XXI/Diana, 1992.
- SOUTO PAZ, José Antonio, *Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas, 1992.
- VV.AA., *Reforma al 24 constitucional*, México, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social, A. C./Imdosoc, 2013.
- , *Avanzando hacia la libertad religiosa*, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social, A. C., 2013.
- , *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, EUNSA, 1994.
- VILADRICH Y FERRER, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1993.

Artículo 24

Trayectoria constitucional

24 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 28-I-1992

LV LEGISLATURA (1-IX-91/31-X-94)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-88/30-XI-94

Se añade un segundo párrafo, antes contenido en el artículo 130, relativo a la inhibición del Congreso para dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna.

El segundo párrafo original cambia en el sentido de que ahora los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente y ya no exclusivamente en los templos. Además, los que se celebren fuera de los templos, deberán sujetarse a la ley reglamentaria.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 19-VII-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el primer párrafo del artículo para incluir que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado” como libertad otorgada a manera de manumisión. Se podrá participar en ceremonias religiosas o actos de culto individual o colectivamente, tanto en lo público como en lo privado, siempre que no constituya un delito.

La reforma señala que los actos públicos en los que se haga uso de esta libertad no podrán realizarse con fines políticos o proselitistas, y podrán llevarse a cabo tanto en lo privado como en lo público. De celebrarse fuera del templo se sujetarán a la ley reglamentaria.

Artículo 25

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 25 original versaba sobre la materia de la correspondencia. Con la intención de establecer los parámetros de esta tónica que, antes de la evolución tecnológica y la apertura global, era una actividad indispensable y significativa, se fijarán los antecedentes relativos a ella. El registro de correspondencia empezó a pensarse desde la Constitución de 1824, que consideró este punto en su artículo 152 al prohibir que ninguna autoridad pudiera librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República si no era en casos expresamente señalados por la ley. Fue la primera vez que los papeles personales se contemplaron como parte de un derecho ciudadano. Lo anterior fue ratificado por la Providencia de la Secretaría de Hacienda de 1829, en que se señaló que toda correspondencia sin dirección alguna o sobre en blanco debería ser quemada en público por un juez de distrito ante el hecho de que era violatorio abrirla y leerla. Lo anterior se hizo “conociendo que es absolutamente inviolable el secreto de una carta”.¹

Otro antecedente se encuentra en las Leyes Constitucionales de la República Mexicana suscritas en 1836.² La ley primera, por ejemplo, señaló en su artículo 2º, fracción 4, el derecho de los ciudadanos de no poderse catear sus casas y sus papeles sino en aquellos casos y con los requisitos prevenidos por las leyes. Esto mismo se contempló en el Primer Proyecto de Consti-

¹*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 65.

²Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

25

Sumario Artículo 25

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	415
Texto constitucional vigente.	418
Comentario	
José Gamas Torruco	
El capítulo económico	420
Legislación con contenido económico	428
Marco teórico conceptual.	432
Reconstrucción histórica.	436
Análisis exegético.	440
Constituciones extranjeras	445
Bibliografía	449
Trayectoria constitucional	450

tución Política de 1842, que en su artículo 7º, fracción XIV, estipuló que, solamente en los casos literalmente prevenidos en las leyes, podría ser cateada la casa de un individuo, señalando, además, que sólo podría catearla el juez en persona. Tampoco podrían ser cateados sus papeles sino en persecución de un determinado delito o un hecho fraudulento, y esto se haría únicamente cuando hubiera una semiplena prueba de que aquellos podrían contribuir a su esclarecimiento. Esta misma disposición se mantuvo en las Bases Orgánicas de la República Mexicana (artículo 9º, fracción XI)³ y aún en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, cuyo artículo 36 señaló:

La correspondencia privada es inmune, y ella y los papeles particulares sólo pueden ser registrados por disposición de la autoridad judicial. Esta no decretará el registro en materia criminal, sino en el caso de que haya datos suficientes para creer que en las cartas ó papeles se contiene la prueba de algún delito; y entonces el registro se hará a presencia del interesado ó de quien lo represente, al cual se volverá su carta o papel en el acto, dejando sólo testimonio de lo conducente; además, la parte interesada tiene derecho de que en ese testimonio se inserte todo lo que ella señale. La correspondencia escrita por las personas incomunicadas y la que se aprehenda procedente de algún punto enemigo, pueden ser registradas por la autoridad política y en ausencia del interesado. Quedará en todo caso la autoridad respectiva obligada á guardar el secreto de los negocios privados.⁴

Como complemento al artículo anterior, el 37 del mismo estatuto señaló que todo empleado del correo, convencido de haber violado la correspondencia sufriría, además de las penas de la ley, la destitución de su cargo. La Constitución de 1857 retomó estos puntos y señaló que nadie podría ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones sino en virtud de un mandamiento escrito por la autoridad competente (artículo 16).⁵ Asimismo, en su artículo 25, contempló “la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, está libre de todo registro. La violación de esta garantía es un atentado que la ley castigará severamente”.

Estas determinaciones estuvieron vigentes el resto del siglo y aún hasta que se promulgó la Constitución de 1917. Todavía en 1865, al promulgar el emperador Maximiliano de Habsburgo las Garantías Individuales de los habitantes del Imperio, no pudo omitir dicho derecho, el cual respaldó basándose, casi de forma íntegra, en el texto de las Bases Orgánicas de 1856. Más tarde, nuevamente en el México republicano, otros reglamentos sirvieron para complementar lo señalado sobre la materia por los diversos ordenamientos jurídicos. Tal fue el caso del Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos, emitido en 1884, que en su capítulo VI consideró la “Inviolabili-

³Bases orgánicas de la República, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>

⁴Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁵Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

dad de la correspondencia”.⁶ En él se transcribió el artículo 25 de la Constitución como parte del artículo 247. En dicho código, además, se estipuló todo lo que era considerado una violación de la correspondencia, tanto por empleados de correos como por otros particulares, haciendo alusión a las duras sanciones por dichos delitos. El artículo 25 de la Constitución del 57 se plasmó de forma íntegra en la Constitución promulgada en 1917.

⁶*Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

Artículo 25

Texto constitucional vigente

25 *Artículo 25.* Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.⁷

El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.⁸

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia

⁷Párrafo reformado, *DOF*: 28-06-1999 y 05-06-2013.

⁸Párrafo adicionado, *DOF*: 26-05-2015.

y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.⁹

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.¹⁰

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.¹¹

⁹Párrafo reformado, *DOF*: 20-12-2013.

¹⁰Párrafo reformado, *DOF*: 20-12-2013.

¹¹Párrafo reformado, *DOF*: 05-06-2013, 20-12-2013. Artículo reformado, *DOF*: 03-02-1983.

Artículo 25

Comentario por **José Gamas Torruco**

25

El capítulo económico

Integración: Los artículos 25, 26, 27 y 28 constituyen lo que se identifica como el capítulo económico de nuestra Ley Fundamental.

El texto original de la Constitución dedicaba al tema económico los artículos 27 y 28. Los artículos 25 y 26 son resultado de las reformas propuestas por el presidente Miguel de la Madrid en la iniciativa fechada el 3 de diciembre de 1982 y que, una vez aprobadas por el órgano de reformas constitucionales, fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983. El decreto respectivo contiene la reforma de los artículos 16, 25, 26, adición de las fracciones XIX y XX al artículo 27, reformas al artículo 28 y adición de las fracciones XIX-D, XIX-E y XIX-F al artículo 73. Los textos originales de los artículos 25 y 26 se referían a la libertad de correspondencia bajo estafeta y al alojamiento en casa particular de miembros del Ejército, respectivamente; dichos artículos fueron vaciados de su contenido, que pasaron a formar los dos últimos párrafos del texto, hoy vigente, del artículo 16. El artículo 25 fue dedicado a la Rectoría del Estado y a la Economía Mixta y el 26 a la Planeación Democrática del Desarrollo. Se adicionaron dos nuevas fracciones al artículo 27 con el propósito de incluir el concepto de desarrollo rural integral y las condiciones para una impartición expedita de la justicia agraria con el propósito de fortalecer la seguridad jurídica en el campo, manteniéndose el texto entonces vigente del resto del artículo así como el número del mismo. El artículo 28 se reformó y adicionó para dar una definición precisa de las áreas económicas reservadas al Estado y reafirmar su facultad de intervenir en los mercados de productos de consumo popular. Se añadieron tres fracciones al artículo 73 a fin, de acuerdo con las nuevas disposiciones, de facultar al Congreso de la Unión para expedir las leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social; sobre programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y la producción de bienes y servicios social y nacionalmente necesarios, y las tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiera el desarrollo nacional.

El capítulo económico parte de la responsabilidad del Estado como rector del desarrollo económico y con una participación activa como productor y gestor de bienes y servicios limitada a los casos que la Constitución ordena; es planificador, regulador y

promotor de la economía. El concepto mismo estaba implícito en el texto constitucional, a partir del artículo 27, que reconoció a la nación, organizada políticamente en el Estado mexicano, la propiedad originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, el dominio directo de los productos del subsuelo, de las aguas marítimas e interiores y el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; además, facultó al gobierno federal, para expedir la legislación correspondiente y aplicarla.

Este papel del Estado significó, junto con la función social de la propiedad, el nacionalismo económico y los derechos de los grupos menos favorecidos, el sello original de la Constitución de 1917 y la contribución de México al constitucionalismo universal. Las constituciones habían sido resultado del surgimiento de la burguesía que liquidó al absolutismo proclamando la democracia como forma de gobierno, los derechos humanos y la libertad económica como condición determinante de la provisión de bienes y servicios. Se fue así consolidando en el orden normativo la doctrina del liberalismo, producto del triunfante capitalismo. Exigía tal doctrina una abstención del Estado en lo que se refiere al funcionamiento del proceso económico. “Dejad hacer, dejad pasar” era el lema. Dejar actuar la “mano invisible”, la ley de la oferta y la demanda que fijan fatalmente el precio, suficiente para el productor y alcanzable para el consumidor.

México aceptó el liberalismo como credo político, por la defensa de las libertades que entrañaba, que por fin parecían haberse logrado tras años de persistente lucha; lo aceptó como base ideológica de la Constitución de 1857. Además, había la convicción de que la economía liberal, aplicada a las circunstancias particulares de México, pondría en marcha la economía.

La Constitución de 1917 es resultado de una revolución social que se dio en un país con enormes desigualdades y rezagos y donde la fórmula liberal los había agudizado. Los constituyentes consideraron necesario orientar al sistema con el claro propósito de lograr un equilibrio entre los estratos sociales, sobre todo nivelando a los que la inercia de la sociedad colonial y el descuido e indiferencia posteriores habían mantenido en la marginación. Surge así el sistema económico constitucional vigente que postula las libertades básicas de la economía de mercado, pero las sujeta y adapta a las necesidades de todo el grupo y no de sectores privilegiados. Los textos originales recibieron con el tiempo importantes reformas; destacan las que sientan las bases de la reivindicación de los derechos de la nación sobre sus recursos y la explotación de los mismos, así como los que reordenaron las diversas etapas de la reforma agraria.

Economía de mercado. La economía es uno de los sistemas sociales, cuya función específica es la de resolver la provisión de los bienes materiales y servicios requeridos por el grupo. La “economía de mercado” resuelve estos problemas a partir de la propiedad privada de los medios de producción, de las libertades individuales en el proceso de contratación, industria, comercio y trabajo, tránsito de personas y objetos, libre concurrencia de los productores en la venta de productos y libre competencia entre ellos mismos.

El fin de la actividad económica es la satisfacción del deseo individual que conduce al beneficio social. El mecanismo fundamental es el sistema de precios. La unidad de producción es la empresa privada. En los mercados domina la ley de la oferta y la demanda. El medio de realización de los intercambios es el dinero. El sistema de precios asigna eficientemente los recursos en la economía determinando qué producir, cómo y para quién. La economía de mercado identifica dos corrientes: una de bienes y servicios y otra de dinero. Dentro de ellas se forman mercados:

1. Entre consumidores y empresas se establece un verdadero circuito de bienes y servicios. Los consumidores prestan a las empresas bienes y servicios productivos en forma de recursos naturales, trabajo y bienes de capital (factores de producción). A su vez las empresas, con base en dichas aportaciones, elaboran bienes y servicios destinados a los consumidores que al recibirlos, cierran el circuito. De ahí resultan:

- a) Mercado de factores de producción, es aquél en que tierra, capital, trabajo se ofrecen y adquieren o contratan temporalmente;
- b) Mercado de bienes y servicios en el cual los bienes y servicios resultantes de la producción de las empresas se adquieren por los consumidores, que son los mismos prestadores de los factores de producción.

2. Existe una correlativa corriente de dinero que opera en sentido inverso a la corriente de bienes y servicios. Las empresas pagan a los consumidores una suma de dinero por concepto de prestación de los factores de la producción en forma de salarios, intereses y renta. A su vez los consumidores pagan (“devuelven”) a las empresas una determinada cantidad por concepto de bienes de consumo.

Lo que no se consume se ahorra. El ahorro se acumula en instituciones especializadas y se ofrece a quienes requieren recursos, sea para acrecentar su consumo presente con sacrificio de su consumo futuro o para ampliar su capacidad productiva de bienes y servicios previendo su provisión posterior. Son los mercados financieros. La ley de la oferta y la demanda determina los precios de los mercados. Lo que los consumidores requieren y están en disposición de pagar y lo que los productores están dispuestos a proveer y a recibir en pago. Unos buscan satisfacción y otros beneficios acrecentados. Cada uno “optimiza sus decisiones”. Una “mano invisible” conduce el proceso, de manera que la realización de los propósitos individuales conduce al equilibrio social. La operación de las fuerzas económicas es libre.

Son sujetos de la actividad las empresas proveedoras de bienes y servicios, las financieras y los consumidores. El Estado, en este proceso, obtiene recursos, básicamente impuestos de consumidores y proveedores y los “devuelve” a la comunidad en forma de obras y servicios necesarios de atención a sectores particulares. Si bien el papel de empresas y consumidores queda definido respecto al Estado, hay una polémica entre la posición liberal y la que se le ha dado como rector, productor y regulador de la economía. La polémica está vigente.

El sistema económico mexicano. En principio, la Constitución mexicana establece las bases jurídicas que garantizan las libertades básicas que son exigencias de la economía de mercado:

1. La propiedad privada de los medios de producción (se asegura en el primero y segundo párrafos del art. 27).
2. La libertad de industria, comercio y trabajo siendo lícitos y sólo puede vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernamental en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad (art. 5°).
3. La libertad de tránsito de personas (art. 11), de correspondencia (art. 16) y de mercancías (art. 117, fracciones IV, V, VI, VII).
4. La libertad de contratación, no limitada más que por la prohibición de pactos que restrinjan o nulifiquen la libertad (art. 5°).
5. Libertad de libre concurrencia al mercado y libre competencia en el mismo (art. 28), prohibiéndose monopolios, prácticas monopólicas, estancos, exenciones de impuestos, protecciones especiales y sujeción a regímenes de servicios públicos; todas estas prácticas son proscritas por la ley; la ley debe proteger a los consumidores y propiciar su organización; se crean dos órganos autónomos para crear y proteger la libre concurrencia y competencia: la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, este último además con responsabilidades para ocuparse del desarrollo eficiente del sector (arts. 26 y 28).

La economía de mercado queda atemperada por las siguientes determinaciones constitucionales:

1. Papel del Estado, que es concebido como rector del desarrollo con justicia social (art. 25), regulador, ejecutor (art. 25) y planificador de la economía nacional (art. 26). El Estado no es “liberal” sino responsable de la rectoría de la economía nacional. Más adelante, al analizar el artículo 25 constitucional, se explica el concepto de “rectoría”.
2. Estructura de la producción de bienes y servicios otorgando al Estado mismo la calidad de productor, en forma exclusiva en áreas estratégicas, a través de empresas productivas y junto al sector privado y social en áreas prioritarias; la propia Constitución se ocupa de definir las actividades que comprenden ambas áreas (arts. 25, 27 y 28). Este régimen se identifica como “economía mixta”.
3. Restricciones al derecho de propiedad: Se excluyen de la propiedad privada determinados bienes que se especifican como propiedad de la nación: tierras, aguas marinas, determinadas aguas interiores, subsuelo, recursos de la plataforma continental y de los zócalos marinos isleños (art. 27, párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo). Por otra parte, la nación no tiene derechos de propiedad, pero sí asegura su soberanía en la “zona económica exclusiva” marítima (art. 27, párrafo octavo).
4. Capacidades especiales para adquirir la propiedad reservando determinados bienes a los nacionales, limitando y condicionando las adquisiciones a los extranjeros y a determinadas personas jurídicas (art. 27, párrafo noveno, fracciones I a VI).
5. Sujeción de la propiedad a expropiación por causa de utilidad pública mediante indemnización y a las modalidades que dicte el interés público (art. 27, párrafo segundo).

6. Reglas especiales para la propiedad agraria (art. 27, párrafo noveno, fracciones VI a XI).
7. Derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que exija el interés público, así como para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación; esta facultad fundamentó el fraccionamiento de los latifundios y las limitaciones a la pequeña propiedad rural y fundó la legislación en materia de asentamientos humanos, equilibrio ecológico y retención al ambiente (art. 27, párrafo tercero).
8. Restricciones a la libertad de contratación favoreciendo a la clase obrera que recibe protección especial, lo que constituye una limitación para la empresa en la celebración de los contratos individuales y colectivos (art. 123).
9. Restricciones a la libre competencia: Intervención del Estado en los mercados de productos necesarios a la economía nacional o al consumo popular y protección de los sectores desfavorecidos de la población frente a la operación libre de los mercados (art. 28).
10. Restricciones al funcionamiento libre de los mercados: Por razones de interés social hay la previsión de que el Estado pueda intervenir en el proceso oferta-demanda, determinación de precio y actividad libre (art. 28, párrafos tercero, décimo y décimo segundo).

Además de las disposiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27 y 28, otras disposiciones constitucionales pueden considerarse incluidas en el capítulo económico.

El artículo 3° contiene un concepto orientador del contenido de las leyes y acciones previstas, sobre todo en los artículos 25 y 26 (fortaleciendo el régimen democrático y la planeación democrática): “considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

El artículo 73 faculta al Congreso para expedir leyes sobre planeación del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional (frac. XXIX-D); para legislar sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuesta y sorteos, intermediación de servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 (frac. X); para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal (frac. XVIII); moneda y pesas y medidas (frac. XVIII); sociedades cooperativas (frac. XXIX-K); terrenos baldíos (frac. XIX); para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y provisión de bienes y servicios necesarios (frac. XXIX-E); para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la extranjera, la transferencia de tecnología y la generación de conocimientos que requiera el desarrollo (frac. XXIX-F); para impedir que en el comercio de estado a estado se establezcan restricciones (frac. X) y, como facultad concurrente con las entidades federativas, municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para establecer la coordinación en materia de turismo (frac. XXIX-K), pesca y acuacultura (frac. XXIX-L); fomento y desarrollo sustentable en materia de sociedades cooperativas (frac. XXIX-K).

Hay disposiciones referentes a impuestos, endeudamiento y control de las finanzas públicas. El artículo 73 faculta al Congreso en su fracción VII: “Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto”, y el artículo 31, fracción IV establece como obligación de los mexicanos: “Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. El Congreso expide anualmente la Ley de Ingresos correspondiente. Están así claramente asentadas las bases del sistema fiscal mexicano. Se establecen los impuestos federales (art. 73, frac. XXIX). El artículo 131 faculta a la Federación para gravar el comercio exterior y el tránsito de mercancías a través del territorio nacional, así como reglamentar y aun prohibir por motivos de seguridad o de policía la circulación de efectos.

Los artículos 74, fracción IV y 75 facultan a la Cámara de Diputados para aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos y para revisar la cuenta anual.

El artículo 117 prohíbe en todo caso a los estados la imposición de acuñación de moneda y la imposición de alcabalas, peajes, aduanas locales, impuestos discriminatorios por el origen de las mercancías y contratación de deuda extranjera, así como impuestos al tabaco en rama en forma distinta a la que el Congreso autorice. El artículo 118 prohíbe a los estados establecer derechos de tonelaje o de puertos, ni sobre comercio exterior sin autorización del Congreso.

El artículo 115 garantiza al municipio los rendimientos de los bienes de su propiedad, las contribuciones por propiedad inmobiliaria y las participaciones federales que le corresponden, así como los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

El Congreso de la Unión tiene, en el propio artículo 73, la facultad de establecer las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional (frac. VIII). En materia de deuda pública el articulado constitucional da las bases para que el Congreso autorice al Ejecutivo celebrar empréstitos; para aprobarlos y otorgar garantías sobre el crédito de la Nación así como para reconocer y pagar la deuda nacional (artículo 73, frac. VIII 1º). Para aprobar anualmente los montos de deuda del gobierno de la Ciudad de México y las bases generales para el endeudamiento de estados y municipios (frac. VIII 2º); para establecer las bases generales a fin de que dichos órdenes de gobierno puedan incurrir en endeudamiento y los límites para que puedan comprometer las participaciones que les correspondan en impuestos federales.

El propio artículo 73 faculta al Congreso para fijar las características y el valor de la moneda extranjera (frac. XVII); para organizar la Auditoría Superior de la Federación como organismo técnico de vigilancia y las bases de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción (frac. XXIV); expedir leyes de contabilidad gubernamental (frac. XVIII) y expedir leyes sobre responsabilidad hacendaria de acuerdo con las funciones de rectoría que corresponden al Estado (frac. XXIX-W).

El Ejecutivo de la Unión tiene amplias facultades de iniciativa de leyes, incluyendo las económicas (art. 71, frac. I). El artículo 89 lo faculta para promulgarlas, aplicarlas y reglamentarlas (frac. I); además, tiene facultades para habilitar puertos, establecer

aduanas marítimas y fronteras (frac. XIII), conceder privilegios por tiempo limitado y conforma a la ley a descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria (frac. XV).

Antecedentes

En 1965, el 5 de octubre por iniciativa de su líder, el maestro Vicente Lombardo Toledano, reconocida figura intelectual, luchador social y hombre de acción política, el Partido Popular Socialista presentó ante la Cámara de Diputados el proyecto de un “capítulo económico” en la Constitución.

La iniciativa se motivó en la necesidad de reafirmar las instituciones económicas, consolidar el régimen legal de regulación del aprovechamiento de los recursos naturales de la nación y definir el carácter y las finalidades de la economía nacional. Se trata de una propuesta muy completa. Se propone la supresión del artículo 28 constitucional; el artículo 29 pasaría a ser el nuevo 28. El nuevo artículo 29 sería el capítulo II del Título Primero y se denominaría “De la Economía Nacional”. Los demás numerales romanos de los capítulos restantes de dicho título se recorrerían sin cambiar su rubro.

En párrafos sucesivos, la nueva disposición propuesta contiene: fines del desarrollo, nacionalismo con justicia social y establecimiento de un plan; función social de la propiedad; ámbitos a los que debe dirigirse la producción; renglones económicos exclusivos del Estado; condiciones para el auxilio a las industrias privadas; creación de organismos descentralizados y sus renglones de operación; regulación del mercado interno; planeación del comercio exterior; firma de acuerdos internacionales en defensa del comercio exterior; fines sociales y económicos tanto de la inversión pública como de la privada; inversión extranjera limitada y complementaria; condiciones para contratar empréstitos; prohibición de monopolios, y régimen fiscal tendiente a un impuesto directo único.

El articulado propuesto se refiere y enfatiza políticas y medidas que, de hecho y con fundamento en el nuevo papel que la Constitución dio al Estado, se habían venido tomando desde los inicios de la aplicación de la Constitución, sobre todo a partir de 1924 cuando se había logrado la relativa pacificación del país; no siempre en armonía con los sectores empresariales y con la creciente y próspera burguesía, la actividad desarrollada se procuró enmarcar siempre dentro de la legalidad. La iniciativa de Lombardo Toledano tiene un carácter totalmente compulsivo. En efecto, se propone:

- Todas las inversiones que se realicen dentro del territorio nacional estarán sujetas a las disposiciones legales relativas y deberán cooperar obligadamente al desarrollo económico del país (párrafo catorce).
- Con el fin de distribuir con un sentido de justicia el producto del trabajo de la sociedad, la ley determinará los límites de las utilidades de las empresas, establecerá la escala móvil de los salarios para compensar el aumento en el costo de la vida, señalará el monto de alquiler de las casas habitación y los precios de los artículos de primera necesidad (párrafo vigésimo).

- Siendo la propiedad una función social, todas las actividades económicas, lo mismo las del Estado que las de los particulares, se sujetarán a un plan general de desarrollo... (párrafo segundo).

La iniciativa se turnó a la Comisión respectiva y no se encuentran referencias posteriores sobre su destino. Sobre las mismas líneas se elaboró la iniciativa de ley que presentó el día 10 de diciembre de 1981 ante la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el Grupo Parlamentario del Partido Socialista Unificado de México, sobre reformas a la Constitución Política Federal, en cuya virtud propone:

- Cambiar el orden del artículo 29 de esta Ley Suprema, por el inmediato numeral anterior, para que aquél pase a ser el nuevo artículo 28;
- Crear con el sustituto artículo 29 un solo capítulo del Título Primero de la Constitución, denominándolo “De la Economía Nacional”;
- Adicionar el artículo 73, relativo a las facultades del Congreso de la Unión, para dar al Poder Legislativo la atribución de declarar y establecer las actividades económicas de competencia exclusiva del Estado y para imponer las modalidades que dicte el interés público a la propiedad privada y a la producción, distribución y comercialización de bienes y productos, así como para señalar el Congreso de la Unión al Ejecutivo federal las medidas que debe aplicar para el logro de tales objetivos, y
- Adicionar el artículo 74 constitucional con una nueva fracción que atribuye a la H. Cámara de Diputados el examen, discusión y aprobación de los planes y programas, nacionales y sectoriales, elaborados por el Ejecutivo federal. O sea, ligar planeación con presupuestación.

Con motivo de la campaña presidencial del candidato del Partido Revolucionario Institucional a la Presidencia de la República, licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, según sus indicaciones se formaron varios grupos de trabajo, entre otros, uno con juristas que hubiesen tenido experiencia en el ramo de la economía para analizar los problemas relativos a la rectoría del Estado.

Participaron y colaboraron en las reuniones respectivas los señores: José Sáenz Arroyo, Jorge Tamayo, Emilio O. Rabasa, Antonio Martínez Báez, Mario Moya Palencia, Jesús Rodríguez y Rodríguez, José Campillo Sáenz, José Campillo García, José Manuel Romero Guevara, Diego Valadés Ríos, Juan José Bremen y Francisco Borja. Fungieron como coordinadores activos en las comisiones que se formaron alrededor del tema los señores José Francisco Ruíz Massieu, Manuel Camacho Solís, José Gamas Torruco y, como secretarios, los señores Gerardo Losada Fernández y René González de la Vega. Las iniciativas fueron finalmente afinadas por los secretarios de Gobernación y Programación y Presupuesto, y por el titular de la Dirección Jurídica de la Presidencia de la nueva administración, los señores: Manuel Bartlett Díaz, Carlos Salinas de Gortari y José Sáenz Arroyo.

Se concentró buena parte de la atención del grupo en los problemas de constitucionalidad derivados del controvertido fundamento constitucional de algunas leyes, particularmente la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica. Finalmente, se concluyó la conveniencia de recomendar al ya presidente electo que

tomara posesión y planteara la reforma constitucional a fin de integrar un capítulo económico. De los trabajos de estos grupos, se generaron las iniciativas después presentadas por el Ejecutivo y valiosas sugerencias que en su mayor parte se fueron tomando en cuenta para ajustar la legislación económica en los años subsecuentes.

Legislación con contenido económico

La legislación que encuentra su fundamento en el capítulo económico es muy amplia. Lo resultaría más aún si se tiene en cuenta que difícilmente se excluye el contenido económico de la mayor parte de nuestra legislación. Los casos más relevantes serían la materia civil que sienta los fundamentos de los derechos reales y personales, las reglas generales de las personas y de los actos jurídicos que celebran sin los cuales es imposible entender la naturaleza jurídica de la economía. También la legislación laboral que contiene limitaciones a la libertad de contratación y obligaciones a cargo de la empresa. Las leyes administrativas crean y dotan de facultades a las dependencias y entidades de la administración pública y regulan su funcionamiento. Por ello, nos limitamos a relatar las normas generales derivadas de los artículos analizados que aún resultan en el agrupamiento de una parte substancial de la legislación federal vigente.

A. Leyes mercantiles. Fundamento: artículo 73, fracción X.

Código de Comercio

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley General de Sociedades Cooperativas

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley de Concursos Mercantiles

Ley de la Propiedad Industrial

Ley Federal de Correduría Pública

B. Leyes sobre dominio directo de la Nación y reguladoras de los sectores estratégicos de la economía. Fundamento: artículo 27, párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo; artículo 25, párrafo cuarto; artículo 28, párrafos cuarto y quinto, y artículo 73, fracciones XI y XIX.

Ley General de Bienes Nacionales

Ley Federal del Mar

Ley de Aguas Nacionales

Ley Minera

Ley que declara reservas mineras nacionales los yacimientos de uranio, torio y las demás substancias de las cuales se obtengan isótopos hendibles que puedan generar energía nuclear

Ley de Hidrocarburos

Ley de la agencia nacional de seguridad industrial y de protección al medio ambiente del sector hidrocarburos

Ley de Petróleos Mexicanos

Ley Reglamentaria del Artículo 27 en Materia Nuclear

Ley de la Industria Eléctrica
 Ley de la Comisión Federal de Electricidad
 Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
 Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público
 Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica
 Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano
 Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos

C. Leyes que regulan los sectores prioritarios de la economía. Fundamento: artículo 28, párrafo cuarto; artículo 25, párrafo quinto.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión
 Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario

D. Leyes que imponen modalidades a la propiedad privada. Fundamento: artículo 27, párrafo tercero, párrafo noveno, fracciones VII a XIX; artículo 73, fracciones XXIX-C y XXIX-G.

Ley Agraria
 Ley de Expropiación
 Ley General de Asentamientos Humanos
 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente
 Ley General de Vida Silvestre
 (En diversas leyes se reglamentan de acuerdo con el artículo 27, fracciones I a VI, capacidades especiales para adquirir la propiedad.)

E. Leyes que promueven y fomentan acciones de los sectores privado y social. Fundamento: artículo 25, párrafo segundo, sexto, séptimo y octavo II; artículo 27, párrafo noveno, fracciones IX-XX y artículo 73, fracción X.

Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones
 Ley de Desarrollo Rural Sustentable
 Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable
 Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar
 Ley de Capitalización del Procampo
 Ley de Energía para el Campo
 Ley de Energía Geotérmica
 Ley Federal de Sanidad Animal
 Ley de Zonas Económicas Especiales
 Ley Federal de Sanidad Vegetal
 Ley Federal de Variedades Vegetales
 Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados
 Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables
 Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas
 Ley de Organizaciones Ganaderas
 Ley sobre Cámaras Agrícolas, que en lo sucesivo se denominarán asociaciones agrícolas
 Ley de Protección al Comercio y a la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional
 Ley Federal de Cinematografía

Ley Federal de Juegos y Sorteos
 Ley General de Turismo
 Ley de Aprobación de Tratados en Materia Económica
 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
 Ley para Impulsar el Incremento Sostenido de la Productividad y la Competitividad de la Economía Nacional
 Ley para el Fomento de la Microindustria y de la Actividad Artesanal
 Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa
 Ley General de Desarrollo Social
 Ley de la Economía Social y Solidaria
 Ley sobre Elaboración y Venta de Café Tostado
 Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
 Ley de Asociaciones Público Privadas
 Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas o Comprimidos.
 Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas

F. Leyes sobre la infraestructura de comunicaciones y transportes. Fundamento: artículo 73, fracción XVIII.

Ley de Vías Generales de Comunicación
 Ley de Aeropuertos
 Ley de Puertos
 Ley de Navegación y Comercio Marítimos
 Ley de Aviación Civil
 Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal
 Ley del Servicio Postal Mexicano

G. Leyes referidas a la moneda, al ahorro y la inversión financiera, intermediación e instituciones del mercado de dinero y capitales. Fundamento: artículo 28, párrafos sexto y séptimo; artículo 73, fracciones X y XVIII.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos
 Ley Reglamentaria de la Fracción XVIII del artículo 73 constitucional, en lo que se refiere a la facultad del Congreso para dictar reglas para dictaminar el valor del artículo 73-XVIII en Materia de valor relativo de la moneda extranjera
 Ley de la Casa de Moneda de México
 Ley del Banco de México
 Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo
 Ley General para el Control del Tabaco
 Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos
 Ley de Instituciones de Crédito
 Ley de Ahorro y Crédito Popular
 Ley para Regular a las Asociaciones Financieras
 Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia
 Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito
 Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Ley de protección al Ahorro Bancario
 Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
 Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado
 Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros
 Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero
 Ley Orgánica de Nacional Financiera
 Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal
 Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros
 Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior
 Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos
 Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército y la Armada
 Ley que Crea el Fideicomiso que Administra el Fondo de Fortalecimiento de Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo en Apoyo a sus Ahorradores
 Ley que Crea el Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura
 Ley del Mercado de Valores
 Ley de Uniones de Crédito.
 Ley de Fondos de Inversión
 Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
 Ley del Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores
 Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
 Ley que Aprueba la Adhesión de México al Convenio Constitutivo del Banco de Desarrollo del Caribe y su Ejecución
 Ley que Establece las Bases para la Ejecución en México por el Ejecutivo Federal del Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo
 Ley que Establece las Bases para la Ejecución en México por el Ejecutivo Federal del Convenio Constitutivo de la Asociación Interamericana de Fomento
 Ley sobre el Contrato de Seguro
 Ley de Fondos de Aseguramiento Agropecuario y Rural
 Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas

H. Leyes sobre libre competencia. Fundamento: artículo 28, párrafos segundo y tercero, fracción III; artículo 73, fracción XXIX-E.

Ley Federal de Competencia Económica
 Ley Federal de Protección al Consumidor

I. Leyes que establecen responsabilidad patrimonial del Estado. Fundamento: artículo 113, último párrafo.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado
 Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares
 Ley de Responsabilidad Ambiental

J. Leyes de inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y generación de conocimientos científicos. Fundamento: artículo 73, fracción XXIX-F.

Ley de Comercio Exterior
 Ley de Ciencia y Tecnología
 Ley de Inversión Extranjera

K. Leyes fiscales. Fundamento: artículo 73, fracciones VII, VIII, XXIX; artículos 131 y 117, fracción IX.

Código Fiscal de la Federación

Ley Aduanera

Ley del Impuesto al Valor Agregado

Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación

Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.

Ley del Impuesto sobre la Renta

Ley de Coordinación Fiscal

Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos

Ley Federal de Derechos

Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos

Ley de Ingresos

Ley Federal de Deuda Pública

Ley para la Depuración y Liquidación de Cuentas de la Hacienda Pública Federal

Ley Federal de Derechos del Contribuyente

Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica

Impuesto sobre Servicios Expresamente Declarados de Interés Público en los que Intervienen Empresas Concesionarias de Bienes del Dominio Directo de la Nación

L. Leyes de planeación-presupuestación. Fundamento: artículo 26, párrafo tercero; artículo 73, fracción XXIX-D.

Ley de Planeación

Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público

Decreto que Aprueba el Presupuesto de Egresos

Marco teórico conceptual

Intervención del Estado en la economía

Constitucionalismo y liberalismo. Las constituciones nacieron liberales; constitucionalismo y liberalismo son fenómenos simultáneos y tan identificados que difícilmente pueden analizarse separadamente. Ambos son parejo resultado de las nuevas estructuras que se comentan tras el derrumbe de la monarquía absoluta. Los rezagos medievales, que persistían aún en los siglos XVII y XVIII, provocaron la inconformidad y luego la rebeldía de una “burguesía”, a la que venían solidificando el comercio, el desarrollo de las profesiones, las manufacturas y el proceso de urbanización. Los perjuicios que a la actividad económica imponía el beneficio del Estado absolutista, la estratificación y jerarquización de la sociedad, y los excesos de la política mercantilista —doctrina económica del absolutismo—, tales como barreras internas al comercio, restricciones a los intercambios con el exterior y cargas tributarias exageradas, atribularon a una clase económicamente poderosa y culturalmente ilustrada. Todo esto ocurre paralelamente al debate entre el privilegio de los monarcas y los derechos de las asambleas

representativas. Es éste el origen de la Revolución Inglesa de 1688, la Revolución de Independencia norteamericana de 1775 y la Revolución Francesa de 1789.

Hubo simultáneamente un brillante despertar del espíritu. La razón, sustituto de la revelación divina, fue el credo del hombre de esos tiempos: podía penetrar, sin límite alguno, la naturaleza de las cosas, descubriéndolas, extrayendo su esencia y explicándolas. Se piensa que todo posee una estructura racional, susceptible de conocimiento a través del esfuerzo ordenado del pensamiento.

Constitucionalismo y liberalismo se fundan en el concepto de “hombre racional”. Locke primero, Montesquieu y Rousseau después, dan conformación ideológica a la nueva sociedad política: orden y razón se postulan como los principios rectores del estado primitivo de naturaleza; de ahí nace un derecho natural que preserva la igualdad, la libertad y la propiedad; el pacto social significa la formación de la sociedad política en la que sus integrantes ceden prerrogativas a cambio de la garantía de tan trascendentales derechos. Integrada la organización política, constituye una voluntad general soberana que crea la ley a la que gobernantes y gobernados deben someterse. El poder es delegado y entregado en la medida de lo indispensable; las funciones han de quedar perfectamente distinguidas y limitadas. La organización política que mejor acomoda a la sociedad es aquella, sin duda, que proporcione seguridad, frene los caprichos del individuo y someta al gobernante a la ley, limitando los poderes, separando Ejecutivo, Legislativo y Judicial, depositado cada uno de ellos en un órgano peculiar. La felicidad del individuo es, en última instancia, el fundamento de las instituciones políticas.

Todo este cuerpo doctrinario, que no se debe a un autor, sino a un buen número, que varía en enfoques según los países y tiempos, confluye en la elaboración de constituciones, textos escritos en los que se contienen los ordenamientos básicos de organización política y los derechos del individuo que se han de proteger. El culto a la razón acepta el establecimiento de una organización racional como apreciable meta de la reflexión político-social, creando así la base normativa del Estado burgués de derecho.

Por otra parte, la incertidumbre que sienten los políticos burgueses al aflojarse los vínculos con la realeza los lleva a acudir, como acostumbraran estos comerciantes, abogados y financieros, al texto escrito para ratificar y formalizar lo que es a la vez conquista y compromiso. Todo ello casa con las ideas contractualistas que por doquier proliferan. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los revolucionarios franceses consignan con toda claridad el nuevo concepto: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la división de poderes determinada, carece de Constitución”.

Dentro de este clima, a partir de la escuela francesa de los fisiócratas, hasta Adam Smith, se estructuran los principios de la economía que conforman la nueva sociedad; se reconoce una armonía natural en el interior del grupo; si se parte de la libertad, la división del trabajo, la iniciativa individual y el intercambio, se llega a un sistema de mercado, oferta-demanda, que resuelve los problemas básicos de ¿qué producir? y ¿para quién producir? El individuo escoge su contribución al proceso y recibe en estricta reciprocidad el beneficio respectivo, constituyendo así su patrimonio. La sociedad

debe de proteger esa propiedad porque es el provecho que toda ella recibe por lo que aporta. El Estado no debe intervenir en tal proceso; debe, por el contrario, “dejar hacer, dejar pasar”, debe concretar su actividad en la defensa del peligro exterior, la preservación del orden interior, la realización de aquellas obras públicas que no sean rentables para los particulares y la corrección de las imperfecciones que surjan en la operación libre de los mercados. No debe emprender nada que el individuo sea capaz de hacer por sí mismo (el principio de la subsidiaridad); debe dejar operar a los mercados y sólo intervenir para corregir las deficiencias que impidan su libre funcionamiento y garantizar el cumplimiento de las libertades fundamentales.

El Estado constitucional burgués nace asociado a la economía de mercado que la propia burguesía ha venido creando y desarrollando desde la Edad Media y que ahora depura y consolida. La evolución política posterior a las revoluciones norteamericana y francesa, y a la tormenta napoleónica, sólo puede entenderse en función de los cambios que, aunque generados en el siglo anterior, se dieron a través de todo el siglo XIX en el sistema económico de Gran Bretaña, después en el continente europeo y en la nueva República norteamericana. El fenómeno se conoce como “Revolución Industrial”. Desde finales del siglo anterior, gracias a la estabilidad político-social lograda y a la ausencia de guerras dentro de su propio territorio, la economía inglesa creció, la población aumentó y el comercio ultramarino logró extraordinaria expansión.

La industria, fundamentalmente artesanal y casi con exclusividad textil, encontró nuevos mercados. La mayor demanda agregada propició aplicaciones científicas para satisfacerla. Se crearon las “máquinas” que multiplicaron el resultado del trabajo humano, primero los telares mecánicos y luego la caldera de vapor. El resultado fue la “fábrica”. Los yacimientos de hierro y carbón, relativamente abundantes, facilitaron la producción de acero, la fabricación de nuevas máquinas y la aplicación del metal para usos diversos: puentes, edificios y barcos. Las fábricas se concentraron cerca de los puertos, del agua y de las minas; antiguas e insignificantes poblaciones se transformaron en nuevas ciudades de dimensiones inusitadas. La emigración del campo a la ciudad fue constante. La producción en serie permitió la satisfacción de necesidades en volumen nunca visto. Se desarrollaron el comercio y las finanzas internacionales. La riqueza universal se acrecentó.

El nuevo sistema de producción fue adoptado en Alemania, Francia y los Estados Unidos de América. Las consecuencias económico-sociales resultaron similares a las de Gran Bretaña: ciudades nuevas, generalización de la producción en serie, multiplicación de las actividades industriales y aumento espectacular en la producción de bienes y servicios. El motor económico de las transformaciones fue la burguesía. Las clases medias consolidaron dondequiera su posición económica y sus derechos civiles y políticos. Los trabajadores sufrieron en el proceso: baja remuneración, condiciones laborales inadecuadas y desatención social. Pero adquirieron “conciencia de clase” y se organizaron.

La crisis del liberalismo. La industrialización acelerada durante el siglo XIX produjo en occidente, entre otros efectos, un proceso incontenible de urbanización y la formación

de la clase trabajadora, fenómenos suficientes para cambiar la composición afectando la naturaleza misma de las sociedades.

El principio de la no intervención estatal en materia económica hubo de rectificarse. Los nuevos centros urbanos exigieron una atención inusitada de servicios que plantearon problemas técnicos y necesidades de su prestación con conocimiento, eficacia y eficiencia; se desarrollaron las burocracias administrativas. Las demandas de las “clases” populares, fundamentalmente del “proletariado” que se formó en los centros industriales, los excesos del empresario a fin de obtener utilidades mediante la explotación desmedida del trabajo humano, la desprotección de los más débiles y las presiones que su situación produjo sacudieron a los gobernantes de su aceptación incuestionada de los principios de la economía liberal. Ante la amenaza de un rompimiento social, el peligro que presentaba el socialismo al dominio económico obligó, con aceptación empresarial, al Estado a intervenir. Poco a poco se expedieron leyes protectoras del trabajo que no dejaron el establecimiento de condiciones al simple acuerdo de voluntades. Más adelante se reconocieron legalmente la asociación sindical y la huelga. Siguió la extensión inevitable de derechos políticos a las “nuevas clases”.

Mientras México vivía la tormenta revolucionaria y se encaminaba a un Estado social de Derecho con la Constitución de 1917, se producían en el mundo cambios de enorme importancia. Terminada la Primera Guerra Mundial, la Constitución de la República Alemana, en 1919, es la primera constitución europea que se ocupó de los derechos sociales; se introdujeron el derecho al trabajo, a la educación y a los servicios sociales. En 1931, la Constitución de la República Española estableció derechos semejantes. Ninguna de las dos repúblicas pudo mantenerse. La Constitución de la República de Irlanda de 1937 inscribió un verdadero capítulo económico, aún vigente hoy.

La crisis económica sobreviniente a la Primera Guerra Mundial, el surgimiento del sistema político comunista en la Unión Soviética y el del fascista en Italia y Alemania, como alternativas autoritarias produjeron un segundo gran sacudimiento al “dejad hacer, dejad pasar”. La urgencia de resolver los problemas de inflación y de desempleo masivo motivó la revisión teórica de la economía, el desarrollo de un nuevo análisis de las grandes variables, una explicación de fenómenos como la inflación, los ciclos económicos y el desempleo, y la propuesta de una nueva política económica. Había que resolver la recesión en la que el mundo había caído en 1929. Con el análisis de John Maynard Keynes se inicia una nueva etapa de intervención estatal que implica la regulación directa del proceso a través de la política monetaria (que facilitaría crédito y circulante), la fiscal y de gasto público (que disminuiría las cargas impositivas e inyectaría recursos a la economía); con ello se promovería la inversión, creadora de bienes de capital, productora de mayores bienes y servicios, generadora de crecimiento, empleo y riqueza. El mayor volumen de gasto público se cubrió con endeudamiento o manipulación de la oferta monetaria. Si el ciclo económico manifestaba una expansión inconveniente, con sobredemanda de factores y productos con elevación de precios, se recomendaban medidas contrarias.

Se aceptó la “economía mixta” con intervención del Estado como productor en renglones prioritarios y estratégicos, o donde la empresa privada no se interesaba. Las

presiones de los excombatientes que lograron sobrevivir a la catástrofe bélica y que ahora exigían justicia social, las crisis económicas y la proliferación del socialismo propiciaron una legislación protectora y la atención prioritaria a salud, educación y, sobre todo, seguridad social. Junto a los derechos laborales se realizan ahora programas de cobertura de riesgos, servicios médicos y pensiones de retiro. El Estado interviene más y más. En Gran Bretaña se le denomina “Estado de Bienestar”; en los Estados Unidos de América, “Nuevo Trato”. Las políticas descritas no se alteraron sustancialmente después de la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, se agudizaron en Europa occidental por necesidades de su reconstrucción y quedaron vigentes durante la mayor parte del siglo xx. Lo estaban hasta el momento de las reformas de 1983 que dieron origen al artículo 25 que comentamos.

Reconstrucción histórica

La rectoría del Estado en México

Una economía colonial prolongada. México vivió durante tres siglos como colonia respecto a la metrópoli que impuso los dogmas mercantilistas: Nueva España había de proveer el oro y la plata que la monarquía española requería; la ineficiente industria peninsular no había encontrado campo fértil en los difíciles e inciertos tiempos de la Reconquista y resultaba poco competitiva con las del resto de Europa. Pero además fue afectada por la inflación derivada de la entrada de los metales americanos que inhibió aún más su capacidad exportadora. Su situación desventajosa se compensó al asegurar en las tierras americanas un mercado para sus productos elaborados restringiendo las industrias locales. La agricultura mexicana se desarrolló básicamente para proveer a los centros mineros de productos de exportación, los cultivos de plantación los cuales fueron controlados por el monopolio comercial que tenía su sede en Sevilla y que promovía con regulaciones detalladas la economía colonial siempre en el sentido de favorecer los intereses metropolitanos. Toda competencia fue vedada.

Los primeros años de independencia impiden el desarrollo por falta de estabilidad política y carencia de capitales. El liberalismo nace como una reacción al intento conservador de la aristocracia minera, comercial y agrícola del Ejército y de la Iglesia católica de prolongar los privilegios de que gozaban en el régimen colonial. La lucha se centra en poner las bases para una adecuada circulación de la riqueza y de ahí las medidas tomadas para desincorporar los bienes eclesíásticos, muchos de ellos ociosos, y ponerlos a disposición particular para su aprovechamiento. Se advierte que una de las más grandes dificultades para la explotación de los recursos del país es su geografía y el alejamiento de grandes centros de producción de las costas, pero la incertidumbre política y el continuo desorden impiden tomar medidas. Sólo claros talentos: José María Luis Mora, Lucas Alamán y Valentín Gómez Farías, cobran conciencia de la realidad aunque discrepan en cuanto a las soluciones.

Constitucionalismo liberal. El caudal doctrinario del liberalismo, el credo político-económico del siglo XIX, había arraigado hondamente en México e inspirado las instituciones más avanzadas deslumbrando a los representantes de la llamada “corriente del progreso” que desde la independencia venía postulando la abolición de los privilegios heredados por diversos individuos y corporaciones de los siglos coloniales, la edificación de un verdadero Estado mexicano.

En México, el liberalismo triunfó sobre el conservadurismo en la Constitución de 1857, admirable y venerado documento de corte liberal. Pese a las manifestaciones de Ponciano Arriaga, José María del Castillo Velasco, Ignacio Ramírez e Isidoro Olvera, en el sentido de incluir derechos sociales de protección, en el Congreso Constituyente predominó la tesis de que la Constitución sólo debía contener las decisiones políticas fundamentales relativas al federalismo, la república democrática representativa, la división de poderes, la estructura de los mismos y la declaración y garante de los derechos del hombre. Aun cuando la preocupación principal de quienes hicieron la reforma y los autores de la Constitución fue principalmente política, las preocupaciones económicas estuvieron siempre presentes. Fue dentro de esta ideología que se llevó a cabo la desamortización y luego la nacionalización de la riqueza inmueble de la Iglesia, en gran parte inexplorada, con el propósito de poner en circulación las fincas rústicas y crear una clase activa de propietarios productores.

Después de las guerras de reforma y liberada la nación de la intervención extranjera, los gobiernos de Benito Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada, como después el de la autocracia de Porfirio Díaz, encuadraron sus decisiones económicas, que fueron importantísimas para el país, en el marco del liberalismo. Los gobiernos de la Restauración de la República tuvieron una época difícil tratando de contener con la ley en la mano las ambiciones de los caciques locales siempre prestos al levantamiento armado. La prohibición a las corporaciones de tener fincas rústicas se encaminó a dividir la tierra, ponerla a producir y crear una clase de propietarios, promoviendo incluso colonos extranjeros, que nunca llegaron. Con la mejor intención se terminó con el monopolio territorial de la Iglesia y se evitó la propiedad disimulada a través del anonimato de las sociedades. Pero se desposeyó a las comunidades indígenas. El propósito liberal sentó las bases del latifundio. Dejó como obra el ferrocarril México-Veracruz que inició una infraestructura de comunicaciones en un país desfavorecido por la geografía que encarecía el transporte y propiciaba mercados locales.

Tomado el poder, Porfirio Díaz inicia en su larga dictadura la aplicación de un programa liberal. Emprende la tarea de dotar al país de una red ferroviaria que va sentando las bases de la integración política y económica. Se busca aumentar la producción de bienes y servicios y promover la industria con capital extranjero. Se favorecen esas empresas y las grandes concentraciones de tierra. Se impone la paz sin miramientos y se da seguridad a la inversión, pero no hay ninguna atención y ni siquiera preocupación por los sectores populares, alcanzándose niveles de daño social insostenible. El exceso en los privilegios concedidos a particulares extranjeros, que incomodó a buena parte de la burguesía nacional en el norte del país, y la situación desesperada de los hombres del campo explican la Revolución de 1910 y la vehemencia con que el texto constitucional establece el papel del Estado, el nacionalismo económico, el fraccionamiento de los

latifundios, así como el reconocimiento de los obreros como clase y la protección de sus derechos como tales y de sus individuos en lo particular.

Constitucionalismo social. El texto original de la Constitución de 1917 no dejaba dudas sobre el papel del Estado. Implícitamente es un rector de desarrollo: tiene la gestoría de los bienes del dominio directo de la nación; se le faculta para imponer modalidades a la propiedad privada con vistas al interés público y concretamente para fraccionar los latifundios y llevar adelante una legislación laboral; se le faculta además para regular la economía.

Los sucesivos gobiernos siempre entendieron en tal forma el papel de las instituciones y así se practicó. El Estado inicia, lograda la pacificación casi total, un gran programa de irrigación, de construcción de carreteras y organiza el sistema financiero alrededor de un banco central; más adelante lleva el nacionalismo económico con la expropiación petrolera y la aplicación de los preceptos constitucionales relacionados con la reforma agraria. Se adopta, con motivo de la Guerra Mundial, el esquema de sustitución de importaciones con un proteccionismo que impulsa a la industria nacional; el Estado promueve proyectos industriales y la apertura de centros turísticos. Más adelante se nacionaliza el uso de la energía eléctrica y nuclear. Se fundan instituciones para atender sectores prioritarios; se atiende a la infraestructura y se canaliza crédito preferencial.

Si bien los principios estaban bien establecidos sobre las bases constitucionales, la legislación que se fue expidiendo para la atención de sectores particulares fue muchas veces cuestionada por no estar debidamente fundada y obligó a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera una serie de controversias presentadas en juicios de amparo. Invariablemente se reconoció el papel del Estado, aunque en algunos casos se limitó su acción por excederse. De ahí la importancia de que la reforma no sólo definiera claramente el papel del Estado, sino que también quedaran claros los fundamentos y los límites de su autoridad. La crisis de 1982 obligó a reordenar la economía, pero dejó claros los principios de la Constitución de 1917. Se promovió la reforma constitucional y se conformó el capítulo económico.

Neoliberalismo. Hace aproximadamente dos décadas, los principios que habían inspirado la política económica desde la primera postguerra mundial comenzaron a ser cuestionados. En la década de los ochenta y ante la amenaza de una persistente inflación no compensada con crecimiento, que afectó en los setenta a los países industrializados y amenazaba gravemente al sistema económico en su conjunto, las ideas de Friedrich von Hayek y de Milton Friedman, más tarde premios Nobel de Economía, determinaron las políticas de los gobiernos de Margaret Thatcher en el Reino Unido y de Ronald Reagan en los Estados Unidos de América.

Se regresó a los principios del Estado liberal: “Dejad hacer, dejad pasar.” Se critica severamente el modelo keynesiano. Se revalora el libre juego de las fuerzas económicas. Los presupuestos gubernamentales deben nivelarse: los gastos deben corresponder estrictamente a los ingresos. El endeudamiento y el gasto excesivo ge-

neran recursos inflacionarios. La estabilidad y no el empleo es la meta. No debe rebasarse la “tasa natural de desempleo” que cada país tiene y no debe disminuirse al punto de “sobrecalentar” la economía y producir inflación. La intervención del Estado es dañina porque además de no resolver los problemas del ciclo económico los agrava; los ciclos económicos expansión-depresión se corrigen por el funcionamiento mismo del mercado.

El Estado debe reducir su tamaño, vender las empresas que adquirió en la época de la economía mixta y sujetarse a una estricta disciplina monetaria y fiscal. Para remediar los excesos intervencionistas debe liberar a la economía de la camisa de fuerza que le ha impuesto; debe desregular, o sea, derogar toda aquella normatividad que afecte el libre juego de las fuerzas naturales de la economía.

Los principios del neoliberalismo se presentan con la contundencia de los dogmas católicos: el libre mercado es la determinación del precio por la oferta y la demanda, tanto de los bienes y servicios producidos como de los factores de producción que intervienen en su elaboración. Nada debe interferir en la formación y la operación de dichos mercados. Ningún ingreso debe permitirse que no provenga de las ventas de bienes y servicios. Ni precio, ni oferta, ni demanda deben ser fijados o regulados. Los principios se aplican tanto a la economía interna como a la internacional. La intervención estatal sólo se justifica para que los mercados puedan operar con libertad en la forma indicada.

Esta tesis es defendida hoy con vigor por Estados Unidos de América, Gran Bretaña, el Fondo Monetario Internacional y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Se ha extendido con matices a todo el mundo industrializado. Se le aplica sin considerar las circunstancias particulares de economía, política y sociedad de cada país, ni su nivel de desarrollo. El hundimiento del Estado socialista de corte soviético aceleró la aceptación de la nueva concepción de la economía. Los resultados de la aplicación de tal política son cuestionables: en todos los países —desarrollados y en desarrollo— se ha agudizado la concentración de la riqueza, sin que haya disminuido sensiblemente el número de pobres y han surgido, o espectacularmente aumentado problemas de desintegración social.

Las protestas se multiplican, pero carecen hasta el momento de una propuesta general, y sólo se proponen reformas parciales, muchas de ellas inalcanzables por la fuerza y cohesión del sistema vigente, o planteamientos ideales que no pasan del ámbito meramente emotivo. México aceptó el nuevo sistema como base de su política económica en los tres últimos sexenios presidenciales (1988-1994, 1994-2000 y 2000 a la fecha, transcurridos de este último, cinco años). En su Informe Anual sobre el Desarrollo del Mundo, en 1997, el Banco Mundial escogió el tema “El Estado en un mundo cambiante”, que hasta hoy es la posición centrada respecto a los extremos de la polémica. En él, hace de entrada un reconocimiento contundente:

El desarrollo —económico, social y sustentable— es imposible sin un Estado efectivo. Se ha venido reconociendo cada vez más que un Estado efectivo —no un Estado reducido— es factor central al desarrollo económico, pero más como socio y facilitador que como rector.

Los estados deben hacer esfuerzos mayores para complementar los mercados para facilitarlos. Un rico conjunto de experiencias muestran la importancia de buenas políticas económicas (incluyendo la promoción de la estabilidad macroeconómica), capital humano bien formado y apertura a la economía mundial, para un crecimiento más amplio y sostenido.

El informe plantea evaluar la capacidad de cada Estado, los recursos de todo tipo con que cuente y el medio social; una vez hecho eso, aumentar tal capacidad dando vigor a las instituciones públicas mediante una serie de acciones. El informe presenta un panorama nuevo y sugerente. La liga del Banco Mundial con el gobierno de los Estados Unidos de América y, por ende, con el capitalismo conservador obliga a tomar con reservas estas nuevas actitudes que pudieran abrir nuevos caminos de entendimiento entre países pobres y países ricos.

Análisis exegético

El texto vigente del artículo 25 constitucional proviene de las reformas hechas en el año de 1983 a que antes nos referimos; posteriormente ha recibido varias: por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999 para incluir el concepto de sustentabilidad del desarrollo; por decreto publicado el 5 de junio de 2013 para incluir la competitividad como medio para fortalecer la soberanía de la nación y el régimen democrático, e implementar una política nacional de desarrollo industrial que incluya vertientes sectoriales y regionales; por decreto publicado el 20 de diciembre de 2013, que creó las empresas productivas del Estado, a cargo en forma exclusiva del sector público, para llevar a cabo las actividades, reservadas a la nación, de planeación y control del sector eléctrico nacional, del servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos; por último, por decreto publicado el 26 de mayo de 2015 para incluir la obligación estatal de vigilar la estabilidad de las finanzas y del sistema financiero.

El artículo 25 establece la función de rectoría del desarrollo económico por parte del Estado, las características y los fines de éste, las facultades que tiene aquél para desarrollar su función respecto a la actividad económica y la participación de los diversos sujetos del desarrollo económico, así como la ubicación del papel del Estado entre ellos.

Rectoría

Atendiendo al significado semántico de las palabras, encontramos lo siguiente en el *Diccionario de la Real Academia Española*: Rectoría significa “empleo, oficio o jurisdicción del rector” y por éste se entiende quien “rige o gobierna, superior a cuyo cargo está el gobierno o mando de una comunidad”. Regir significa “dirigir, gobernar o mandar, guiar, llevar o conducir una cosa” y Gobernar “mandar con autoridad o regir una cosa, guiar y dirigir” como “gobernar la nave”. El concepto se refiere a la función de uno en relación con la actividad de otros aunque no excluye la participación de la propia.

Facultades estatales para el ejercicio de la rectoría

La rectoría se ejercita a través de determinadas facultades que el propio artículo autoriza. El texto señala las facultades de planear, conducir, coordinar, orientar, regular y fomentar (párrafo segundo). La facultad relevante es desde luego la de regular, lo que significa normar. Toda la actividad rectora del Estado debe desempeñarse en los términos que establezca la ley y ésta debe estar de acuerdo con la Constitución, es decir, respetar el régimen de libertades y sujetarse a las facultades expresas que forman el capítulo económico al que antes referimos y del que el artículo 25 es el punto de partida.

Seguidamente se obliga al Estado a planear. A ello se refiere el artículo 26 que establece que tal planeación sea democrática y obviamente sujeta a la ley. Las facultades de conducir y orientar están muy ligadas a la planeación, ya que se refieren al camino que deben seguir las actividades y esto debe quedar debidamente considerado, razonado e incluido en el Plan Nacional de Desarrollo.

Fomentar implica alentar la creación de una nueva actividad o incrementar la ya existente mediante los medios crediticios o fiscales, o de otras ventajas que se consideren necesarios. Corresponde a las leyes particulares el determinar qué sectores de la economía merecen mayor atención y los señalamientos necesarios para inducir estímulos. La coordinación se refiere a la forma como se unen los esfuerzos y se dividen tiempos y tareas para un fin, y se ubica tanto en la actividad reguladora como en la planeación. Todas estas facultades deben ejercerse dentro del marco legal.

Desarrollo

Concepto. Por desarrollo se entiende, según el *Diccionario de la Real Academia Española* “acción y efecto de desarrollar”, que a su vez significa “acrecentar, dar incremento a una cosa del orden físico, intelectual o moral”; calificado de económico, el desarrollo sería el incremento de la actividad social de producción, circulación, distribución y consumo de bienes y servicios.

El desarrollo se ha considerado siempre como un crecimiento del todo en cada una de sus partes y no de una de ellas aislada. Así se entiende en las ciencias biológicas, que consideran los organismos en el conjunto de sus componentes que crecen cada uno en su composición y funciones. En ese mismo sentido han tomado el concepto las ciencias sociales. El desarrollo económico no es simple crecimiento, sino un proceso de acrecentamiento de la actividad económica en beneficio de todos los sujetos que participan en él y no de unos en detrimento de los demás.

El concepto estaba implícito en los artículos 27 y 123 de la Constitución desde sus textos originales. Fue entendido así por los gobiernos mexicanos a partir de 1917: aumento en la cantidad de bienes y servicios a disposición de la sociedad; mejora en su ingreso mediante el óptimo aprovechamiento de los recursos naturales; incremento de la actividad económica; aumento en la producción y en la capacidad productiva de los diversos sectores, y dotación de la infraestructura necesaria. Todo ello, encaminado

a lograr una más equitativa distribución del ingreso. La mejora no se limitó a lo puramente material, sino que se consideró lo educativo cultural y cívico.

Toda la actividad desarrollada —cuyos resultados son obviamente dispares y sujetos a una evaluación que no corresponde hacer aquí— se hizo teniendo como base tal concepto. De ello son testimonio los anales de los gobiernos, las reformas constitucionales que se ha considerado necesario hacer y la legislación que de ellas ha venido derivando.

México había así señalado su propio camino y emprendido la tarea, antes de que terminada la Segunda Guerra Mundial los países industrializados —las democracias occidentales, que absorbieron a las anteriores potencias fascistas y militaristas en sólido bloque— descubrieran la existencia de un “tercer mundo” que requería imperativamente un “desarrollo económico”, para evitar su inclinación por el poco mencionado “segundo mundo”, el comunista. Una nueva rama de la economía, la “economía del desarrollo”, se gesta y conforma. Sus definiciones de desarrollo económico no alcanzan la plenitud del concepto que ya entonces estaba claro y se manejaba correctamente en el discurso político y académico mexicano. Las reformas de 1983 recogen el concepto en el artículo 25.

Características. El desarrollo debe ser (párrafo primero):

- 1°. Integral: Que beneficie a todos los sectores productivos, a todos los estratos poblacionales y a todas las regiones.
- 2°. Sustentable: Que se logre en forma permanente y equilibrada con un uso adecuado de los recursos, que permita su aprovechamiento a la vez que se asegure su conservación evitando el agotamiento.

La exigencia de que el desarrollo sea sustentable se adicionó al texto original por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999. Se añadió con la misma fecha la fracción XXIX-G al artículo 73, para ejercer la facultad concurrente con estados y municipios en materia de preservación al ambiente y restauración del equilibrio ecológico. El concepto de “sustentabilidad” se reconoce universalmente a partir de la declaración de Río en 1992. Ésta a su vez deriva del llamado Informe Brundtland finalizado en 1987 por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, a su vez creada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Se define, por acuerdo internacional al cual se ha adherido México, como: “El desarrollo sustentable es un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades”. La denominación de las conclusiones del grupo honra el nombre de quien presidió la Comisión, la científica Gro Harlem Brundtland. El concepto se identifica plenamente con el que México tiene de su propio desarrollo que como sostenible debe ser equitativo y respetuoso del medio ambiente: lograrse en beneficio general atendiendo a las necesidades particulares de los grupos menos favorecidos, pero siguiendo una política de conservación del medio ambiente y de los recursos aprovechables que deberán ser preservados para las generaciones que vienen.

El artículo 27 ya contenía el deber estatal como representante de la nación de “regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”. En 1988, se promulgó la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; respuesta inmediata a los compromisos internacionales a partir de la Declaración de Río fue la creación en 1994 de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales como responsable de los programas generales en la materia.

En tercer término, el desarrollo debe permitir el ejercicio de la libertad de individuos, grupos y clases sociales mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo, una más justa distribución del ingreso, la riqueza y la competitividad. El concepto de competitividad se incluyó como una de las condiciones para lograr no solamente el crecimiento económico, sino también un mayor equilibrio interno, un desarrollo regional equitativo, la creación de empleos y la disminución de la pobreza. Implica el uso eficiente de los recursos. Si los recursos productivos se utilizaran en una forma tal que fueran óptimamente aprovechables, se abriría la posibilidad de obtener con ellos bienes y servicios en cantidad y calidad superiores.

El mundo está viviendo una etapa de constante interrelación entre los estados-nación en todos los órdenes. Esta situación presenta retos y oportunidades. Por ello, México requiere una mayor eficiencia en todos los procesos productivos y una concurrencia efectiva a los mercados internacionales que beneficie a la economía interna. Todos los índices internacionales señalan que México ha perdido competitividad y que por tanto requiere un mayor ajuste en sus políticas tributaria, educativa, de ciencia y tecnología, industrial y laboral, logística y de comunicaciones. El problema que se presenta rebasa lo puramente económico y por tanto exige la elaboración de una política general que atienda los diversos sectores que concurren en la producción de bienes y servicios; una mayor eficiencia interna permitiría obtener mayor cantidad y calidad en la producción con recursos internos y un mayor beneficio para el consumidor final.

Fines. Se exige del desarrollo:

- 1°. “Que fortalezca la Soberanía de la Nación”: en tanto que una economía débil se traduce en dependencia y pérdida en la libertad de tomar decisiones propias.
- 2°. Que fortalezca el “régimen democrático”: dado que no hay una verdadera democracia mientras se presenten los desniveles económicos extremos.
- 3°. Que “mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución”.

Se es congruente con el concepto de democracia integral, inscrita en el artículo 3° por reforma del 30 de diciembre de 1946, que se define como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. El desarrollo queda así calificado por sus fines sociales.

Sujetos de la actividad productiva

Economía mixta. El propio artículo establece los sujetos de actividad productiva, que pueden extenderse a la distributiva de bienes y servicios.

Se reconocen tres unidades productivas: la empresa privada, la organización social (ejidos, cooperativas de producción y sociedades con fin económico de todo tipo) y el Estado mismo. Un régimen de este tipo se identifica como “economía mixta”. El término trata de enunciar un sistema distinto, por una parte, de la economía “pura” de mercado, caracterizada por su desarrollo a base de la empresa privada y, por la otra, de la economía centralizada, practicada en los países comunistas, donde no hay propiedad privada, ni mercado libre, y todas las decisiones económicas son del Estado que es también el único productor de bienes y servicios.

El Estado queda acotado a fin de asegurar su manejo en determinadas fuentes de riqueza o actividades, sin inhibir la iniciativa particular. Al desarrollo económico nacional concurren con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la nación (tercer párrafo).

Sector público. Corresponden a éste de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan (cuarto párrafo).

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo (párrafo quinto). Se adjudica claramente al Estado, en forma obligatoria por la Constitución, la función de “productor” en el proceso económico igualándolo económicamente a la empresa privada, pero sólo para renglones específicos. Se distingue su participación según se trate de:

Áreas estratégicas o de áreas prioritarias. El sector público —dice el párrafo cuarto—, tendrá a su cargo de manera exclusiva las áreas estratégicas, que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Dichas áreas son (párrafo cuarto del artículo 28):

- Correos, telégrafos y radiotelegrafía;
- Petróleo y los demás hidrocarburos;
- Petroquímica básica;
- Minerales radioactivos;
- Generación de energía nuclear;
- Generación, distribución y abasto de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público (art. 27, párrafo sexto);
- Acuñación de moneda y emisión de billetes (art. 28, párrafo séptimo), y
- Las demás que expresamente señale el Congreso de la Unión.

Esta última posibilidad es criticable, ya que deja abierta la puerta al Congreso para “nacionalizar” áreas, siendo que esta tarea había quedado definida dentro de la Constitución en la disposición antes mencionada. Donde se había logrado enorme seguridad jurídica por fijar la Constitución expresamente en las actividades restadas a la economía, queda abierta la incertidumbre. La creciente influencia de la sociedad civil en los legisladores marcará el uso de un texto peligroso.

Se establecen como áreas prioritarias en el artículo 28 los ferrocarriles y la comunicación vía satélite. De acuerdo con el artículo 25, en ellas el Estado podrá participar por sí o con los sectores sociales y privado. Al ejercer su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación; al otorgar concesiones o permisos, mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

Sector social y privado. Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente (art. 25, párrafo sexto). Aquí, la actividad del Estado es claramente promotora y reguladora.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizadores de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y en general, a todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios (art. 25, párrafo séptimo).

En especial, por su rezago e importancia y por ser un complemento no logrado aún de la reforma agraria, se contiene una mención particular al desarrollo rural (art. 27, frac. X):

El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional y fomentará la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Asimismo, expedirá la legislación reglamentaria para planear y organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y promoverá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece la Constitución (último párrafo). Al hablar la Constitución del Estado mexicano se refiere al conjunto del sistema político normado o sea Federación, estados, Distrito Federal y municipios. La responsabilidad del desarrollo es total y debe realizarse de acuerdo con el régimen de competencias que establecen los artículos 124, 122, 115 y 116, y otras disposiciones relacionadas.

Constituciones extranjeras

La Constitución de la República Alemana (1919). Es bien sabido que la Constitución mexicana de 1917 cambió la perspectiva del constitucionalismo universal. Lo más

relevante es que fue seguida por la Constitución alemana de 1919, universalmente conocida como Constitución de la República de Weimar por haber sido promulgada en esa ciudad; aunque tuvo poca vigencia al ser derogada por el nazismo, a partir de 1933 su influencia como modelo del reconocimiento, en las cartas fundamentales, de los derechos sociales y de una nueva función del Estado, en el proceso económico del siglo XX, fue universal. Esa Constitución de Weimar se divide en dos partes: la primera dedicada a la organización y funciones del Estado y la segunda a los derechos y deberes fundamentales de los alemanes.

Es de la sección V de la segunda parte donde se dedica el articulado a la vida económica. Parte de la declaración de que “la organización de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia y conformarse para asegurar a todos una vida digna de un ser humano” (art. 151). Garantiza el derecho de propiedad y lo restringe sólo en caso de utilidad pública y mediante indemnización, pero admite que dicho derecho implica obligaciones para el propietario y debe servir al bien común (art. 153). Prescribe que la distribución del uso de la tierra debe ser supervisada por el Estado a fin de prevenir abusos y de asegurar la vivienda a cada alemán y a todas las familias; que el cultivo y la óptima utilización de la tierra rural es un deber del propietario hacia la comunidad; los viejos privilegios concedidos por la realeza pasarán al gobierno de la República; todas las riquezas del suelo y las fuentes naturales de energía que tengan valor económico deben quedar bajo el control del Estado (art. 155).

El Estado puede, por medio de leyes, y siempre mediante la compensación correspondiente, transferir a la propiedad pública negociaciones privadas que sean adecuadas para la socialización y puede, en caso de necesidad y para satisfacer los intereses de la comunidad, obligar a las negociaciones privadas a combinarse con la gestión pública a fin de desarrollar los factores de producción de la nación; puede así regular la producción, distribución, consumo y precios de los bienes y servicios producidos (art. 156). El trabajo se declara bajo la protección del Estado, la libertad de asociación y la mejora de las condiciones de trabajo quedan garantizadas (arts. 157 y 159). Se hace un llamado a patrones y trabajadores para pactar las mejores condiciones de trabajo y el desarrollo de las fuerzas de producción; se prevén las autoridades de conciliación y arbitraje (art. 165). El Estado se compromete a iniciar en las instancias necesarias la regulación internacional de las condiciones de trabajo con vistas a asegurar un mínimo universal de derechos sociales (art. 162).

La Constitución de la República de Irlanda (1937). En el agrupamiento de artículos relativos a los derechos fundamentales destaca un apartado dedicado a la propiedad privada donde se inscribe el principio de la propiedad social y de la intervención del Estado. En otro agrupamiento, bajo el rubro de “Principios Rectores de la Política Social” se establecen: la obligación del Estado de esforzarse en el bienestar material y el aseguramiento de medios de sobrevivencia a la población, el reparto equitativo de la propiedad y el control de los recursos materiales; el desarrollo de la libre competencia sin concentraciones perjudiciales al conjunto social y el control del crédito en beneficio social; se encomienda al Estado favorecer a la iniciativa privada pero, llegado

el caso, suplirla; velar por una gestión empresarial eficiente y apartada de toda explotación injusta y garantizar la protección a las capas sociales más vulnerables.

La Constitución de la República Italiana (1947) dedica el Título III de la primera parte de su articulado a las relaciones económicas; establece el principio de la propiedad social y la protección al trabajo y a la organización laboral; los derechos individuales y colectivos del trabajo; el principio de la función social de la propiedad y la facultad de limitarla mediante la expropiación, la regulación de las herencias y las modalidades a la propiedad rural; asimismo, reconoce al sector social y las actividades que debe fomentar el Estado.

La Constitución del Reino de España (1978) ofrece, dentro del Título I dedicado a “Derechos y Deberes Fundamentales”, el capítulo tercero a “Los Principios Rectores de la Política Social y Económica”. En él establece la obligación de los poderes públicos de promover el progreso social y económico, la mejor distribución de la renta y el pleno empleo con estabilidad; velar por la utilización racional de los recursos naturales; defender a los consumidores, y regular las asociaciones profesionales en defensa de intereses económicos. El Título VII dedicado a “Economía y Hacienda” establece la propiedad con función social y la iniciativa pública en la actividad económica; la promoción del sector social e incluso del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción; la modernización y desarrollo de todos los sectores, y la facultad estatal de planeación.

La Constitución de la República de Portugal (1976) dedica su Décima Parte a la Organización Económica. Establece como principios generales: subordinación del poder económico al poder político democrático; economía mixta (sector público, privado y social); apropiación colectiva de los medios de producción, planeación democrática y participación democrática de los trabajadores y cooperativas. Se señalan las tareas prioritarias del Estado: promover la elevación del bienestar; corregir las desigualdades; asegurar el buen uso de las fuerzas productivas; orientar el desarrollo equilibrado a fin de reducir desigualdades; asegurar la libre concurrencia y competencia; eliminar los latifundios; asegurar la participación de los trabajadores en las decisiones económicas y proteger a los consumidores. Se reconoce la economía mixta. Se regulan los planes de desarrollo y se establecen las bases de la economía agrícola, comercial e industrial, así como las del sistema financiero y fiscal.

La Constitución de la República de Corea (1987) dedica su capítulo X a la economía estableciendo la libertad económica y la regulación y coordinación como facultades del Estado; la propiedad nacional del subsuelo, los recursos minerales y la energía; asigna a aquél la tarea de procurar llevar a la práctica el principio de que la tierra sea de quienes la trabajan, de imponer modalidades a la utilización, desarrollo y preservación de la misma; le encomienda la planeación del desarrollo; asimismo, el estímulo a las economías regionales, la protección y el fomento a la pequeña y mediana empresa,

a las organizaciones del sector social; le encomienda además procurar estabilizar los precios de los alimentos y la protección al consumidor; el estímulo y regulación del comercio exterior y la atención de necesidades urgentes, así como la promoción de la ciencia y la tecnología.

La Constitución de la Confederación Suiza (1999) dedica su Título Tercero a la “Confederación, Cantones y Comunas”; en el capítulo segundo establece las competencias y dedica la sección siete a la economía. Establece el principio de la libertad económica, la protección del sector privado, la libre concurrencia con prohibición de actividades y prácticas que la impidan, la protección de los consumidores, la independencia del banco central, los objetivos de la política coyuntural (empleo, desarrollo económico regional), las medidas restrictivas que por necesidad puede tomar el Estado derogando la libertad económica y la protección de la agricultura.

La Constitución de la India (reformada en 1995) dedica su Parte IV a los “Principios Rectores de la Política Estatal”. El Estado debe promover el bienestar del pueblo, procurar reducir las desigualdades entre individuos y grupos, una distribución de los recursos materiales que sirva al interés común; evitar concentraciones de riqueza y medios de producción que dañen a la comunidad; proveer protección a grupos vulnerables; otorgar derechos y seguridad social y procurar la participación de los trabajadores en las empresas, organizar y fomentar la agricultura y las ganaderías.

La Constitución de la Nación Argentina (1994) atribuye al Congreso de la Federación proveer lo conducente a la prosperidad, la promoción industrial y la atracción de capital extranjero; al desarrollo humano, progreso económico con justicia social, productividad de la economía nacional, generación de empleo, formación profesional de los trabajadores, defensa del valor de la moneda, investigación y desarrollo científico y tecnológico; al crecimiento armónico de la nación le encomienda promover políticas diferenciales que tiendan a equilibrar el desarrollo regional por razones de interés social.

La Constitución de la República Federal del Brasil consagra el principio de la propiedad con función social (art. 5, frac. XXII). Autoriza al Congreso a expedir planes de desarrollo (art. 48, frac. II y IV). El Título VII, “Del Orden Económico y Financiero”, dicta los principios generales de la actividad económica (Capítulo Primero), otorgando las garantías esenciales de la economía de mercado y previendo la regulación del capital extranjero. Preserva a la nación el subsuelo y los energéticos, y declara monopolio del Estado la exploración, explotación y transporte de hidrocarburos y minerales. Se prevén acciones estatales para promover el turismo.

La Constitución de Colombia (1991 con reformas de 1997) dedica su Título XII “Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública”. Declara la propiedad estatal del subsuelo y de los recursos estatales no renovables; establece la dirección general de la economía por el Estado con facultades de intervención en la explotación de recursos natu-

rales, uso de suelo y en el mercado de bienes y servicios para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida y el equilibrio en el ingreso (capítulo primero); establece la planeación (capítulo segundo) y lo liga a la presupuestación (capítulo tercero); consagra la finalidad social del Estado y los servicios públicos con vistas al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población (capítulo quinto).

Bibliografía

- CÁRDENAS, Enrique (comp.), *Historia económica de México*, tomo V, México, FCE, 1994.
- , *La hacienda pública y la política económica (1929-1958)*, México, El Colegio de México, FCE, 1994.
- , *La política económica de México (1959-1954)*, México, El Colegio de México/FCE, 1996.
- DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, México, Porrúa, 1986.
- , *El régimen constitucional de la economía mexicana. Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- , “Comentarios a los artículos 25 y 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, en *Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1985.
- GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, capítulos II y XXV, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2001.
- PATÍÑO MANFFER, Ruperto, “Comentarios al artículo 28 constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.
- ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123*, Comisión Editorial CEN-PRI, 1984.
- SUÁREZ DÁVILA, Francisco, “El proyecto económico de nuestra Constitución Política”, en *Examen*, año XI, núm. 135, febrero de 2001.
- VALADÉS, Diego, “Comentarios al artículo 27 constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.

Artículo 25

Trayectoria constitucional

25 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 3-II-1985

LII LEGISLATURA (1-IX-1983/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1983/30-XI-1988

Con la reforma, este artículo pasó a ser el tercer párrafo del artículo 16. En la nueva redacción del artículo se estableció la rectoría del desarrollo nacional y su respectiva correspondencia con el Estado.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 28-VI-1999

LVII LEGISLATURA (1-IX-1997/31-VIII-2000)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se establece el desarrollo nacional sustentable.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 5-VI-2013

V LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforman el párrafo primero y el último del artículo. En el primer párrafo, se establece la rectoría del desarrollo nacional y su correspondencia con el Estado; se cambia el sentido del párrafo octavo, al eliminar de su redacción a los sectores sociales, agrarios, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, toma todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-XII-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforman y aumentan los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo, en donde se establece que el Estado tendrá que sujetarse a lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional, que igualmente se reforma.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 26-V-2015

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se adiciona un segundo párrafo en el que se establece la vigilancia del Estado sobre la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero.

Artículo 26

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Al igual que algunos otros artículos constitucionales, la introducción aquí presentada hace referencia al artículo 26 constitucional redactado en 1917. En este sentido, será a través de la óptica del comentarista que se hará un análisis de lo contemplado en artículo 26 a partir de 1985. Bajo este orden de ideas, el artículo 26 original rezaba:

En tiempo de paz, ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular, contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra, los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Las milicias nacionales hicieron su aparición en América hacia finales del siglo XVIII, como resultado de los intentos de la Corona española por evitar que América cayera en manos de los franceses, como había ocurrido con la propia península. Años más tarde estas milicias serían de gran utilidad a la monarquía para combatir a los grupos insurgentes, durante la independencia de México. En ese periodo, debido a la inexistencia de un organizado sistema de defensa nacional, fue común que al enviar a las tropas a puntos estratégicos para la defensa del territorio, fueran los propios habitantes de los pueblos, villas y ciudades quienes hospedaran a los soldados e incluso los alimentaran como un servicio patriótico.¹

¹Sobre estos temas véase Juan Ortiz Escamilla (coordinador) *Fuerzas militares en Iberoamérica siglos XVIII y XIX*, México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2005. Óscar Cruz Barney, “Notas para una historia del derecho militar mexicano”, en *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, IJ-UNAM, México, 2000

26

Sumario Artículo 26

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	453
Texto constitucional vigente.	456
Comentario José Gamas Torruco Marco teórico conceptual.	459
Reconstrucción histórica	461
Exégesis.	464
Constituciones extranjeras	470
Bibliografía	471
Trayectoria constitucional	473

Las quejas no se hicieron esperar por los muchos abusos cometidos por las tropas acantonadas en las poblaciones. Por esta razón, a la par que se transformaba el sistema de impartición de justicia, el cual en el Antiguo Régimen no tenía problemas con perseguir delitos en el interior de los domicilios, sin restricción alguna, se buscó hacer de la casa un asilo inviolable al cual sólo se tendría acceso, por parte de las autoridades, bajo una orden judicial. Para el caso mexicano uno de los primeros antecedentes sobre la materia lo tenemos en los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón, de 1812, pues en el punto 31 señaló que a todo ciudadano se debía respetar su casa como “asilo sagrado”.²

Si bien este antecedente hacía referencia a los casos de cateo, sirvió para construir y fortalecer el derecho de inviolabilidad de los domicilios y de no ser molestado en ellos. Mismo señalamiento apareció en el artículo 306 de la Constitución de Cádiz donde se señaló que a ningún español se le podría allanar su domicilio. No obstante, sus artículos 8º y 338 señalaron que todo español estaría obligado a contribuir “en proporción de sus haberes” y “sin distinción alguna” a los gastos del Estado.³ Un año más tarde, en 1813, en Los Sentimientos de la Nación se volvió contemplar el que a toda persona deberían respetársele sus propiedades y su casa como “asilo sagrado”.⁴ Mismo señalamiento se conservó en el Reglamento Provisional Político de 1822 elaborado por Agustín de Iturbide.

No obstante, a pesar de estos señalamientos el ejército continuó manteniendo el derecho de ser alojado y alimentado en los domicilios de particulares en momentos de guerra. Al respecto sólo se buscó que el Poder Legislativo se encargara de promover los reglamentos y leyes necesarias para organizar, armar y disciplinar a la milicia de los estados, como se estableció en el Acta Constitutiva de la Federación de 1824, en su artículo 13, fracción XVI.⁵ Por su parte, el primer Proyecto de Constitución de 1842 si bien dedicó su título VII⁶ al ejército, tampoco legisló en la materia de ocupación de domicilios o manutención de las tropas. Antes bien, las propias Bases Orgánicas de la República Mexicana puntualizaron en su artículo 14 la obligación de los mexicanos de contribuir a la defensa y los gastos de la nación.⁷ Temas en los que se podía vincular la responsabilidad para con los miembros del ejército. No fue sino hasta la Constitución Política de la República Mexicana, de 1857, cuando se contempló de forma directa la regulación del alojamiento de militares. En su artículo 26, dicho ordenamiento señaló lo siguiente:

²Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

³Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

⁴José María Morelos, *Sentimientos de la Nación*, 1813, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>.

⁵Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

⁶Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

⁷Bases Orgánicas de la República, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>.

En tiempo de paz ningún militar puede exigir alojamiento, bagaje ni otro servicio real ó personal, sin el consentimiento del propietario. En tiempo de guerra sólo podrá hacerlo en los términos que establezca la ley.⁸

Este fue el antecedente directo constitucional del artículo 26 de la Constitución de 1917. Si bien durante el Segundo Imperio (1863-1867) la Constitución quedó suspensa en parte, no por ello este nuevo lineamiento en materia militar quedó al margen. El propio Maximiliano de Habsburgo promulgó en 1865 un Estatuto Provisional del Imperio en cuyo artículo 48 señaló que la autoridad militar respetaría y auxiliaría a la autoridad civil y “nada podrá exigir a los ciudadanos, sino por medio de ella”.⁹ Tras la llegada al fin del Imperio de Maximiliano, la Constitución del 57 retomó toda su vigencia y aplicación en el territorio nacional. Así, el artículo 26 sufrió modificaciones cuando en 1917 se promulgó la nueva Constitución. El peso de la milicia en ese momento quedó manifiesto en el agregado al artículo constitucional que, si bien conservó el señalamiento de que, en tiempos de paz, el ejército no podría alojarse en casa particular ni imponer prestación alguna, también ordenó que en tiempos de guerra los militares podrían exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que estableciera la ley marcial correspondiente.

⁸Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

⁹Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

Artículo 26

Texto constitucional vigente

26 *Artículo 26.*

- A.** El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.¹⁰

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.¹¹

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.¹²

En el sistema de planeación democrática y deliberativa, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.¹³

- B.** El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales. Para la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, los datos contenidos en el Sistema serán de uso obligatorio en los términos que establezca la ley.¹⁴

¹⁰Párrafo reformado, *DOF*: 05-06-2013.

¹¹Párrafo reformado, *DOF*: 10-02-2014.

¹²Párrafo reformado, *DOF*: 05-06-2013.

¹³Párrafo reformado, *DOF*: 10-02-2014.

¹⁴Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

La responsabilidad de normar y coordinar dicho Sistema estará a cargo de un organismo con autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios, con las facultades necesarias para regular la captación, procesamiento y publicación de la información que se genere y proveer a su observancia.

El organismo tendrá una Junta de Gobierno integrada por cinco miembros, uno de los cuales fungirá como presidente de ésta y del propio organismo; serán designados por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o en sus recesos por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

La ley establecerá las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de acuerdo con los principios de accesibilidad a la información, transparencia, objetividad e independencia; los requisitos que deberán cumplir los miembros de la Junta de Gobierno, la duración y escalonamiento de su encargo.

Los miembros de la Junta de Gobierno sólo podrán ser removidos por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de los no remunerados en instituciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia; y estarán sujetos a lo dispuesto por el Título Cuarto de esta Constitución.

El organismo calculará en los términos que señale la ley, el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores.¹⁵

Las obligaciones y supuestos denominados en Unidades de Medida y Actualización se considerarán de monto determinado y se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional. Al efecto, deberá multiplicarse el monto de la obligación o supuesto, expresado en las citadas unidades, por el valor de dicha unidad a la fecha correspondiente.¹⁶

- C.** El Estado contará con un Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, a cargo de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como de emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones.

El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social estará integrado por un presidente y seis Consejeros que deberán ser ciudadanos mexicanos de reconocido prestigio en los sectores privado y social, así como en los ámbitos académico y profesional; tener experiencia mínima de diez años en materia de desarrollo

¹⁵Párrafo adicionado, DOF: 27-01-2016.

¹⁶Párrafo adicionado, DOF: 27-01-2016.

social, y no pertenecer a algún partido político o haber sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular. Serán nombrados, bajo el procedimiento que determine la ley, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados. El nombramiento podrá ser objetado por el presidente de la República en un plazo de diez días hábiles y, si no lo hiciere, ocupará el cargo de consejero la persona nombrada por la Cámara de Diputados. Cada cuatro años serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El presidente del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El presidente del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Comparecerá ante las cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.¹⁷

¹⁷ Apartado adicionado, *DOF*: 10-02-2014. Artículo reformado, *DOF*: 03-02-1983, 07-04-2006.

Artículo 26

Comentario por **José Gamas Torruco**

Marco teórico conceptual

26

La planeación del desarrollo

El artículo 26 constitucional contiene la facultad del Estado para organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo, los propósitos objetivos y fines de la misma, su carácter participativo, los requerimientos de los planes que resulten del procedimiento y los órganos encargados de la elaboración de los mismos.

El artículo 26 es el segundo del Capítulo Económico y encuentra su origen en la función que el artículo anterior, el 25, confiere expresamente al Estado para ejercer la rectoría de la economía a través de una serie de facultades, siendo una de las más destacadas la de planeación.

Es después de la Segunda Guerra Mundial cuando empieza a utilizarse la expresión “desarrollo económico”. México venía ya practicándolo como política desde la década de los veinte tan pronto como el Gobierno de la República pudo pacificar a la mayor parte de los caciques militares rebeldes que se habían constituido en verdaderos feudos locales como secuela inevitable de la Revolución.

Los economistas parten de la observación de que los nuevos países que acceden a la independencia en Asia y África, así como los del continente americano que ya llevan más de un siglo de haberla alcanzado, tienen un grado de ingreso, riqueza y equilibrio sectorial notablemente inferior al de las democracias occidentales. Este Primer Mundo se preocupa enormemente de lo que ahora se llama el Tercer Mundo para evitar que el “Segundo Mundo”, el comunista, gane la batalla doctrinaria y política. Una nueva asignatura aparece y se le denomina “economía del desarrollo”. Teóricamente se observan diferencias sustanciales entre los dos modelos económicos y se concluye que las reglas que está siguiendo el primero no son aplicables al “Tercer Mundo”.

Se plantea la necesidad de acumular capital, aportar tecnología mejorar el elemento humano y estar conscientes que en virtud de las enormes diferencias de las economías, las fórmulas vigentes en los países desarrollados no son necesariamente aplicables y exigen la elaboración de otras. En ello el Estado tiene un papel preponderante en los países en vías de desarrollo.

Un buen número de economistas formaron parte de la escuela desarrollista: Albert Hirshman, Arthur Lewis, Hunas Myrdal, Raúl Prebisch (con tremenda influencia en América Latina), Paul Rosenstein Rodan y Mak Singer.

En el continente americano la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) predicaban la necesidad de un Estado bien orientado y enérgico, un necesario proteccionismo que favorezca el desarrollo industrial basado en la sustitución de importaciones y en medidas keynesianas aplicadas con prudencia para favorecer el crecimiento, reforzando la demanda de los sectores populares.

La planeación se plantea como necesidad. Se le dan fundamentos teóricos y se le elaboran reglas. Casi todos los países en desarrollo la aceptaron y actuaron dentro de la economía mixta.

Los esquemas de desarrollo diseñados para los países del Tercer Mundo, aunque sentaron las bases industriales de muchos de ellos, no dieron los resultados esperados. Aplicación extrema y torpe de las políticas keynesianas, populismo, mala administración, sobre todo irresponsabilidad fiscal, dañaron la creación de una industria que en muchos casos resultó ineficiente y no competitiva, una vez que los mercados mundiales se abrieron por fuerza de las circunstancias resultantes de la acelerada marcha del capitalismo. Debe destacar también que las políticas proteccionistas y de subsidio de los países industrializados a sus propios productores primarios cerraron el mercado a los países en vías de desarrollo.

En los países industrializados se comenzaron a presentar fenómenos inesperados y amenazantes como fue la inflación sin crecimiento. En la época de los setenta, comenzó un debate económico político culpándose a las medidas keynesianas de haber provocado excesos de liquidez, aumentados por los déficits gubernamentales estadounidenses debidos a la Guerra de Vietnam y a los gastos de la política de la Gran Sociedad. Ello, se dijo, trastornó la natural evolución del ahorro y la inversión, desnaturalizadas por un excesivo gasto oficial y políticas monetarias demasiado laxas. Se concluyó que había que volver a los principios del Estado no interventor en el proceso económico; que tanto el mercado de factores de producción como el de bienes y servicios, el mercado monetario y financiero alcanzarían solos su equilibrio. Respecto a los países del Tercer Mundo simplemente se les impuso la aceptación de las mismas reglas de los desarrollados y la apertura de sus mercados sujetos a la competencia y por tanto a su eficiencia productiva. Se rechazó la economía del desarrollo como disciplina afirmándose que jamás fue probada en cuanto a sus postulados ni con fórmulas matemáticas, ni gráficas, ni modelos. Sólo hay, se concluyó, una ciencia económica aplicable a todos.

Las crisis de la década de los ochenta, principalmente la mexicana que después tuvo repercusiones en América Latina y en África, se debió a la imposibilidad de pagar la deuda externa que se había contraído para financiar el desarrollo. A partir de entonces el auxilio de la Tesorería de Estados Unidos, de los organismos internacionales, del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, sólo se prestó condicionado a que los países en problemas realizaran una serie de reformas basadas todas ellas en el nuevo programa.

La nueva concepción de la economía (que fue por cierto volver a las doctrinas de finales del siglo XVIII) comenzó a ser llamada neoliberalismo y más adelante se le refirió como el Consenso de Washington refiriéndose a un acuerdo general alcanzado por

los dirigentes políticos, líderes empresariales y financieros junto con los ministros de Hacienda de los países industrializados y los ejecutivos de las instituciones financieras internacionales, todos ellos a favor de soluciones liberales.

En 1985 el secretario del Tesoro de Estados Unidos definió este “ajuste estructural”: menor intervención del Estado, desregulación para favorecer la operación libre de los mercados, privatización de industrias o instituciones financieras, apertura al exterior y disciplina fiscal y monetaria interna. Los centros financieros del mundo adoptaron este conjunto de reglas como parámetro para decidir los beneficios posibles del capital especulativo y estar prestos a retirarlo cuando las condiciones anteriores no se dieran satisfactoriamente.

En México el programa fue adoptado por los gobiernos de los presidentes Carlos Salinas de Gortari (1988-1994), Ernesto Zedillo (1994-2000), Vicente Fox Quezada (2000 a la 2006), Felipe Calderón (2006-2012) y Enrique Peña Nieto (2012 a la fecha). México firmó con Estados Unidos y Canadá un Tratado de Libre Comercio de América del Norte; se abrió así la economía y las reglas de la competencia con algunas protecciones.

Las críticas dentro y fuera de México y las objeciones al programa neoliberal se han multiplicado. Hay un crecimiento relativo que beneficia sólo a sectores determinados y las diferencias de ingreso en estratos sociales se separan cada vez más.

La polémica académica se agudizó con el éxito de los países asiáticos (Corea del Sur, Taiwán, Singapur, Hong Kong) cuyo desarrollo espectacular en corto tiempo se acreditó a la aplicación de los principios de la economía liberal; por el contrario, los defensores del intervencionismo estatal vieron claramente que las bases impuestas en tales países para desarrollarse exigieron no sólo un Estado interventor sino medidas autoritarias. De nuevo se revivió el debate por la crisis económica sufrida en 1993 por esos mismos países la cual sirvió para que unos y otros imputaran a la ideología contraria el origen de los trastornos.

En el momento en que esto se imprime está vigente la economía neoliberal pero también la polémica de su aplicabilidad sobre todo a los países que tienen dentro de sí pobreza. La pobreza se yergue como el principal reto del siglo XXI.

Reconstrucción histórica

El Estado mexicano y la planeación

México se adelantó más de una década en la planeación inductiva dentro de una economía de mercado. En el año de 1933 se expidió por el Partido Nacional Revolucionario el Plan Sexenal con el propósito de ordenar las acciones económicas del nuevo gobierno y como una especie de compromiso de las fuerzas políticas dominantes ante las demandas de los sectores populares; sobre todo se entendió como un consenso entre el “hombre fuerte” Plutarco Elías Calles y el presidente electo Lázaro Cárdenas cuya presencia política se hacía cada vez más sólida. El Estado se reconoce en el Plan como:

[...] un agente activo de gestión y ordenación, función que le dio la Constitución [que] quitó al Estado el carácter de institución puramente política y lo orientó hacia la acción reguladora de los fenómenos vitales del país, adelantándose en este camino a las más modernas teorías y a las más progresistas naciones.

El Plan hace énfasis en el “respeto a derechos e iniciativas individuales” pero condiciona el derecho de propiedad “para hacerlo accesible para el mayor número regulando su adquisición y tenencia, para suprimir los acaparamientos actuales y prevenir los futuros”.

El Plan en sí mismo no sólo contenía principios sino también acciones concretas. Cárdenas se auxilió del Plan si no para cumplirlo estrictamente, sí para rebasarlo en algunas acciones gubernativas que se tomaron como decisiones de Estado: reforma agraria integral, organización laboral y nacionalismo económico.

El Plan fue ante todo una colaboración entre fuerzas políticas y afianzó el compromiso gobierno-partido sistema que habría de regir en México hasta 1970. Los sectores populares, el obrero sobre todo, lo aceptó y el campesino se fue organizando alrededor de él.

En 1940 y con los mismos propósitos se expidió un segundo Plan Sexenal que ya no se aplicó, básicamente porque el estallido de la Segunda Guerra Mundial reorientó las acciones del gobierno.

Este esfuerzo de elaboración de planeación no se continuó en las tres administraciones siguientes. Manuel Ávila Camacho (1940-1946) Miguel Alemán (1946-1952) y Adolfo Ruiz Cortines (1952-1958) Sin embargo, en esas tres administraciones sucesivas se siguió la misma política esencial: industrialización a base de sustitución de importaciones; las medidas fueron muy claras: promoción del desarrollo de la industria nacional con base en el proteccionismo y precios bajos de energéticos y productos agrícolas así como aplicación selectiva del crédito. El gasto público se “soltó” y produjo inflación e inestabilidad cambiaria.

Se financian por el gobierno proyectos concretos en siderúrgica, textil, cemento, turismo, fertilizantes, automotriz y petróleo. El Estado participa activamente. El sector paraestatal de la economía crece por la intervención del Estado que promueve la industria y funda empresas; toma también aquellas que el sector privado no ha podido sacar adelante, que se considera que tienen viabilidad y cuyo cierre pudo causar problemas sociales.

Al iniciarse la administración del presidente Adolfo López Mateos (1958-1962) se creó la Secretaría de la Presidencia, más tarde renombrada como de Programación y Presupuesto, con el propósito de establecer una planeación nacional del desarrollo. Para coordinar sus acciones con la Secretaría de Hacienda, que tenía muy claro el camino de la política económica a seguir y que de hecho a través de su titular Antonio Ortiz Mena lo mantuvo 12 años, se creó una Comisión Gasto Financiamiento que programó, entre ambas dependencias, la aplicación del gasto público. Se estableció un claro esquema de desarrollo estabilizador que se aplicó con continuidad; la misma política y el mismo sistema se siguió en la administración del presidente Gustavo Díaz Ordaz (1962-1968).

El desarrollo estabilizador que abarca dos sexenios, mantuvo una estricta disciplina fiscal y orden en las acciones gubernativas; racionalización del gasto, fomento al ahorro interno encaminado a la inversión productiva; estímulos y un marco regulador de las instituciones de crédito; promoción de exportaciones y prudente endeudamiento externo, expansión monetaria moderada. México pudo crecer, mejorar los ingresos reales y mantener la estabilidad de precios (con sacrificio del sector agropecuario y de los ingresos del energético) y el mantenimiento del tipo de cambio. Con ello el ahorro interno creció considerablemente. El peso fue una de las monedas más duras del planeta y fue utilizado en la canasta de divisas de apoyo por el Fondo Monetario Internacional.

En la siguiente administración de Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) la exigencia de acelerar el desarrollo dado el crecimiento de la población y las manifestaciones de descontento en la clase media, que creció en número, educación y demandas, orillaron no a ajustes sino al abandono de una política congruente. Desafortunadamente no se encontró el sustituto adecuado y la prisa por crecer, condujo a medidas populistas con gasto público incontrolado y desordenado y endeudamiento externo desmedido. Sobrevino una crisis económica y una inevitable devaluación.

Se impuso la necesidad, aún ante una campaña presidencial que de antemano estaba ganada por el candidato del partido dominante, de hacer un esfuerzo de orden y claridad en las medidas administrativas que habrían de guiar a la siguiente administración. Se elaboró así el Plan Básico de Gobierno 1976-1982 por el Partido Revolucionario Institucional en contacto con el equipo técnico del nuevo candidato José López Portillo (Julio Rodolfo Moctezuma, Alejandro Carrillo, Everardo Espino, Gilberto Escobedo, Carlos Tello Macías). La dirección de los trabajos estuvo a cargo de Jesús Reyes Heróles, entonces presidente del PRI.

Se llevó a cabo un importante esfuerzo administrativo, elaborándose planes sectoriales en diversas ramas de las atribuciones federales así, como planes estatales. Se fue gestando un Plan Global de Desarrollo 1980-1982 con objetivos nacionales, estrategias y metas, previéndose recursos y acciones; el Presupuesto de Egresos de la Federación de 1980 quedó ya ligado al Plan. Los esfuerzos se vieron, sin embargo, frustrados por la abundancia de recursos petroleros que crearon ilusión de abundancia y condujeron al desorden en el gasto y el excesivo endeudamiento externo. Las verdaderas dimensiones del descuido se manifestaron dramáticamente, en 1982: baja en el precio del petróleo, aumento mundial en las tasas de interés y pago obligado de una enorme carga financiera que tuvo que sobrellevar el país por el endeudamiento excesivo contraído en los dos últimos sexenios. La nacionalización de la banca, medida esencialmente política, afectó seriamente las relaciones gobierno-sector privado.

La nueva administración del presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) promovió la reforma constitucional que tuvo como resultado el artículo 26 vigente. Se tuvo que hacer frente a la crisis y sus consecuencias y tomar amargas medidas de recuperación. Se tomó la decisión de fijar claramente el papel del Estado y se promovió la reforma constitucional del Capítulo Económico. De inmediato se publicó la Ley de Planeación hoy vigente.

Tanto el presidente que promovió la reforma como los siguientes tres han cumplido con la obligación constitucional establecida y con su secuela legal aunque las consecuencias de la crisis heredada de 1982 y la que hubo de enfrentar la nueva administración en 1994, orillaron a acciones de emergencia que obviamente no pudieron ser previstas de antemano.

Lo mismo ha ocurrido con las consecuencias actuales de la crisis mundial originada en 2007-2008 cuyos efectos aún se resienten en México en los momentos en que esto se escribe.

El entorno mundial no es hoy favorable a la planeación. Se requieren permanentes ajustes en la economía. Además, la planeación está condicionada, como consecuencia del acelerada interdependencia entre los Estados-nación del planeta, a las variantes circunstancias del entorno económico mundial y a la imposición de reglas (por ejemplo; fijación de un tanto por ciento determinado de endeudamiento en relación con el Producto Interno Bruto considerado “saludable”), que provienen de organismos internacionales o de consensos entre estos últimos, gobiernos de los países industrializados y los principales operadores financieros a nivel mundial. Del cumplimiento de estas reglas depende la entrada o salida de recursos financieros Y por tanto de la estabilidad interna.

Exégesis

El texto original del artículo 26 proviene de las reformas logradas por el presidente Miguel de la Madrid que insertaron en la Constitución el capítulo económico, mismo que ha sido ampliamente tratado en los comentarios hechos antes por este mismo autor al artículo 25.

El artículo 26 institucionalizó la planeación democrática del desarrollo.

El texto anterior fue reformado según Decreto del 7 de abril de 2006 para dividirlo en dos párrafos: el A que contiene sin modificaciones la redacción anterior y el B que fue agregado para crear el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica normado y coordinado por un organismo autónomo.

La reforma anterior se complementa con la del artículo 73, fracción XXIX-C que faculta el Congreso de la Unión para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional.

Por reforma del 5 de junio de 2013 se incluyó en el artículo el concepto de competitividad en la planeación, concepto que también ha quedado explicado por el autor del presente en sus comentarios al artículo 25.

Por decreto del 10 de febrero de 2014 se añadió a la planeación la característica de deber ser deliberativa; además se creó el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social como órgano autónomo; se añadió un apartado C al artículo.

Se reformó la fracción VIII del artículo 74 a fin de facultar a la Cámara de Diputados para aprobar el Plan Nacional de Desarrollo.

Por decreto del 26 de mayo de 2015 se agregó un segundo párrafo al artículo facultando al Estado para velar la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero.

Por decreto del 27 de enero de 2016 se faculta al organismo autónomo a cargo de la información estadística y geográfica nacional para calcular el valor de la unidad de medida y actualización que sustituiría al salario mínimo como base para el pago de obligaciones y supuestos previstos en las leyes laborales.

Por decreto del 29 de enero de 2016 se ajusta el primer párrafo para hacerlo congruente con el cambio de denominación del Distrito Federal a Ciudad de México.

¿Qué es la planeación? El concepto de planeación aparece en la economía soviética con los planes quinquenales, verdaderas guías de la acción del Estado donde se pretendía prever toda la actividad económica en un sistema donde no existía la propiedad privada, ni libertad de industria, comercio, trabajo, ni libre competencia ni mercados regidos por oferta y demanda.

En Occidente la planeación se presentó como una necesidad de orden, con conductas inducidas y respeto a las libertades.

Este es el tipo de planeación que establece el artículo 26. La planeación inductiva en la economía de mercado se difundió como técnica desde los primeros años de la segunda posguerra encontrando, sobre todo en Francia, un sólido soporte teórico. Después se extendió a todos los países en desarrollo dada la necesidad inminente de utilizar los pocos recursos disponibles en la forma más eficiente, para superar la desorganización de los mercados.

En general se realizó dentro de un régimen de economía mixta, o sea, que el Estado actuó no sólo como ente normativo sino como productor de determinados bienes y servicios.

Estos hechos no sorprendieron a México donde la planeación se inició, prácticamente desde 1933 y con objetivos para la economía muy claros desde 1924.

La planeación económica se entiende como la facultad del Estado que consiste básicamente en fijar objetivos reales y alcanzables para el desarrollo; coordinar las decisiones económicas que tomen los diferentes actores, respetando su estatuto legal y controlar las grandes variables, ahorro, consumo, inversión y sector externo, en una forma congruente con lo predeterminado; conciliar crecimiento, empleo remunerado, mejoras en el nivel de ingreso dentro de un ámbito de estabilidad de precios y del tipo de cambio. Se deben fijar objetivos, metas y estrategias generales y sectoriales.

La planeación implica acciones gubernativas tales como la canalización del ahorro interno y del crédito externo a áreas específicas; uso de la política fiscal para estimular las actividades seleccionadas y aplicación de los recursos estatales a los renglones considerados como soportes necesarios a los medios adecuados para realizar las metas propuestas.

La planeación reconoce el régimen de libertades individuales, respeta la propiedad y no interfiere en la empresa privada pero sí regula su acción en vista de las metas generales.

Planeación democrática. Dice el primer párrafo del apartado A del artículo 26:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los conceptos fundamentales sobre planeación se establecen en el artículo 26 de la Constitución. Su definición no se da en la Constitución misma, sino que se encuentra en la ley reglamentaria correspondiente. Ésta es la Ley de Planeación del 6 de enero de 1983, misma que establece, en su artículo 3°:

Para los efectos de esta ley se entiende por planeación nacional de desarrollo la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas principios y objetivos que la propia Constitución y la Ley establecen. Mediante la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades así como criterios basados en estudios de factibilidad cultural; se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y se evaluarán resultados.

La exigencia de democracia en la planeación implica:

- 1°. Que sea participativa, de acuerdo con el sistema constitucional que se funda en la más amplia representación de la sociedad en la toma de decisiones.
- 2°. Que se busque el equilibrio social dado que, según el artículo 3° la democracia no es sólo una estructura jurídica y un régimen político sino un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.
- 3°. Que se encamine a lograr un desarrollo equilibrado y equitativo.
- 4° Que debe tener como fin la independencia y democratización de la Nación en todos sus aspectos.

La planeación que prescribe la Constitución es inductiva: el Estado no obliga a ningún individuo o grupo, ni puede hacerlo, excepto en el interior de sus órganos de acuerdo con lo que la Constitución establece. Sólo puede invitar, convencer a participar y crear estímulos. El párrafo segundo de la disposición que se comenta ordena: “La planeación será democrática.” El tercer párrafo del artículo 26 establece:

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El Plan Nacional de Desarrollo considerará la continuidad y adap-

taciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

La ley reglamentaria respectiva precisa en el artículo 20:

En el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática tendrá lugar la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y los programas a que se refiere esta ley. Las organizaciones representativas de los obreros, pueblos, campesinos y grupos populares; de las instituciones académicas, profesionales y de investigación, de los organismos empresariales y de otras agrupaciones sociales, participarán como órgano de consulta permanente en los aspectos de la planeación democrática relacionados con su actividad a través de foros de consulta popular que al efecto se convocarán. Asimismo, participarán en los mismos foros diputados y senadores al Congreso de la Unión. Las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades. Para tal efecto, y conforme a la legislación aplicable, en el Sistema deberán preverse la organización y funcionamiento, las formalidades, periodicidad y términos a que se sujetarán la participación y consulta para la planeación nacional del desarrollo.

Fines. El primer párrafo del artículo 26 exige que el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional:

[...] imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia, y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución —dicen los primeros renglones del segundo párrafo— determinarán los objetivos de la planeación.

Esta disposición es congruente con la amplitud de la democracia social que define el artículo 3°. La ley reglamentaria señala en su artículo 2° los siguientes principios: fortalecimiento de la soberanía, la independencia y la autodeterminación; preservación del régimen democrático, republicano, representativo federal; igualdad de derechos, atención de necesidades básicas y mejora de la calidad de vida de la población; respeto a las garantías individuales; fortalecimiento del pacto federal y equilibrio de los factores de producción en un marco de estabilidad económica y social.

El Plan Nacional de Desarrollo. El tercer párrafo del apartado A del artículo 26 faculta al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el Sistema Nacional de Planeación Democrática y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del Plan y desarrollo del mismo. Del Plan se derivan programas por materias, que se denominan sectoriales.

Los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del Plan corresponden al Ejecutivo. Las acciones gubernamentales quedan obligatoriamente sujetas a los planes.

De acuerdo con el artículo 26 A, tercer párrafo, la ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular.

Se facultó al propio Congreso para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional (fracción XXIX-D, art. 73).

Corresponde también a la ley determinar los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo federal se coordine con las entidades federativas y los particulares.

Además, en el último párrafo se estatuye: “En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señala la ley”. La ley dispone en su artículo 5°:

El presidente de la República remitirá el Plan al Congreso de la Unión para su examen y opinión. En el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en las diversas ocasiones previstas por esta Ley, el Poder Legislativo formulará, asimismo, las observaciones que estime pertinentes durante la ejecución, revisión y adecuaciones del propio Plan.

La vigente Ley de Planeación regula dicha intervención obligando al Ejecutivo a informar al Congreso sobre el desarrollo del Plan en todos aquellos actos que impliquen tal obligación (arts. 5° a 9°). Los planes de desarrollo se aprueban por decreto presidencial. El artículo 21 prevé:

El Plan Nacional de Desarrollo deberá elaborarse, aprobarse y publicarse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que toma posesión el presidente de la República, y su vigencia no excederá del periodo constitucional que le corresponda, aunque podrá contener consideraciones y proyecciones de más largo plazo. El Plan Nacional de Desarrollo precisará los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral y sustentable del país, contendrá previsiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determinará los instrumentos y responsables de su ejecución, establecerá los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus previsiones se referirán al conjunto de la actividad económica, social y cultural tomando siempre en cuenta las variables ambientales que se relacionen a éstas y regirá el contenido de los programas que se generen en el Sistema Nacional de Planeación Democrática. La categoría de Plan queda reservada al Plan Nacional de Desarrollo.

Los artículos 37, 38 y 39 de la ley prevén la posibilidad de concertar; el Estado no podría obligar a grupos sociales o particulares a concertar acciones previstas en el Plan, mediante convenios. El artículo 40 de la ley prevé:

Los proyectos de Presupuesto de Egresos de la Federación y del Distrito Federal, los programas y presupuestos de las entidades paraestatales no integrados en los proyectos mencionados; las iniciativas de leyes de ingresos, los actos que las dependencias de la administración pública federal realicen para inducir acciones de los sectores de la sociedad y la aplicación de los instrumentos de política económica, social y ambiental, deberán ser congruentes con los objetivos y prioridades del Plan y los programas a que se refiere esta

ley. El propio Ejecutivo Federal y las entidades paraestatales observarán dichos objetivos y prioridades en la concertación de acciones prevista en el Plan y los programas con las representaciones de los grupos sociales o con los particulares interesados.

Sistema Nacional de Planeación Democrática. La Ley reglamentaria establece:

Los aspectos de la Planeación Nacional del Desarrollo que correspondan a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal se llevarán a cabo, en los términos de esta Ley, mediante el Sistema Nacional de Planeación Democrática. Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal formarán parte del Sistema, a través de las unidades administrativas que tengan asignadas las funciones de planeación dentro de las propias dependencias y entidades (art. 12 de la Ley). Las disposiciones reglamentarias de esta Ley establecerán las normas de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Planeación Democrática y el proceso de planeación a que deberán sujetarse las actividades conducentes a la formulación, instrumentación, control y evaluación del Plan y los programas a que se refiere este ordenamiento.

La coordinación general del sistema corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de acuerdo con las propuestas de las dependencias y entidades de la administración pública Federal y de los gobiernos de las entidades federativas así como de los planteamientos que se formulen por los grupos sociales y los pueblos y comunidades indígenas (art. 14 de la ley).

Artículo 20. En el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática tendrá lugar la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y los programas a que se refiere esta Ley. Las organizaciones representativas de los obreros, campesinos, pueblos y grupos populares; de las instituciones académicas, profesionales y de investigación de los organismos empresariales; y de otras agrupaciones sociales, participarán como órganos de consulta permanente en los aspectos de la planeación democrática relacionados con su actividad a través de foros de consulta popular que al efecto se convocarán. Así mismo, participarán en los mismos foros los diputados y senadores del Congreso de la Unión. Las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades. Para tal efecto, y conforme a la legislación aplicable, en el Sistema deberán preverse la organización y funcionamiento, las formalidades, periodicidad y términos a que se sujetarán la participación y consulta para la planeación nacional del desarrollo. El Plan Nacional de Desarrollo deberá elaborarse, aprobarse y publicarse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que toma posesión el presidente de la República, y su vigencia no excederá del periodo constitucional que le corresponda, aunque podrá contener consideraciones y proyecciones de más largo plazo (art. 21 de la Ley). El Plan Nacional de Desarrollo precisará los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral y sustentable del país, contendrá previsiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determinará los instrumentos y responsables de su ejecución, establecerá los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus previsiones se referirán al conjunto de la actividad económica, social y cultural, tomando siempre en cuenta las variables ambientales que se relacionen a éstas y registrará el contenido de los programas que se generen en el Sistema Nacional de Planeación Democrática (art. 21 de la Ley).

El Congreso tiene sólo, de acuerdo con las disposiciones vigentes que examinar y opinar sobre el Plan, pero no tiene facultades de aprobación o rechazo. La Cámara de Diputados hace efectivo el Plan y los programas al aprobar el Presupuesto de Egresos. Es una facultad constitucional no limitada por la propia Ley Suprema y por tanto de ejercicio íntegro. La intervención del Congreso de la Unión en el proceso de planeación queda determinada por la ley según el artículo 26 constitucional. Sin embargo, fuera de expresar su opinión, no tiene facultades para cuestionar el Plan.

Organismos autónomos. El derecho constitucional contemporáneo ha elaborado conceptualmente, obedeciendo a la necesidad política de mantener viva la democracia misma, órganos independientes del poder público dedicados a tareas que exijan una total objetividad en las decisiones al margen de cualquier interés del Ejecutivo, del Legislativo o de cualquiera inclinación partidista.

En el caso de la planeación democrática se ha atendido a esta necesidad en una doble dirección pero con el mismo propósito; mantener sin reservas la participación social debidamente informada y en permanente presencia.

Para el manejo de la información y de los datos oficiales se crea un organismo autónomo normativo y coordinador de todo un sistema nacional de información estadística y geográfica de acuerdo con las técnicas y métodos que los produzca en forma objetiva; se le garantiza objetividad e independencia.

Para la evaluación de los resultados y la medición de la pobreza ya endémica en nuestro país se creó otro organismo autónomo autorizado para emitir recomendaciones y mantener coordinación con las autoridades federales locales y municipales.

Constituciones extranjeras

La Constitución de la República Francesa (1958) en su artículo 34 apartado quinto establece entre las facultades del Parlamento el votar “las leyes que determinan los objetivos de la acción económica y social del Estado”. Desde la anterior Constitución de 1946 se ha entendido que tal facultad, también considerada en este último texto, es el fundamento de la planeación de la economía. El Título XI establece el “Consejo económico y social” que proporciona su opinión en relación con los proyectos que el gobierno somete a su consideración o sobre cualquier problema de carácter económico social. Es consultado obligatoriamente sobre “cualquier proyecto de ley de programa de carácter económico social” (art. 70). El Consejo Constitucional ha interpretado esta disposición en el sentido de que se refiere no sólo a la definición de objetivos a mediano y largo plazo sino que además contenga previsiones cuantificadas de gasto.

La Constitución de la República de Portugal (1976) dedica la décima parte a la organización económica y dentro de ella el Título II a los Planes de Desarrollo económico y Social. Establece sus objetivos: el desarrollo armonioso de los sectores de la Economía y de las regiones; la justa repartición individual y regional del producto; la coordinación de la política económica con la social, educativa, cultural y ecológica. Distingue los

programas de desarrollo económico y social a mediano plazo y el Plan anual que sirve de base al presupuesto; con base en ellos se elaboran planes sectoriales y regionales. La Asamblea de la República tiene la facultad de aprobar las grandes opciones que corresponden a cada plan y apreciar los dictámenes referentes a su aplicación. Se establece un Consejo Económico Social con representantes del gobierno, de las organizaciones representativas de los trabajadores, de los organismos representativos de las empresas, de las regiones autónomas y de los municipios. El Título Tercero proporciona importantes directivas para los planes al definir las bases de la política agrícola, comercial e industrial.

La Constitución del Reino de España (1978) establece la Planeación Democrática en el artículo 18. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. El gobierno los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las comunidades autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y de otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas constituidas en un Consejo cuya composición y funciones se desarrollarán por ley (la ley respectiva se promulgó en junio de 1991).

La Constitución de la República de Corea (1987) establece en su artículo 123 que el Estado establecerá y ejecutará un plan para el desarrollo general y el apoyo de las comunidades agrícolas y pesqueras con el fin de proteger y estimular la agricultura y la pesca.

La Constitución de la República Federal de Brasil faculta al Congreso Nacional para emitir planes y programas nacionales y regionales de desarrollo.

La Constitución de Colombia (1991 con reforma de 1997) prevé un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general, y un plan de inversiones; se fijarán propósitos objetivos, metas, estrategias y presupuestos. Se establece un Consejo Nacional de Planeación nombrado por el Ejecutivo de las listas que le envíen las entidades territoriales y los sectores económicos, sociales, ecológicos comunitarios y culturales. En las entidades territoriales habrá también consejos de planeación. El Consejo Nacional y los consejos territoriales constituyen el sistema nacional de planeación. El Plan Nacional de Inversiones se expedirá por una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes. El presupuesto deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (Título XII, capítulos 2 y 3).

Bibliografía

- CÁRDENAS, Enrique (comp.), *Historia económica de México*, 5 tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- , *La hacienda pública y la política económica (1929-1958)*, México, El Colegio de México, FCE, 1994.
- , *La Política Económica de México (1959-1954)*, México, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

- DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, México, Porrúa, 1986.
- , “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- , “Comentarios a los artículos 25 y 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, en *Constitución Mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1985.
- GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, caos. II y XXV, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2001.
- PATIÑO MANFFER, Ruperto, “Comentarios al artículo 28 Constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.
- ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123*, Comisión Editorial CEN-PRI, México, 1984.
- SUÁREZ DÁVILA, Francisco, “El proyecto económico de nuestra Constitución Política”, en *Examen*, año XI, núm. 135, México, febrero de 2001.
- VALADÉS, Diego, “Comentarios al artículo 27 Constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1997.

Artículo 26

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-XI-1985

LII LEGISLATURA (1-IX-1983/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1983/30-XI-1988

Con esta reforma el artículo original pasó a formar el parte del artículo 16, como el último párrafo de éste. El nuevo artículo 26 institucionaliza la planeación democrática del desarrollo nacional. Se faculta al Ejecutivo para establecer los procedimientos de participación ciudadana en la consulta popular, los órganos responsables y las bases para celebrar convenios con los estados en esta materia.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 7-IV-2006

LIX LEGISLATURA (1-IX-2003/31-VIII-2006)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

La reforma divide al artículo en dos apartados A y B, en su apartado B establece que el Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geografía, a este organismo se les dota de autonomía, sus datos serán considerados oficiales para la Federación, estados, Distrito Federal y municipios, también se fija la estructura orgánica del mismo.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 5-VI-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En el primer párrafo del apartado A se incluye la palabra “competitividad” a la redacción. En el párrafo tercero del apartado A se establece que el Plan Nacional de Desarrollo “considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales”.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-2014

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En el segundo y cuarto párrafos del apartado A, se incluye la palabra “deliberativa” y en el segundo párrafo se elimina la frase “la participación de los diversos sectores sociales” por “los mecanismos de participación que establezca la ley” reduciendo su enunciado y especificidad.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 27-I-2016

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En la reforma se adicionan los párrafos sexto y séptimo al apartado B del artículo, en éste se faculta al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática para calcular el valor de la Unidad de Medida y actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-I-2016

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En concordancia con la reforma que crea la Ciudad de México como una entidad federativa se hace mención de ésta en lugar de “Distrito Federal”.

Artículo 27

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Introducción histórica

Si bien el artículo 27 de la Constitución de 1917 hizo referencia al derecho de posesión del Estado sobre los recursos naturales del territorio nacional, no se puede omitir que también puso un énfasis particular en el tema de la distribución de la tierra, situación que no se podía dejar de lado si se toman en cuenta los principios revolucionarios zapatistas y del propio Venustiano Carranza con la Ley del 6 de Enero. Historiográficamente, la repartición de la propiedad individual en México ha tenido mucha importancia desde la época prehispánica, baste recordar las figuras del *altepétl* y del *calpulli*.¹

Durante la época del descubrimiento de las Indias, España había alcanzado un grado considerable de solidaridad política y religiosa, se había avanzado una gran parte del camino hacia una organización nacional. América ofrecía a los reyes católicos una oportunidad única, al encontrar a su disposición un continente virgen ocupado sólo por tribus de *salvajes desnudos* o por estados nativos semibárbaros, a los que sometió fácilmente, en México y Perú. Una tierra en donde los soberanos españoles podrían imprimir sus propias concepciones de autocracia real, sin limitaciones de tradiciones institucionales, o de derechos de clase o regionales, ni de privilegios heredados de tiempos anteriores.²

Los descubridores y conquistadores representaron la variedad geográfica y social de la naciente España moderna. Estos seres llevaron a las Indias, además del

¹Luis René Guerrero Galván, *Lecciones de Derecho indiano. Un manual práctico para su enseñanza*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2016.

²Ernesto de la Torre Villar, *Estudios de Historia jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Históricas-UNAM, 1994, pp. 13-94.

27

Sumario Artículo 27

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	
Introducción histórica	475
Texto constitucional vigente.	490
Comentario	
Marisol Anglés Hernández	
El artículo 27 en materia de energía	498
Bibliografía	518
Comentario	
César Nava Escudero	
El artículo 27 en materia de aguas	520
Régimen constitucional: del texto original al texto vigente	523
Régimen legal	528
Aguas continentales.	531
Aguas marinas.	539
Bibliografía	546
Comentario	
Carla Huerta Ochoa	
El derecho fundamental a la propiedad	549
Comentario	
Gerardo Nicandro González Navarro	
El derecho agrario a la luz del artículo 27 constitucional.	566
Bibliografía	576
Comentario	
Isaías Rivera Rodríguez	
La cuestión agraria a los cien años de la Constitución Política	578
Etapas.	578
Régimen constitucional de la propiedad	580
Bibliografía	585
Traectoria constitucional	586

comportamiento emprendedor capitalista del mercantilismo, las normas y los modos de pensar tradicionales de sus respectivas capas sociales y corporaciones. Ahora bien, debido a los diferentes intereses del Estado y del empresario privado —luego de lograr el objetivo pretendido conjuntamente, que era la ocupación de la tierra—, se produjo la rivalidad entre la Corona y los colonizadores en cuanto a los principios de formación del orden económico, social y político en el Nuevo Mundo. Esto provocó que durante todo el transcurso del siglo XVI se diera una intensa lucha por los títulos de ocupación española en la nueva tierra.³

La Corona estableció la idea de que los títulos del apoderamiento de la tierra eran compatibles con la obligación especial de evangelización, carácter que había sido plasmado en las bulas alejandrinas, siendo característica del Estado español en América por constituir un fin de la actividad estatal. Por su parte, las empresas españolas de descubrimiento, conquista y colonización fueron organizadas comercial y militarmente; no obedecieron al anhelo del desenvolvimiento libre experimentado por diversos grupos sociales, sino que se derivaron de un afán de lucro individual encauzado por el Estado y orientado hacia la mejora del estatus social. El beneficio económico de una expedición era requisito para la continuación de los descubrimientos y conquistas.

En consecuencia, la esclavitud, las obligaciones personales al servicio dentro del sistema de la encomienda, las diferentes formas de trabajo forzado decretado y controlado por el Estado, así como los tributos de los indígenas en forma de metales preciosos o en especie como bienes de comercio, representaban las condiciones para el progreso de la ocupación de la tierra y colonización ibéricas en América.

La encomienda. Originalmente la institución consistía en encargar a un español la custodia, protección y enseñanza de la doctrina católica a determinado número de indios bajo su responsabilidad y a cambio de tributos.⁴ Pero estos repartimientos comenzaron luego a descubrir muchos daños e inconvenientes y a quitar casi del todo la libertad de los indios encomendados que tanto se deseaba y procuraba “porque los encomenderos, atendiendo más a su provecho y ganancia, que a la salud espiritual y temporal de ellos, no había trabajo que no los pusiesen y los fatigaban más que a las bestias”.⁵

Por principio legal, la encomienda era una institución benigna para la hispanización de los naturales. Su rasgo esencial era la consignación oficial de grupos de indios a colonizadores españoles privilegiados. Aquellos a quienes se otorgaban llamados encomenderos, tenían derecho a recibir tributo y trabajo de los indígenas que les eran delegados. Los indios, aunque sujetos a las demandas de tributo y trabajo durante el periodo en que la cesión estaba en vigor, eran considerados como libres por la razón de que no eran propiedad de los encomenderos. Su libertad establecía una distinción legal entre encomienda y otros tipos más refinados de tenencia feudal.⁶

³Serge Gruzinski, “Las repercusiones de la conquista: la experiencia novohispana”, en Carmen Bernard (comp.), *Descubrimiento, conquista y colonización de América a quinientos años*, México, FCE/Conaculta, 1994, pp. 148-171.

⁴Charles Gibson, *Loa aztecas bajo el dominio español 1519-1810*, México, Siglo XXI, 2000, pp. 63-100.

⁵Bartolomé de Las Casas, *Los indios de México y Nueva España*, México, Porrúa, 2004, pp. 7 y ss.

⁶Silvio Arturo Zavala, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1992, pp. 9 y ss.

Una encomienda era una posesión, no confería propiedad sobre la tierra, jurisdicción judicial, dominio o señorío. Confiaba a cada encomendero el bienestar cristiano de los indios asignados. La encomienda era *per se* inalienable y no heredable, salvo en la medida en que pudieran permitirlo los términos de las donaciones particulares. Una encomienda vacante volvía al monarca, quien podía retener a sus naturales bajo la administración real o volver a entregarlos a un nuevo encomendero. En realidad, la encomienda constituyó un mecanismo institucional para la explotación de la mano de obra de los indios.

El repartimiento. Es la porción de terreno con sus habitantes que se distribuía entre los conquistadores, en recompensa por los servicios prestados a la Corona. Aunque los indios habían quedado a salvo de la esclavitud, tenían que prestar, por un sistema de rotación, ciertos servicios personales. Para la organización de este aspecto de la vida novohispano existían, desde mediados del siglo XVI, los repartimientos. Esta institución tuvo una duración de aproximadamente 75 años después de mediados de este siglo. Fue un sistema de trabajo racionado, supuestamente de interés público o para utilidad pública, que afectaba tanto a los indios de encomienda como a los que no estaban dentro de ella, que beneficiaba a un grupo de personas mucho más amplio de lo que había sido posible bajo la figura de la encomienda. El repartimiento funcionaba en la Nueva España realizando un centro de cada comunidad de naturales contribuyente, la cual aportaba semanalmente 2 por ciento de su población en trabajo de campo, minas o doméstico. El oficial español encargado de realizar los repartimientos recibía un pago por cada determinado número de indios repartidos.⁷

La Recopilación de las Leyes de Indias señala que, dentro de la institución original del repartimiento, se establecía que los indios se ocuparan en:

Servicio de la república por sus jornales acomodados y justos, y que los virreyes y gobernadores, en sus distritos fuesen, con la moderación y justificación que conviene, estos jornales y comidas que les hubieren de dar, conforme a la calidad del trabajo, ocupación del tiempo, carestía o comodidad de la tierra, con que el trabajo de los indios no sea excesivo ni mayor de lo que permite su compleción, y sujeto, y que sean pagados en mano propia, como ellos quisieren y mejor les estuviere.

Sin embargo, las disposiciones de las leyes indianas se cumplieron raramente y el repartimiento, así como la encomienda, dañó gravemente a las comunidades de indios, reduciendo el número de sus integrantes debido a la intensa explotación de la mano de obra,⁸ razón por la cual estos personajes (encomenderos, hacendados, mineros o comerciantes) llegaron a acaparar grandes extensiones de tierra.⁹

⁷Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del Derecho indiano*, México, Mc Graw Hill/UNAM, 1998, pp. 261-262.

⁸James Lockhart, *Los nahuas después de la conquista. Historia social y cultural de la población indígena del México central, siglos XVI-XVIII*, México, FCE, 1999, pp. 27-88.

⁹Sobre estos temas pueden verse, entre otros, los estudios clásicos de Charles Gibson, *Los aztecas bajo el dominio español, 1519-1810*, México, Siglo XXI, 2012; David Brading, *Mineros y comerciantes en el México borbónico (1763-1810)*, México, FCE, 1975, y Silvio Arturo Zavala, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1992.

Dicho acaparamiento de tierras tuvo sustento en la práctica de origen medieval que veía a la tierra como única fuente de riqueza. No obstante, fue objeto de críticas durante el siglo XVIII por parte del pensamiento ilustrado que veía en esa práctica el atraso de la economía. Lo anterior sustentado en la inutilidad de tierras en manos muertas, por ejemplo, de la Iglesia, las cuales consideraba debían ser explotadas de forma particular para maximizar la producción agrícola. Dicha distribución y explotación de las tierras debía estar supervisada por el Estado. Entre los ilustrados que escribieron al respecto, *El informe sobre la Ley Agraria*, de Gaspar Melchor de Jovellanos, escrita en 1795, es una de las obras más representativas del pensamiento liberal e individualista español y fue el punto de partida doctrinal de las reformas agrarias llevadas a cabo en el siglo XIX.

La influencia de este pensamiento ilustrado en materia agraria es bien rastreable entre los ilustrados americanos. La *Representación sobre la inmunidad personal del clero...*, escrita en 1799 por Manuel Abad y Queipo, es una muestra de ello. Entre los puntos abordados en su texto, Queipo señaló la necesidad de:

La división gratuita de las tierras de comunidad de indios entre los de cada pueblo, [y la urgencia de una] ley agraria semejante a la de Asturias y Galicia, en que por medio de locaciones y conducciones de veinte o treinta años, en que no se adeude el real derecho de alcabala, se permita al pueblo la apertura de tierras incultas de los grandes propietarios.¹⁰

En otra representación del mismo autor, esta vez en nombre de los labradores y comerciantes de Valladolid, realizada en 1805 para protestar contra la consolidación de vales reales, criticó el acaparamiento de tierras en manos de conquistadores y sus descendientes que no habían permitido ni siquiera el arrendamiento a los indios del reino: “La indivisibilidad de las haciendas —señaló el autor—, dificultad de su manejo y falta de propiedad en el pueblo, produjeron y aún producen efectos muy funestos a la agricultura misma, a la población y al Estado en general”.¹¹

Estos señalamientos demuestran los primeros cambios en la forma de percibir la propiedad. La Constitución de Cádiz de 1812 retomó parte de este pensamiento y lo plasmó en sus diversos artículos, en donde se concibe al Estado como un ente abstracto que no puede ser enajenado ni siquiera por el rey, como se plasmó en los artículos 2° y 172 de dicho ordenamiento.¹² Entre las limitantes del rey se encontraba el no poder tomar la propiedad de ningún particular ni corporación sin realizar la correspondiente indemnización. Este último punto se conservará a lo largo del siglo y se mantendrá incluso entre los puntos del artículo 27 de la Constitución de 1917. Un año más tarde, en plena guerra de Independencia, José María Morelos elaboró un Proyecto para Confiscación de Intereses de Europeos y Americanos, en el cual fue muy elocuente

¹⁰*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 605.

¹¹*Ibidem*, p. 606.

¹²Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

sobre el acaparamiento de tierras y sobre la inutilidad de las mismas. En su punto séptimo señaló:

Deben también inutilizarse todas las haciendas grandes, cuyos terrenos laboríos pasen de dos leguas cuando mucho, porque el beneficio positivo de la agricultura consiste en que muchos se dediquen con separación a beneficiar un corto terreno que puedan asistir con su trabajo e industria, y no en que un solo particular tenga mucha extensión de tierras infructíferas, esclavizando millares de gentes para que las cultiven por fuerza en la clase de gañanes o esclavos, cuando puedan hacerlo como propietarios de un terreno limitado con libertad y beneficio suyo y del público. Esta es una medida de las más importantes, y por tanto deben destruirse todas las obras de presas, acueductos, caseríos y demás oficinas de los hacendados pudientes, criollos o gachupines, porque como se ha dicho, a la corta o a la larga han de proteger a sus bienes las ideas del déspota que aflige al Reino.¹³

Un año más tarde, la Constitución de Apatzingán siguió la misma línea al respecto y en su artículo 34 señaló que todos los individuos tenían derecho de adquirir propiedades y disponer de ellas a su arbitrio.¹⁴ Asimismo, su artículo 35 retomó lo señalado antes sobre el derecho de “justa compensación” cuando alguien fuera privado de posesiones por pública necesidad. Este punto apareció de forma muy clara en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, donde se plasmó que: “El Estado puede exigir el sacrificio de una propiedad particular para el interés común legalmente justificado; pero con la debida indemnización”.¹⁵ Para ese momento, como puede apreciarse, el Estado se consideraba ya con la soberanía necesaria sobre el territorio como para poder tomar alguna propiedad, del tipo que fuera, con la única obligación de indemnizar al dueño de la misma.

Bajo estas premisas se puede señalar que se establece una hipótesis de primacía estatal, es decir, que si bien existe un derecho de propiedad, por encima de éste se encuentran los intereses del Estado. La nación mexicana, como señaló el Plan de la Constitución Política de 1823, era “la sociedad” de todas las provincias de Nueva España formando un todo político.¹⁶ El derecho de propiedad daba la posibilidad de donar, vender o explotar lo poseído sin más que las limitaciones que designara la ley. Asimismo, dicho plan señaló que la soberanía de la nación, única, inalienable e imprescriptible podría ejercer sus derechos de diverso modo y de esa diversidad resultaban las diferentes formas de gobierno.

¹³*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 609.

¹⁴Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

¹⁵Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, artículo 13, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

¹⁶Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

Ese todo político (la Nación mexicana), además, puntualizaría en 1824 el Acta Constitutiva, no podría ser patrimonio de ninguna familia ni persona (artículo 2).¹⁷ Al mismo tiempo se ratificaría que la soberanía residiría radical y esencialmente en la Nación (artículo 3). La constitución de 1824 conservó este señalamiento al colocar como una de las prohibiciones al presidente el poder ocupar la propiedad de algún particular o corporación si no fuere por causa pública y siempre bajo indemnización.¹⁸ Ahora bien, si para 1824 era ya claro que se concebía a la nación como un todo político y con soberanía sobre el territorio, otros textos elaborados entre 1823 y 1824 demuestran los intereses del Estado por fomentar la agricultura, repartir tierras baldías y poblar espacios deshabitados de la República. Esto, a su vez, estaba acorde con la delimitación de los estados y la integración nacional bajo la dirección del gobierno federal.

En 1823, por ejemplo, se consideró repartir tierras baldías entre quienes hubieran servido en la guerra de Independencia, mientras que, en 1824, se inició el proyecto para colonizar el Istmo de Tehuantepec y barra de Coatzacoalcos.¹⁹ Estos proyectos de colonización tuvieron la intención de activar la economía nacional tras la guerra de Independencia y la consolidación de México como República.²⁰ En el decreto sobre colonización dictado por el Congreso en 1824, se especificó que incluso los extranjeros tendrían garantizada la seguridad de sus personas y propiedades siempre que se sujetaran a las leyes del país. Se recalcó, además, que nadie podría poseer más de una legua cuadrada de tierra de regadío, cuatro de superficie de temporal y seis de abrevadero. Tampoco los nuevos pobladores podrían pasar sus tierras a manos muertas.²¹

De manera que estos decretos y leyes fueron modelando el derecho del Estado sobre las tierras y recursos de la nación. El antiguo derecho del rey de España lo tenía ahora el gobierno de la República y lo sustentaba en la posesión de la soberanía nacional. Como únicas limitantes, según hemos visto, continuó y así se conservó en las Leyes Constitucionales de 1836, el derecho de los mexicanos de no poder ser privados de sus propiedades ni por el presidente ni por el Congreso. Incluso, dado que se conservaban aún las tierras de las corporaciones, tampoco éstas podían ser objeto de despojo.²² Esto ocurrirá sólo en los años de 1850 con las Leyes de Reforma.

De manera que los ordenamientos elaborados en la década de 1840, tales como el Primer y Segundo proyectos de Constitución de 1842, conservaron los mismos puntos: el derecho de propiedad y el derecho de no ser privado de la misma, salvo en casos de utilidad pública, siempre y cuando se realizara una previa indemnización. Estos ordenamientos, además, reconocieron la soberanía del Estado. En 1856, el Estatuto Orgá-

¹⁷Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

¹⁸Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, artículo 112, fracción III, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

¹⁹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 610.

²⁰Véase Jaime Olveda, "Proyectos de colonización en la primera mitad del siglo XIX", en *Relaciones. Revista de historia y sociedad*, número 42, Zamora, Michoacán, 1992, pp. 24-47.

²¹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 611.

²²Leyes constitucionales, 1836, ley primera, artículo 2, fracción III; ley tercera, artículo 45, fracción III; ley cuarta, artículo 18, fracciones III, V y VI, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

nico Provisional de la República señaló como obras de utilidad pública las que tuvieran por objeto proporcionar a la nación usos y goces de beneficio común ejecutadas ya fuera por el gobierno o por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente (artículo 66).²³ No obstante, para 1856, si bien el asunto parecía estar claro en la letra de los diversos ordenamientos, no lo parecía así en la práctica, como se demuestra en el voto particular de Ponciano Arriaga sobre el derecho de propiedad, regulado en el Proyecto de Constitución de 1856. En ese momento el político señaló:

Mientras que pocos individuos están en posesión de inmensos e incultos terrenos, que podrían dar subsistencia para muchos millones de hombres, un pueblo numeroso, crecida mayoría de ciudadanos, gime en la más horrenda pobreza, sin propiedad, sin hogar, sin industria ni trabajo. Ese pueblo no puede ser libre ni republicano, y mucho menos venturoso, por más que cien constituciones y millares de leyes proclamen derechos abstractos, teorías bellísimas, pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad.²⁴

Esta crítica era bastante clara: a pesar de los muchos lineamientos sobre la materia, gran parte de ellos seguía siendo letra muerta. Nuevos aspectos se sumaron justo en este momento, en particular con la Ley de Desamortización de Bienes de Manos Muertas, promulgada por Ignacio Comonfort ese mismo año.²⁵ Dicha ley fue un golpe directo a la propiedad de las corporaciones civiles y eclesiásticas. Si bien hasta entonces se había respetado el derecho de propiedad de las corporaciones religiosas, en ese momento, y con el antecedente de 1847 en que se ordenó hipotecar propiedades eclesiásticas para gastos de guerra, las propiedades de la Iglesia pasaron a manos de particulares. Se les permitió conservar sólo los templos, colegios, palacios episcopales, casas curales, etcétera. Se señaló, además, que ninguna corporación civil o eclesiástica podría administrar, por sí o por intermediario, bienes raíces. Como puede apreciarse, las reformas liberales ya no sólo habían remarcado la soberanía del Estado sobre el territorio y sus bienes, sino también sobre las corporaciones religiosas y sobre la misma institución eclesiástica. Ello quedó plasmado en la Constitución de 1857 cuyo artículo 27 señaló:

La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse. Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única ex-

²³Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

²⁴*Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, p. 619.

²⁵Ley de Desamortización de Bienes de Manos Muertas, 1856, disponible en <http://www.pa.gob.mx/publica/MARCO%20LEGAL%20PDF/LEY%20DESAM%20BIE%20MAN%20MUER.pdf>.

cepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.²⁶

La ley de 1856 y el propio texto constitucional fueron complementados en 1859 por el Manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación, suscrito por Benito Juárez, en el cual señaló que:

Han sido y son propiedad de la Nación todos los bienes que hoy administra el clero secular y regular, con diversos títulos, así como el excedente que tengan los conventos de monjas, deduciendo el monto de sus dotes, y enajenar dichos bienes, admitiendo en pago de una parte de su valor, títulos de la deuda pública y de capitalización de empleos.²⁷

Por si fuera poco, el mismo año se promulgó la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos que declaró como parte del dominio de la nación “todos los bienes que el clero secular y regular ha estado administrando con diversos títulos, sea cual fuere la clase de predios, derechos y acciones en que consistan” (artículo 1°).²⁸

Los diversos ordenamientos emanados de los gobiernos liberales de la década de 1850 acabaron por definir el derecho del Estado sobre los bienes muebles e inmuebles de la Iglesia. Si bien en 1863 en México se instauró el Segundo Imperio, bajo el mando de Maximiliano de Habsburgo, no por ello las medidas anteriores fueron disueltas. De hecho, la postura liberal-moderada del emperador fue una de las causas por la que fue perdiendo el apoyo de los conservadores que lo habían llamado a gobernar. Como muestra podemos señalar que en 1865 emitió un decreto que legitimaba la desamortización y nacionalización de bienes eclesiásticos.²⁹ Así mismo, emitió un interesante decreto sobre el fundo legal en 1866, en el cual el emperador anuncia la asignación de fundo legal y ejido para aquellas poblaciones que no contarán con éstos.³⁰ Lo anterior demuestra que para fines del siglo XIX los estados se habían fortalecido y, aunque en México se había instaurado un Segundo Imperio, éste llegó rápidamente a su fin y no representó un riesgo mayor para la soberanía nacional.

Pocos años después, en 1873, se elaboró una reforma al artículo 27 constitucional de 1857. Entonces se sumó que ninguna institución religiosa podría adquirir bienes raíces ni capitales impuestos sobre éstos. Además de lo anterior, durante estos años continuaron los proyectos de colonización en diversas partes del país con miras a poblar zonas costeras por parte de grupos extranjeros que ayudaran a activar la economía nacional.³¹ En dichos proyectos el Estado se mostraba y consolidaba como el dueño de

²⁶Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

²⁷*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 644.

²⁸Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos, 1859, disponible en http://www.anfade.org.mx/docs/ponencias/Ley-nacionalizacionlosbieneseclesiaticos%20_Anexo%208.pdf.

²⁹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 645.

³⁰*Ibidem*, p. 646.

³¹Marcela Martínez Rodríguez, “El proyecto colonizador de México a finales del siglo XIX. Algunas perspectivas comparativas en Latinoamérica”, en *Secuencia*, núm. 76, México, enero-abril 2010, pp. 103-132.

los recursos naturales. En este sentido, el gobierno federal emitió una serie de leyes con miras a regular esta posesión y reparto.

En 1894, por ejemplo, se emitió la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas Federales. Su artículo primero autorizó al Ejecutivo para hacer concesiones a particulares y compañías para el mejor aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal y como potencia aplicable a diversas industrias. La ley estipuló todos los lineamientos necesarios para dichas concesiones.³² Años más tarde, ya en 1906, el Programa del Partido Liberal Mexicano propuso una serie de puntos que, a pesar de los diversos textos jurídicos, continuaban sin atenderse del todo. Dicho Partido señaló, entre otras cosas, que los templos debían considerarse como negocios y, por lo tanto, debían pagar impuestos; propuso la nacionalización de los bienes raíces que el clero poseyera en poder de testaferros; ordenó la obligación de los dueños de tierras de hacerlas productivas, y estipuló que el gobierno debía dar tierras a quienes las solicitaran, sin más obligación que dedicarlas a la agricultura y no poder venderlas.³³

La larga permanencia de Porfirio Díaz en el poder se caracterizó por la estabilidad política, la paz impuesta por las bayonetas, la recuperación del crédito externo, el inicio del crecimiento económico, la conformación de grandes empresas, el arranque de la industrialización y la consolidación de la hacienda como sistema de producción. En ese lapso se emitieron dos ordenamientos fundamentales para la cuestión agraria: el Decreto sobre Colonización y Compañías Deslindadoras, del 15 de diciembre de 1883, y la Ley sobre Ocupación y Enajenación de Terrenos Baldíos, del 25 de marzo de 1894.³⁴ Tales ordenamientos tenían el fin expreso de identificar las tierras que carecían de propietario para incorporarlas a la vida económica del país a través de su deslinde,³⁵ mediación y venta a particulares. Las compañías deslindadoras asumieron, con una concesión del gobierno, la responsabilidad de localizar terrenos baldíos, deslindarlos y medirlos, y de transportar hasta ellos a los colonos que debían trabajarlos una vez que estuvieran fraccionados.

Si bien el clero dejó de ser propietario de una considerable superficie de tierras del país, los terratenientes asumieron con gusto y provecho las viejas y nuevas propiedades. A su lado quedó el conjunto de indígenas que a pesar de la pérdida de sus tierras, mantenían la terquedad de sobrevivir y, en breve, expresarían con fuerza su inconformidad y su revancha. Al vender las propiedades de la Iglesia e intentar la desaparición de las comunidades, los liberales no lograron dar nacimiento a una burguesía fuerte e independiente del poder público y del extranjero. Por el contrario, se constituyó un grupo de latifundistas y hacendados, con reminiscencias de tipo feudal, que impondría su visión regresiva: en lo económico, con un lastre de la modernidad empresarial de la época; en lo social, manteniendo formas de explotación arcaicas y,

³²*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 667.

³³Programa del Partido Liberal Mexicano de 1906, artículos 17, 18, 34, 36 y 37, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.

³⁴José Ramón Medina Cervantes, *Derecho agrario*, México, Harla, 1987, pp. 103-108.

³⁵Deslindar: Del latín *delimitare*. Señalar y distinguir los términos de un lugar, provincia o heredad. Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, México, UNAM, p. 198.

en lo político, oponiéndose en los hechos al relevo natural del dictador. De modo absoluto, el porfiriato abandonó así el proyecto liberal de crear una numerosa clase de pequeños propietarios, porque fue incapaz de impedir la sobrevivencia de las comunidades y por necesidades del modelo aumentaron considerablemente los peones acasillados y los jornaleros en las haciendas del norte.³⁶

La Revolución y el Congreso Constituyente de 1917. En un principio la lucha revolucionaria no tuvo un objetivo eminentemente agrarista, puesto que era sólo una parte del ideario político que la sustentaba. Tampoco proponía medidas radicales sobre la estructura de la tenencia de la tierra, pues tan sólo pretendía hacer menos injusta la distribución de la riqueza y buscaba otorgar al campesino un pedazo de tierra que permitiera su sustento físico, para satisfacer sus necesidades primarias individuales y familiares, y espiritual, por el especial sentimiento que subyace a los pueblos agricultores, que consiste en la unidad y en un amor casi maternal a la tierra. La insatisfacción originada por el autoritarismo, la ausencia de democracia, la concentración de la riqueza y de la propiedad y la violencia de los órganos de represión del Estado abrieron cauce a las demandas para moderar la desigualdad, recuperar las tierras expropiadas injusta e ilegalmente a las comunidades, elevar los salarios de los obreros y mejorar las condiciones de vida de la población. Las exigencias de la sociedad se concretaron, en cierta medida, en planes y leyes que tuvieron en casi todos los casos importantes un apartado de carácter agrario.

Madero proclamó el Plan de San Luis el 5 de octubre de 1910, el cual contenía tres grandes propuestas:

- 1) Restitución de ejidos: deberían integrarse las tierras de las que hubiesen sido despojados los poblados que debían contar con sus títulos primordiales. La toma de posesión debía ser inmediata y el procedimiento se ventilaría ante tribunales especiales.
- 2) Fraccionamiento de latifundios: a causa de la miseria de la gran mayoría de los pueblos y ciudadanos, se ordenaba la expropiación, previa indemnización, de un tercio de dichos latifundios para otorgar ejidos, colonias, fundos legales y campos destinados a la siembra.
- 3) Confiscación de propiedades: todas las tierras de aquellos que se opusieran al Plan deberían ser confiscadas y destinadas al pago de indemnizaciones de guerra.³⁷

El movimiento encabezado por Zapata fue similar en muchos aspectos a otros movimientos agrarios, tanto en los motivos como en las estrategias de lucha. La mayor

³⁶Luis Rene Guerrero Galván, *et al.*, *El Derecho Sustantivo Agrario*, Zacatecas, Vínculo Jurídico/Unidad Académica de Derecho-Universidad Autónoma de Zacatecas, 2007, pp. 37-72.

³⁷“Abusando de la ley de terrenos baldíos, numerosos pequeños propietarios, en su mayoría indígenas, han sido despojados de sus terrenos, por acuerdo de la Secretaría de Fomento, o por fallos de los tribunales de la República. Siendo de toda justicia restituir a sus antiguos poseedores los terrenos de que se les despojó de un modo tan arbitrario, se declaran sujetas a revisión tales disposiciones y fallos y se les exigirá a los que los adquirieron de un modo tan inhumano, o a sus herederos, que los restituyan a sus primitivos propietarios, a quienes pagarán también una indemnización por los perjuicios sufridos. Sólo en caso de que esos terrenos hayan pasado a tercera persona antes de la promulgación de este Plan, los antiguos propietarios recibirán indemnización de aquellos en cuyo beneficio se verificó el despojo”. Francisco Indalesio Madero, “Plan de San Luis Potosí, 5 de octubre de 1910”, en *Antología de Historia de México. Documentos, narraciones y lecturas*, México, SEP, 1993, p. 50.

parte del Ejército zapatista estuvo compuesta por campesinos libres cuyo principal sustento era la solidaridad aldeana, el respeto a una autoridad avalada por la tradición y la no remuneración o pago a los soldados. Sus dirigentes, entre los que se encontraban campesinos, obreros e intelectuales, mostraron siempre una gran adhesión a los ideales del movimiento, por lo que éste mantuvo siempre una considerable unidad. Al igual que otras fracciones participantes en la Revolución, el zapatismo fue modificando los objetivos de lucha en el transcurso de las acciones bélicas. El Plan de Ayala, promulgado en noviembre de 1911, pugnó especialmente por la devolución de las tierras arrebatadas a los pueblos y la expropiación, previa indemnización, de los grandes monopolios, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtuvieran ejidos, colonias, fundos legales para pueblos o campos de sembradura o labor; el cual dictaminaba en su artículo 6:

Como parte adicional del Plan [de San Luis] que invocamos, hacemos constar: que los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques, a la sombra de la tiranía y de la justicia venal entrarán en posesión de esos bienes inmuebles desde luego los pueblos o ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes de esas propiedades, de las cuales han sido despojados, por mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance con las armas en la mano, la mencionada posesión, y los usurpadores que se consideren con derecho a ellos, los deducirán ante tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la Revolución.³⁸

La Ley Agraria zapatista, emitida en 1915, muestra la evolución del movimiento. En su artículo 3 estableció que: “La nación reconoce el derecho tradicional e histórico que tienen los pueblos, rancherías y comunidades de la República, a poseer y administrar sus terrenos de común repartimiento, y a sus ejidos, en la forma que juzguen conveniente”. En tanto, en el artículo 4° expresaba:

Para el efecto de crear la pequeña propiedad, serán expropiadas por causa de utilidad pública y mediante la correspondiente indemnización, todas las tierras del país, con la sola excepción de los terrenos pertenecientes a los pueblos, rancherías y comunidades, y de aquellos predios que, por no exceder del máximo que fija esta ley, deben permanecer en poder de sus actuales propietarios.³⁹

La ley zapatista fue la primera en proponer un límite a la propiedad privada. Los topes variaron según la calidad del terreno de que se tratase e iban de 100 a 1,500 hectáreas. Esta ley también fue original en otros aspectos al declarar inalienables a perpetuidad las tierras de los pueblos; prohibir la formación de sindicatos o compañías agrícolas; establecer el derecho de confiscación de la propiedad del enemigo; crear tribunales agrarios especiales y departamentos federales de riego, de crédito rural, de ecuación y de investigación agrícolas, así como asignar un gran número de atribuciones

³⁸Emiliano Zapata *et al.*, “Plan de Ayala, Morelos, 28 de noviembre de 1911”, en *Antología de Historia de México...*, *op. cit.*, pp. 54-57.

³⁹Víctor Manzanilla-Schaffer, *El drama de la tierra de México. Del siglo XVI al siglo XXI*, México, LIX Legislatura-Cámara de Diputados, 2004, pp. 435-436.

al secretario de Agricultura y la obligación de las autoridades municipales de ejecutar las disposiciones.

En contraste, el movimiento encabezado por Francisco Villa nunca tuvo un agrarismo definido. Su extracción social y la composición de sus huestes no obligaban a que este tema fuera un imperativo de su lucha armada. Vaqueros, jornaleros, trabajadores eventuales y otras modalidades del desarraigo de los campesinos constituyeron la parte más nutrida de su ejército, lo que resultó sumamente eficaz desde el punto de vista de la movilización para la guerra, al mismo tiempo que no planteó grandes exigencias sociales. La Ley Agraria emitida por los villistas en 1915 estipuló, de igual manera que el Plan de Ayala de los zapatistas, la desaparición del latifundio. La fundamentación villista de este precepto no aludió a ninguna convicción moral o a la violación de un estado de cosas sancionado por la tradición; en su lugar se esgrimieron argumentos relativos a los obstáculos al desarrollo económico y el bienestar social. La devolución de tierras usurpadas a los pueblos, fundamento del Plan de San Luis y la *revolución zapatista*, ni siquiera es mencionada por los villistas.

Más aún, los derechos erigidos por la tradición no fueron reconocidos, la propiedad comunal fue negada y se propuso la expropiación de los terrenos circundantes de los pueblos indígenas a efecto de crear lotes de repartimiento individual. En otra parte de su articulado, facultó a los gobiernos estatales a expedir leyes para construir y proteger el patrimonio familiar, haciéndolo inalienable.⁴⁰ Cabe señalar que el aspecto previo fue retomado después por la Constitución de 1917. Aunque el Plan de Guadalupe intencionalmente no incluyó ninguna reforma social, las luchas campesinas obligaron a cambiar la estrategia. El 12 de diciembre de 1914 Carranza hizo adiciones a su Plan para incluir la promesa de legislar sobre la explotación de los recursos naturales, el mejoramiento de las clases proletarias, el matrimonio, la libertad del municipio, la restitución de las tierras a los pueblos, alentar a la pequeña propiedad; facultar a los gobernadores y comandantes militares para que expropiaran las tierras y las repartieran con el objeto de fundar pueblos, establecer servicios públicos y reorganizar el poder judicial.⁴¹

⁴⁰Artículo 17. Los gobiernos de los Estados expedirán leyes para construir y proteger el patrimonio familiar sobre las bases de que éste sea inalienable, que no podrá gravarse ni estará sujeto a embargos. La transmisión de dicho patrimonio para herencia, se comprobará con la simple inscripción en el Registro Público de la Propiedad, del certificado de defunción del jefe de la familia y de su testamento o en caso de intestado, de los certificados que acrediten el parentesco. Se considerará parte integrante del patrimonio familiar todo lote de veinticinco hectáreas o menos, adquirido en virtud de los fraccionamientos que ordena esta Ley". Francisco Villa, "Ley General Agraria", 24 de mayo de 1915, en Martha Chávez Padrón, *El derecho agrario en México*, Porrúa, 1982, p. 287.

⁴¹Art. 2.º El primer Jefe de la Revolución y Encargado del Poder Ejecutivo expedirá y pondrá en vigor, durante la lucha, toda las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, efectuando las reformas que la opinión exige como indispensables para restablecer el régimen que garantice la igualdad de los mexicanos entre sí; leyes agrarias que favorezcan la formación de la pequeña propiedad, disolviendo los latifundios y restituyendo a los pueblos las tierras de que fueron injustamente privados; leyes fiscales encaminadas a obtener un sistema equitativo de impuestos a la propiedad raíz; legislación para mejorar la condición del peón rural, del obrero, del minero y, en general, de las clases proletarias; establecimiento de la libertad municipal como institución constitucional; bases para un nuevo sistema de organización del Poder Judicial Independiente, tanto en la Federación como en los Estados; revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garanticen el estricto cumplimiento de las leyes de Reforma; revisión de los códigos Civil, Penal y de Comercio; reformas del procedimiento judicial,

Con esto, los constitucionalistas iniciaron una doble batalla contra Zapata y Villa, tanto en el terreno militar como en el ideológico. Carranza pretendió mostrar al país que su proyecto de nación era sensible a las causas profundas de la Revolución y que además del restablecimiento de la legalidad retomarían las demandas más apremiantes de la sociedad. Este proceso se inició con la Ley Agraria del 6 de enero de 1915, emitida por Carranza en Veracruz, la cual recogió el aspecto nodal de la lucha zapatista, pues ordenó la restitución de las tierras arrebatadas, declarando nulas las enajenaciones violatorias de la Ley de Desamortización de 1856 y las que hubiesen cometido ilegalmente las autoridades federales desde el 1° de diciembre de 1876.

Creó la Comisión Nacional Agraria, antecedente de la Secretaría de la Reforma Agraria, las comisiones locales por cada estado o territorio de la federación, predecesoras de las comisiones agrarias mixtas —hoy casi extintas—, y los comités particulares ejecutivos que en cada entidad federativa se considerasen necesarios. El procedimiento se llevaría a cabo del siguiente modo: las solicitudes de restitución serían dirigidas a los gobernadores de los estados o a la autoridad política superior de los territorios, quienes a su vez solicitarían la opinión de la Comisión Local Agraria sobre la justicia y pertinencia de la restitución. De obtener el fallo favorable, la solicitud se turnaría al Comité Particular Ejecutivo, para que con carácter provisional procediera a la restitución. El expediente sería entonces enviado a la Comisión Nacional Agraria para que diese los elementos necesarios al encargado del Poder Ejecutivo que expediría los títulos definitivos.

Además, estableció el derecho de los pueblos a obtener tierras para ejidos mediante la expropiación de terrenos colindantes. En su artículo 3° exponía:

Los pueblos que necesitándolos, carezcan de ejidos o que no pudieren lograr su restitución por falta de títulos, por imposibilidad de identificarlos o porque legalmente hubieren sido enajenados, podrán obtener que se les dote del terreno suficiente para reconstituirlos conforme a las necesidades de su población, expropiándose por cuenta del Gobierno nacional el terreno indispensable para ese efecto, del que se encuentre inmediatamente colindante con los pueblos interesados.⁴²

El 22 de octubre de 1916, con la hegemonía lograda por el Ejército constitucionalista, se llevaron a cabo elecciones de diputados constituyentes que aprobarían o modificarían un Proyecto de Constitución elaborado por Carranza. El bloque más cercano a las ideas carrancistas, llamado “renovador”, sostuvo un proyecto que sólo pretendía

con el propósito de hacer expedita y efectiva la administración de justicia; revisión de las leyes relativas a la explotación de minas, petróleo, aguas, bosques y demás recursos naturales del país, y evitar que se formen otros en lo futuro; reformas políticas que garanticen la verdadera aplicación de la Constitución de la república, y en general todas las demás leyes que se estimen necesarias para asegurar a todos los habitantes del país la efectividad y el pleno goce de sus derechos, y la igualdad ante la ley [...] para nombrar a los gobernadores y comandantes militares de los estados y removerlos libremente; para hacer las expropiaciones por causa de utilidad pública que sean necesarias para el reparto de tierras, fundación de pueblos y demás servicios públicos”. Venustiano Carranza, “Adiciones al Plan de Guadalupe”, 12 de diciembre de 1914, en *Antología de Historia de México. Documentos, narraciones y lecturas*, op. cit., pp. 66-67.

⁴²Idem.

perfeccionar la Constitución de 1857, en tanto que un grupo más radical, identificado con Álvaro Obregón, pretendía impulsar transformaciones de mayor alcance. Pastor Rouaix, secretario de Fomento en el gabinete de Carranza y diputado por el distrito de Tehuacán de las Granadas en Puebla, coordinó la redacción del artículo 27 constitucional sobre la estructura de la tenencia territorial de nuestro país, en el que también participaron los diputados Francisco J. Múgica y Heriberto Jara, así como Andrés Molina Enríquez cuya obra, *Los grandes problemas nacionales*, sirvió de sustento a ese artículo constitucional, al igual que la Ley del 6 de Enero. Molina Enríquez sostenía la necesidad de regresar al espíritu de la legislación indiana, cuando menos en dos aspectos: primero, de reconocer a la nación, como antes al rey, el derecho pleno sobre tierras y aguas, para retener bajo su dominio todo lo necesario en su desarrollo social, regular el estado total de la propiedad y resolver el problema agrario; segundo, restablecer el reconocimiento de la propiedad y la explotación comunal de la tierra, que con las Leyes de Reforma se había pretendido abolir. Ambos aspectos fueron incorporados a la Constitución de 1917. Tres grandes corrientes se manifestaron en el artículo 27:

- 1) La que sostenía que la propiedad debía considerarse como un derecho natural y debía ser protegida contra toda expropiación que no estuviese fundada en la estricta utilidad pública.
- 2) La que proponía la nacionalización del territorio, que la nación otorgaría únicamente en posesión a quienes se encontraran en condiciones de trabajarlo.
- 3) La que afirmaba que el derecho de propiedad debía adecuarse al trabajo de la tierra, es decir, que la propiedad y la posesión deberían de coincidir en cuanto a tiempo, bienes y persona.

Sin embargo, todas las corrientes coincidieron en el reconocimiento de la función social de la propiedad, que imponía que el titular no lo fuera sólo en beneficio de un derecho individual, sino también en atención a la sociedad en la que vivía y convivía, con la obligación de mantener una constante y razonable explotación, anteponiéndole siempre modalidades basadas en el interés público.

El Programa del Partido Liberal surgió en el marco de la Revolución mexicana, movimiento armado que tuvo un fuerte trasfondo campesino de reclamo por la tierra. Si bien hasta entonces un buen número de textos jurídicos habían reglamentado el derecho a la tierra y habían condenado el acaparamiento, durante el porfiriato hubo un renacer de la hacienda y de dicho acaparamiento de tierras, la mayoría de las veces, solapado por el Gobierno federal que cimentó parte de su poder en los caciques locales. De manera que el texto anterior así como otros planes emergidos de la Revolución, como el Plan de San Luis, promulgado por Madero en 1910; el Plan de Ayala, emitido por Emiliano Zapata; el Plan de Santa Rosa y el Proyecto de Ley Agraria de Pascual Orozco, tuvieron como trasfondo el reclamo por la tierra y la lucha contra los hacendados.⁴³

Cuando los constitucionalistas salieron victoriosos tras la Revolución, no pudieron ignorar todas estas demandas. El propio Venustiano Carranza tuvo que declarar nulas,

⁴³*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., pp. 670-671.

en 1916, todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones y comunidades, así como las composiciones, concesiones y ventas de tierras, aguas y montes hechas por la Secretaría de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal desde 1876 hasta esa fecha. Asimismo, señaló que los pueblos sin ejidos podrían solicitarlos y los que hubieran sido despojados de sus recursos podrían pedir su restitución. Carranza también retomó lo anterior sobre la prohibición de que corporaciones e instituciones religiosas pudieran adquirir o administrar bienes raíces. Se sumó, además, el derecho de los bancos de administrar bienes raíces siempre que fuera bajo las prescripciones de la ley.⁴⁴ Todos estos puntos fueron los que se incorporaron al artículo 27 en 1917, y que en su redacción fue sustancialmente mucho mayor que el redactado en 1857.

⁴⁴*Ibidem*, pp. 673-677.

Artículo 27

Texto constitucional vigente

27 *Artículo 27.* La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la Ley Reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.⁴⁵

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el

⁴⁵Párrafo reformado, *DOF*: 06-02-1976, 10-08-1987 y 06-01-1992.

espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.⁴⁶

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten las entidades federativas.⁴⁷

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes

⁴⁶Párrafo reformado, *DOF*: 20-01-1960.

⁴⁷Párrafo reformado, *DOF*: 21-04-1945, 20-01-1960 y 29-01-2016.

se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.⁴⁸

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.⁴⁹

Corresponde también a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. El uso de la energía nuclear sólo podrá tener fines pacíficos.⁵⁰

La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.⁵¹

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:⁵²

- I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en bene-

⁴⁸Párrafo reformado, *DOF*: 09-11-1940, 20-01-1960, 06-02-1975, 11-06-2013 y 20-12-2013.

⁴⁹Párrafo adicionado, *DOF*: 20-12-2013.

⁵⁰Párrafo adicionado, *DOF*: 29-12-1960, fe de erratas al párrafo, *DOF*: 07-01-1961; reformado, *DOF*: 06-02-1975.

⁵¹Párrafo adicionado, *DOF*: 06-02-1976.

⁵²Párrafo reformado, *DOF*: 02-12-1948 y 20-01-1960.

ficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.⁵³

- II. Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria;⁵⁴
- III. Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria;⁵⁵
- IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto.

En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la fracción XV de este artículo. La ley reglamentaria regulará la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no excedan en relación con cada socio los límites de la pequeña propiedad. En este caso, toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos, será acumulable para efectos de cómputo. Asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades. La propia ley establecerá los medios de registro y control necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto por esta fracción;⁵⁶

- V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos, sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.

⁵³Fracción reformada, *DOF*: 02-12-1948 y 20-01-1960.

⁵⁴Fracción reformada, *DOF*: 28-01-1992.

⁵⁵*Idem*.

⁵⁶Fracción reformada, *DOF*: 06-01-1992.

- VI.** Las entidades federativas, lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.⁵⁷

Las leyes de la Federación y de las entidades federativas en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.⁵⁸

El ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación, por virtud de las disposiciones del presente artículo, se hará efectivo por el procedimiento judicial; pero dentro de este procedimiento y por orden de los tribunales correspondientes, que se dictará en el plazo máximo de un mes, las autoridades administrativas procederán desde luego a la ocupación, administración, remate o venta de las tierras o aguas de que se trate y todas sus accesiones, sin que en ningún caso pueda revocarse lo hecho por las mismas autoridades antes que se dicte sentencia ejecutoriada.

- VII.** Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas.

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores. La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo establecerá los procedimientos por los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal

⁵⁷Párrafo reformado, *DOF*: 08-10-1974, 06-01-1992 y 29-01-2016.

⁵⁸Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley.

Dentro de un mismo núcleo de población, ningún ejidatario podrá ser titular de más tierra que la equivalente a 5 por ciento del total de las tierras ejidales. En todo caso, la titularidad de tierras en favor de un solo ejidatario deberá ajustarse a los límites señalados en la fracción XV.

La asamblea general es el órgano supremo del núcleo de población ejidal o comunal, con la organización y funciones que la ley señale. El comisariado ejidal o de bienes comunales, electo democráticamente en los términos de la ley, es el órgano de representación del núcleo y el responsable de ejecutar las resoluciones de la asamblea.

La restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población se hará en los términos de la ley reglamentaria;⁵⁹

VIII. Se declaran nulas:

- a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, Gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local en contravención a lo dispuesto en la Ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas;
- b) Todas las concesiones: composiciones o ventas de tierras, aguas y montes, hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día primero de diciembre de 1876, hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento o cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, y núcleos de población.
- c) Todas las diligencias de apeo o deslinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el periodo de tiempo a que se refiere la fracción anterior, por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de común repartimiento, o de cualquiera otra clase, pertenecientes a núcleos de población.

Quedan exceptuadas de la nulidad anterior, únicamente las tierras que hubieren sido tituladas en los repartimientos hechos con apego a la Ley de 25 de junio de 1856 y poseídas en nombre propio a título de dominio por más de diez años cuando su superficie no exceda de cincuenta hectáreas.

- IX.** La división o reparto que se hubiere hecho con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población y en la que haya habido error o vicio, podrá ser nulificada cuando así lo soliciten las tres cuartas partes de los vecinos que estén en posesión de una cuarta parte de los terrenos, materia de la división, o una cuarta parte de los mismos vecinos cuando estén en posesión de las tres cuartas partes de los terrenos.

⁵⁹Fracción reformada, DOF: 06-12-1937 y 06-01-1992.

- X.** (Se deroga)⁶⁰
- XI.** (Se deroga)⁶¹
- XII.** (Se deroga)⁶²
- XIII.** (Se deroga)⁶³
- XIV.** (Se deroga)⁶⁴
- XV.** En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los latifundios.
Se considera pequeña propiedad agrícola la que no exceda por individuo de cien hectáreas de riego o humedad de primera o sus equivalentes en otras clases de tierras.
Para los efectos de la equivalencia se computará una hectárea de riego por dos de temporal, por cuatro de agostadero de buena calidad y por ocho de bosque, monte o agostadero en terrenos áridos.
Se considerará, asimismo, como pequeña propiedad, la superficie que no exceda por individuo de ciento cincuenta hectáreas cuando las tierras se dediquen al cultivo de algodón, si reciben riego; y de trescientas, cuando se destinen al cultivo del plátano, caña de azúcar, café, henequén, hule, palma, vid, olivo, quina, vainilla, cacao, agave, nopal o árboles frutales.
Se considerará pequeña propiedad ganadera la que no exceda por individuo la superficie necesaria para mantener hasta quinientas cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor, en los términos que fije la ley, de acuerdo con la capacidad forrajera de los terrenos.
Cuando debido a obras de riego, drenaje o cualesquiera otras ejecutadas por los dueños o poseedores de una pequeña propiedad se hubiese mejorado la calidad de sus tierras, seguirá siendo considerada como pequeña propiedad, aun cuando, en virtud de la mejoría obtenida, se rebasen los máximos señalados por esta fracción, siempre que se reúnan los requisitos que fije la ley.
Cuando dentro de una pequeña propiedad ganadera se realicen mejoras en sus tierras y éstas se destinen a usos agrícolas, la superficie utilizada para este fin no podrá exceder, según el caso, los límites a que se refieren los párrafos segundo y tercero de esta fracción que correspondan a la calidad que hubieren tenido dichas tierras antes de la mejora;⁶⁵
- XVI.** Se deroga)⁶⁶
- XVII.** El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, expedirán leyes que establezcan los procedimientos para el fraccionamiento y enajenación de las extensiones que llegaren a exceder los límites señalados en las fracciones IV y XV de este artículo.

⁶⁰Fracción reformada, *DOF*: 12-02-1947, derogada, *DOF*: 06-01-1992.

⁶¹Fracción reformada, *DOF*: 08-10-1974, derogada, *DOF*: 06-01-1992.

⁶²*Idem.*

⁶³Fracción derogada, *DOF*: 06-01-1992.

⁶⁴Fracción reformada, *DOF*: 12-02-1947, derogada, *DOF*: 06-01-1992.

⁶⁵*Idem.*

⁶⁶Fracción derogada, *DOF*: 06-01-1992.

El excedente deberá ser fraccionado y enajenado por el propietario dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación correspondiente. Si transcurrido el plazo el excedente no se ha enajenado, la venta deberá hacerse mediante pública almoneda. En igualdad de condiciones, se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley reglamentaria.

Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno;⁶⁷

XVIII. Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechas por los Gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, por una sola persona o sociedad, y se faculta al Ejecutivo de la Unión para declararlos nulos cuando impliquen perjuicios graves para el interés público.

XIX. Con base en esta Constitución, el Estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria, con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la (*sic*)⁶⁸ tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyará la asesoría legal de los campesinos.

Son de jurisdicción federal todas las cuestiones que por límites de terrenos ejidales y comunales, cualquiera que sea el origen de éstos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población; así como las relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades. Para estos efectos y, en general, para la administración de justicia agraria, la ley instituirá tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción, integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente.⁶⁹

La ley establecerá un órgano para la procuración de justicia agraria, y⁷⁰

XX. El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional, y fomentará la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Asimismo expedirá la legislación reglamentaria para planear y organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, considerándolas de interés público.

El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca.⁷¹

⁶⁷Fracción reformada, *DOF*: 08-10-1974 y 06-01-1992.

⁶⁸Fracción reformada, *DOF*: 03-02-1983.

⁶⁹Párrafo adicionado, *DOF*: 06-01-1992.

⁷⁰Párrafo adicionado, *DOF*: 06-01-1992; fracción adicionada, *DOF*: 03-02-1983.

⁷¹Párrafo adicionado, *DOF*: 13-10-2011; fracción adicionada, *DOF*: 03-02-1983, artículo reformado, *DOF*: 10-01-1934.

Artículo 27

Comentario por **Marisol Anglés Hernández**

27

El artículo 27 en materia de energía

Energía fósil

Referirse a los recursos del subsuelo, en especial a los hidrocarburos, es hacerlo a las principales fuentes de energía utilizadas a escala planetaria: gas natural (21.4%), carbón (28.9%) y petróleo (31.1%);⁷² por tanto, es de gran relevancia su regulación. En México, el régimen de propiedad de estos recursos ha ido de la propiedad privada a la propiedad exclusiva de la nación como lo es actualmente, bajo determinados supuestos que permiten el acceso a los mismos del capital privado. Como veremos más adelante, esto no es trivial, pues se trata de recursos naturales no renovables, de carácter estratégico para garantizar la soberanía energética y, por ende, el desarrollo nacional. Sin embargo, de acuerdo con las recientes reformas en materia de derechos humanos, el acceso a los mismos debe garantizar los derechos de las personas que habitan en los sitios en los que se encuentran los hidrocarburos; además, las actividades de exploración y extracción tienen que llevarse a cabo con un enfoque de sustentabilidad, de lo contrario, el Estado mexicano podría incurrir en responsabilidad internacional.

Como es bien sabido, la riqueza natural de la antigua Tenochtitlán fue uno de los principales atractivos para los colonizadores españoles, quienes desde 1521 se aprovecharon de la misma a efecto de satisfacer la demanda de la Corona. En las Siete Partidas de Alfonso “El Sabio”, en las Ordenanzas Mineras de 1563 de Felipe II y, principalmente, en las Ordenanzas de Aranjuez, del 22 de mayo de 1783, dictadas por el rey Carlos III, se estableció que el monarca tenía la propiedad y el dominio eminente sobre las minas de oro y plata, las piedras preciosas, el cobre, el estaño, el plomo, el mercurio, el cadmio, el bismuto, la sal gema, las sustancias bituminosas y los jugos de la tierra, como el petróleo. Tal dominio significaba que la Corona no cedía su propiedad absoluta y directa sobre esos recursos, que mantenía su control sobre ellos en primera y última instancia y, en tal virtud, tenía el derecho de darlos en concesión o merced a los particulares; siempre reservándose la facultad de revocar las concesiones.⁷³

⁷²Organisation for Economic Co-operation and Development, *Key World Energy Statistics 2015*, Paris, OECD-International Energy Agency, 2015, p. 6.

⁷³Jaime Cárdenas Gracia, *En defensa del petróleo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009, p. 12.

Al consumarse la Independencia y suscribirse el Tratado de Paz y Amistad entre México y España del 22 de diciembre de 1836,⁷⁴ la nación mexicana se subrogó, por derecho de sucesión internacional, en todos los derechos que habían pertenecido a la Corona española, de manera que los minerales, incluido el petróleo, entraron a formar parte del dominio de la nación y su regulación quedó al amparo de las Ordenanzas de Aranjuez.⁷⁵

La falta de consideración de la importancia y naturaleza estratégica de los recursos naturales se advierte en el incipiente proyecto de nación materializado en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, que puso énfasis en la independencia de la nación, la soberanía del pueblo y sus derechos, la religión católica y, entre otras, la forma de gobierno, pero fue omiso en cuanto a la titularidad y protección de recursos tales como el petróleo.

Así, tenemos que hasta el 22 de noviembre de 1884 fueron abrogadas las Reales Ordenanzas para la Minería de la Nueva España y, en su lugar, se expidió por el gobierno del general Manuel González, el Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, por virtud de su artículo 10, reconoció la propiedad exclusiva del dueño de la superficie del terreno sobre los recursos minerales. Por tanto, se eliminó la base de toda acción fiscal. Asimismo, se permitía adquirir minas, placeres, haciendas de beneficio y aguas extraídas de las minas a toda persona capaz. A su vez, los extranjeros podían adquirir la propiedad minera en los términos y con las restricciones que las leyes de la República los consideraron capaces de adquirir y poseer, ya que la propiedad minera se transfería libremente como cualquier otro bien raíz con sujeción a las disposiciones legales vigentes. La posesión y propiedad que se adquirirían en las minas se entendían solamente para lo que hubiere en el interior del terreno, no en la superficie del mismo, lo cual pertenecía a su propietario.

Con el general Porfirio Díaz como presidente, se decretó la Ley de 6 de junio de 1887 sobre franquicias a las minas, inclusive las de petróleo, por lo que se dejó libre de toda contribución federal, local y municipal, excepto el Impuesto del Timbre, a las minas de carbón de piedra (en todas sus variedades), las de petróleo, las de hierro y azogue, así como los minerales producto de ellas; el hierro nacional dulce y colado en varillas, barras o lingotes, madejas, soleras y rieles, y el azogue nacional líquido producto del beneficio de los minerales de donde se extraía.

Estar a merced de las presiones de los Estados Unidos de América e Inglaterra en materia de energía no es nuevo, como resultado de ello, el presidente Porfirio Díaz expidió, el 4 de junio de 1892, la Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos, que derogaba el Código de Minas de los Estados Unidos Mexicanos, para ampliar la protección de los inversionistas privados en el sector hidrocarburos, y aunque no se reconoció explícitamente al dueño de la superficie la propiedad de los hidrocarburos, sí se permitió la explotación libre del recurso, veamos:

⁷⁴Miguel Alemán Valdés, *La verdad del petróleo en México*, México, Grijalbo, 1977, pp. 15-17.

⁷⁵Oscar Rabasa, "La indemnización en la expropiación petrolera", en Poder Judicial Federal, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, tomo III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, p. 235.

Artículo 4°. El dueño del suelo explotará libremente sin necesidad de concesión especial en ningún caso, las substancias minerales siguientes: Los combustibles minerales. Los aceites y aguas minerales [...]

Artículo 5°. La propiedad minera legalmente adquirida y la que en lo sucesivo se adquiera con arreglo a esta ley, será irrevocable y perpetua, mediante el pago del impuesto federal de propiedad, de acuerdo con las prescripciones de la ley que establezca dicho impuesto.

Como se advierte, pese a que en México ya operaban algunas compañías extranjeras en materia de petróleo, fundamentalmente estadounidenses, la regulación era escasa y estaba inmersa en la legislación minera. Hasta que el 24 de diciembre de 1901 Porfirio Díaz expidió la primera Ley del Petróleo, que facultaba al Ejecutivo federal para conceder permiso, a fin de hacer exploraciones en el subsuelo de los terrenos baldíos o nacionales, lagos, lagunas y albuferas que sean de jurisdicción federal, con el objeto de descubrir las fuentes o depósitos de petróleo o carburos gaseosos de hidrógeno que en él puedan existir (artículo 1°). Dichos permisos podían concederse, ya sea a particulares o bien a compañías debidamente organizadas, y solamente duraban un año improrrogable, contado a partir de la fecha de la publicación del permiso en el *Diario Oficial*. Los permisos para exploraciones causaban un derecho de cinco centavos por hectárea, que se hacía efectivo con estampillas, las cuales se adherían y cancelaban en el documento que al efecto se extendía a los interesados (artículo 2°).

Destacan las facilidades fiscales de la ley, ya que los descubridores de petróleo o carburos gaseosos de hidrógeno, que de acuerdo con la ley obtuvieron su patente respectiva, gozaban para la explotación de aquellas substancias, de las franquicias siguientes (artículo 3°):

- I. Exportar libres de todo impuesto los productos naturales, refinados o elaborados que procedan de la explotación.
- II. Importar libres de derechos, por una sola vez, las máquinas para refinar petróleo o carburos gaseosos de hidrógeno y para elaborar toda clase de productos que tengan por base el petróleo crudo, las tuberías necesarias para estas industrias, así como los accesorios para estas tuberías, bombas, tanques de hierro o de madera, barriles de hierro o de madera, gasómetros y materiales para los edificios destinados a la explotación, quedando estas importaciones sujetas a las disposiciones y reglas que dicte la Secretaría de Hacienda.
- III. El capital invertido en la explotación de petróleo o carburos gaseosos de hidrógeno, será libre por diez años de todo impuesto federal, excepto el del Timbre [...].
- V. Para el mismo establecimiento a que se refiere la fracción anterior, y cuando se trate de terrenos que sean de propiedad particular, los mismos concesionarios tendrán el derecho de expropiar a dichos particulares.

A partir de esta apertura, el auge de la participación extranjera en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos fue evidente. La Ley Minera de 25 de noviembre de 1909 hizo constar, en su artículo 2°, que eran de propiedad exclusiva del dueño del terreno, entre otros, los combustibles minerales y criadores y depósitos de materias bituminosas (petróleo), declaración que fue más allá de lo referido en las leyes

de 1884 y 1892, pasándose de una protección para garantizar una explotación libre de tales recursos a la titularidad sobre los mismos del dueño del terreno.

Como resultado de estos beneficios brindados por Porfirio Díaz, para 1910, el *trust* anglo-holandés controlaba las dos terceras partes de la industria petrolera que operaba en México y el resto estaba en manos de consorcios estadounidenses.⁷⁶ Sin embargo, sus operaciones económicas eran desconocidas por el nuevo gobierno de Francisco I. Madero, ya que no existía un registro de las empresas dedicadas a la industria, de los yacimientos en producción, de la cantidad de despachos al exterior o su situación fiscal.⁷⁷

Ante esa situación y la apremiante realidad económica, política y social que se vivía como parte de la transición revolucionaria, el gobierno de Francisco I. Madero decretó, el 3 de junio de 1912, la Disposición del Presupuesto de Ingresos de 1912 a 1913, que establece un impuesto especial del timbre sobre el petróleo crudo de producción nacional, a razón de 20 centavos por tonelada, equivalente a 3 centavos por barril, acción que fue calificada como confiscatoria por los inversionistas extranjeros, por lo que no fue acatada; aunque, en el marco de la guerra, México era visto como “una fuente casi ilimitada de petróleo” para abastecer de combustible los buques de guerra,⁷⁸ por lo que era importante tenerle como aliado.

Durante la época revolucionaria (1914-1917) se realizaron algunos esfuerzos para que la nación mexicana se beneficiara del aprovechamiento de los hidrocarburos, pero ello no tuvo éxito; por el contrario, dio lugar a enfrentamientos, como la invasión de la marina estadounidense al Puerto de Veracruz en 1914 y la rebelión auspiciada por las empresas petroleras estadounidenses en las zonas petroleras de la Huasteca. Para fortuna del movimiento nacionalista y su supervivencia, dos factores influyeron decisivamente a su favor: la ideología de no intervención en Latinoamérica del presidente Woodrow Wilson y la atención de éste y su gobierno sobre la política europea que insinuaba un inminente desenlace bélico.⁷⁹

En este contexto no fue sino hasta los trabajos del Congreso Constituyente de 1916 e inicios de 1917 cuando emerge la regulación constitucional de la riqueza natural del país. De manera que Pastor Rouaix, como diputado constituyente, trabajó por que “en la legislación mexicana quedara establecido como principio básico, sólido e inalterable, que sobre los derechos individuales a la propiedad, estuvieran los derechos superiores de la sociedad representada por el Estado para regular su repartición, su uso y conservación”.⁸⁰

El proyecto original del artículo 27 presentado por la Comisión redactora estuvo en las fracciones X y XI parte de lo que se integró en los párrafos cuarto, quinto y sexto del mismo artículo. Cabe señalar que dichas fracciones no fueron objeto de debate alguno, por lo que se aprobaron en los términos presentados por la Comisión

⁷⁶M. Alemán, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷J. Cárdenas, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁸Edith O’Shaughnessy, *La esposa de un diplomático en México*, México, Océano, 2005, p. 109.

⁷⁹M. Alemán, *op. cit.*, pp. 53-78.

⁸⁰Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Comisión Federal de Electricidad, 1978, p. 141.

dictaminadora. Así, el texto original del artículo 27, párrafo cuarto, relativo a los bienes de dominio directo de la nación en la Constitución de 1917, quedó como sigue:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.⁸¹

Este párrafo debe leerse de la mano con el párrafo sexto, que refería:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable a imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan [*sic*] con los requisitos que prevengan las leyes.

A partir de estos principios constitucionales queda claramente establecido el dominio directo de los minerales del subsuelo, del petróleo y los carburos de hidrógeno; así como su inalienabilidad e imprescriptibilidad, por lo que tales bienes quedan exceptuados de enajenación. Sin embargo, el mandato constitucional prevé la posibilidad para que el Ejecutivo Federal otorgue concesiones en materia de operación, sin que ello implique transferir la propiedad, pues subyacen los fines sociales al considerarlos bienes patrimonio de la nación, cuyo aprovechamiento debe estar orientado a hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación.

No obstante, el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional generó inconformidad entre el gobierno posrevolucionario y las empresas petroleras privadas que aducían derechos adquiridos previo a la naciente Constitución.⁸² Ante ello y con la expedición de la primera Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, promulgada el 31 de diciembre de 1925, durante el gobierno de Plutarco Elías Calles, además de definirse como “petróleo” a todas las mezclas naturales de hidrocarburos que lo componen, lo acompañan o se derivan de él (artículo 1º), se afirma, en su artículo 6º, que todo lo relativo a la industria petrolera es de exclusiva jurisdicción federal. Con la finalidad de respetar los derechos adquiridos, el artículo 14 previó reconocer los derechos derivados de terrenos en los que se hubieren comenzado los trabajos de explotación petrolera antes del 1º de mayo de 1917; los derivados de contratos celebrados antes de esa fecha por el beneficiario o sus causahabientes con fines

⁸¹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917.

⁸²Lorenzo Meyer, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero*, 3a. ed., México, El Colegio de México, 1981, p. 123.

expresos de explotación de petróleo, así como a los oleoductos y refinadores que estuvieran trabajando en esos momentos en virtud de concesión o autorización expedida por la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo.

El paso dado hacia la nacionalización parecía no tener retorno. De manera que, al amparo de las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por el Congreso de la Unión para legislar en lo relativo a bienes nacionales, el 31 de agosto de 1935 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, la Ley de Nacionalización de Bienes, con el objeto de asegurar que todos los bienes que nacionalizaba el artículo 27 constitucional quedaran bajo el dominio efectivo de la nación. El año siguiente, el 22 de septiembre de 1936, también por iniciativa presidencial, se aprobó la Ley de Expropiación, la cual procedía solamente por causa de utilidad pública y por razones de interés social.

Recordemos que los recursos naturales son imprescindibles para la subsistencia y el desarrollo de las naciones,⁸³ por tanto, desde el Derecho internacional se ha reconocido como una norma imperativa que cada Estado es dueño de los recursos naturales que se hallan dentro de su territorio y, en tal sentido, tiene el derecho soberano, inalienable e imprescriptible de determinar su uso y aprovechamiento, así como de regular la participación extranjera en los mismos y reservarse el derecho de expropiarlos y nacionalizarlos por causa de utilidad pública y mediante una compensación adecuada.⁸⁴

En concordancia con el acto expropiatorio y la facultad exclusiva de la nación para explotar los hidrocarburos, el 20 de julio de 1938 fue publicado en el *DOF* el decreto por el que se crea la institución pública Petróleos Mexicanos, con el objeto de encargarse del manejo de los bienes muebles e inmuebles que se expropiaron a diversas empresas petroleras. Al efecto, gozará de las atribuciones necesarias para llevar adelante su objeto, pudiendo efectuar todas las operaciones relacionadas con la industria petrolera, como exploración, explotación, refinación y almacenamiento. Podrá también realizar las operaciones de distribución de los productos relativos, salvo lo que establezcan las disposiciones que sobre el particular se dicten, y tendrá facultades para celebrar los contratos y actos jurídicos que se requieran en el cumplimiento de sus fines (artículo 2°).

Dado que el decreto expropiatorio transfirió a la nación únicamente la propiedad de los bienes destinados a la explotación de la industria petrolera, y a fin de evitar que la misma pudiese revertirse a favor de intereses privados, el presidente Lázaro Cárdenas trabajó en una iniciativa de reforma constitucional para que el Estado tuviera el control absoluto sobre los recursos del subsuelo y la explotación petrolera.⁸⁵

En la exposición de motivos de dicha iniciativa, Cárdenas reconoció que a través de la explotación directa de las reservas, la nación había iniciado un aprovechamiento verdadero de la riqueza del petróleo, pero ello no era posible en zonas en las que el

⁸³ Andrés Serra Rojas, *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990, p. 37.

⁸⁴ Rogelio López Velarde Estrada, “Energía y petroquímica básica”, en Jorge Witker, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1993, pp. 207-208.

⁸⁵ Narciso Bassols, “Pasos de cangrejo en la cuestión petrolera”, en *Obras*, México, FCE, 1964, p. 547.

petróleo era explotado mediante concesiones. Por ello, consideró que una vez tomado el cargo del control de las explotaciones, a fin de atender las necesidades sociales del país y las del comercio exterior, no existía motivo alguno para que continuaran formándose y vigorizándose intereses privados de naturaleza distinta a los intereses generales, cuya tutela procuraría el gobierno con todo empeño y energía. De ahí el propósito del Ejecutivo de terminar el régimen de concesiones.⁸⁶

Como resultado de esta iniciativa, el 9 de noviembre de 1940 fue reformado el artículo 27 constitucional para agregar la parte final al párrafo sexto, a efecto de señalar, de manera contundente, que: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólido, líquido o gaseoso, no se expedirán concesiones y la Ley Reglamentaria respectiva determinará la forma en que la Nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”.

Este pretendido blindaje para acceder a los recursos petrolíferos tuvo una duración efímera, ya que con Manuel Ávila Camacho como jefe del Ejecutivo, promulgó una nueva Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 1941, la cual dispuso, por virtud de su artículo 3°, que la exploración y explotación del petróleo se podía llevar a cabo por el gobierno, a través de su órgano competente, mediante instituciones públicas petroleras y “contratos” otorgados “a particulares o sociedades”. Esta posibilidad de dar acceso a la inversión privada se ha considerado violatoria del contenido del artículo 27 constitucional.⁸⁷

El 29 de noviembre de 1958 se deroga la Ley Reglamentaria del 18 de junio de 1941, y fue modificada esta ley, a fin de incluir en su artículo 1° que corresponde a la nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en el territorio nacional —incluida la plataforma continental— en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que componen el aceite mineral crudo, lo acompañan o se derivan de él. Por reforma del 28 de noviembre de 2008, también se consideraron como transfronterizos aquellos yacimientos o mantos fuera de la jurisdicción nacional, compartidos con otros países de acuerdo con los tratados en que México sea parte o bajo lo dispuesto en la Convención sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas.

Como resultado de las reformas del 11 de mayo de 1995, el artículo 4° de esta ley dispone que la nación llevará a cabo la exploración y la explotación del petróleo y las demás actividades a que se refiere el artículo 3°, que se consideran estratégicas en los términos del artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por conducto de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.

Nuevamente, el 20 de enero de 1960, se reforma el artículo 27 constitucional, en su párrafo cuarto, para incluir entre los bienes de dominio directo de la nación a todos los recursos naturales, tal como sigue:

⁸⁶El texto íntegro de la iniciativa presidencial puede verse en Arellano Belloc, Francisco, *La exclusividad del Estado en el manejo de sus recursos petroleros*, México, Comaval, 1958, pp. 59-63.

⁸⁷José Ovalle Favela, “La nacionalización de las industrias petrolera y eléctrica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XL, núm. 118, enero-abril, 2007, p. 186.

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Con este sustento se desarrolló la industria del petróleo y la petroquímica hasta obtener una producción conjunta de petróleo y gas natural de cerca de 90 por ciento de la producción total de energía primaria en México en este siglo XXI. Al 1 de enero de 2013, las reservas totales de hidrocarburos en el país sumaron 44.5 mil millones de barriles de petróleo crudo equivalente (MMbpce), de los cuales 31 por ciento corresponde a reservas probadas (1P), 28 por ciento a reservas probables (2P) y 41 por ciento a reservas posibles (3P). En cuanto a recursos prospectivos, México posee un gran potencial que le permitirá incorporar reservas para posteriormente materializarlas en producción de petróleo y gas natural.⁸⁸

No obstante, en épocas recientes el sector petrolero mexicano ha enfrentado la caída de la producción, lo cual ha provocado que para satisfacer la demanda nacional de gas natural, éste se haya tenido que importar a precios superiores de los que costaría producirlo en el país. Aunado a ello, la declinación de la producción de hidrocarburos provenientes de yacimientos convencionales coloca, como alternativa para ampliar la matriz energética, a los llamados recursos no convencionales, aquellos localizados en cuencas de lutitas y en aguas profundas. Pero aunque México tiene un considerable potencial de este tipo de recursos, carece de la capacidad técnica, financiera y de ejecución para extraerlos de forma competitiva; situación que llevó a nuestro país a justificar la modificación de la Constitución, a fin de permitir que no solamente Petróleos Mexicanos llevara a cabo las actividades relativas a la industria petrolera, pues de acuerdo con estimaciones de la propia institución, desarrollar el potencial de la industria nacional de exploración y extracción requeriría de aproximadamente 60 mil millones de dólares al año; sin embargo, el presupuesto asignado ronda alrededor de 20 mil millones de dólares anuales.⁸⁹

En consecuencia, el Gobierno federal adujo el interés de convertir al sector energético en uno de los más poderosos motores del crecimiento económico, a través de la atracción de la inversión, el desarrollo tecnológico y la formación de cadenas de valor,⁹⁰

⁸⁸Programa Sectorial de Energía 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de diciembre de 2013.

⁸⁹Gobierno de la República, "Reforma energética", México, 2013, p. 6.

⁹⁰Pacto por México, Ciudad de México, 2012, disponible en: <http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>.

lo cual involucra la participación del Estado, a través de las emergentes empresas productivas del Estado y también la del capital privado, tanto nacional como extranjero.

Bajo esta argumentación, el 20 de diciembre de 2013 se reformó el artículo 27 constitucional en su párrafo séptimo, para quedar como sigue:

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

Esta disposición dio origen a la expedición de la nueva Ley de Hidrocarburos (LH), reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo, y 28, párrafo cuarto de la Constitución federal,⁹¹ cuyo contenido regula un nuevo régimen de propiedad en torno a los hidrocarburos, que implica la cadena de valor. Esto significa que una vez que han sido extraídos, si la extracción se llevó a cabo por empresas privadas, su naturaleza es privada, pero, mientras se encuentren en el subsuelo son propiedad de la nación; ello con el objeto de dar continuidad al sustento ideológico revolucionario referente a la riqueza y propiedad de la Nación.

Así, el artículo 1° de la LH, establece que corresponde a la nación la propiedad directa, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del territorio nacional, incluyendo la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico. Entendiéndose por hidrocarburos: petróleo, gas natural, condensados, líquidos del gas natural e hidratos de metano (artículo 4°, fracción XX).

Los tipos de contratos que se han desarrollado para la exploración y extracción de hidrocarburos, los cuales dan acceso al capital privado, son cuatro:

- 1) De licencia;
- 2) De utilidad compartida;
- 3) De producción compartida y,
- 4) De servicios.

Para determinar las condiciones económicas de carácter fiscal referentes a las asignaciones y contratos surgidos en el marco de la reforma al párrafo séptimo del artículo 27 constitucional, se expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos (LISH), que tiene por objeto establecer:

⁹¹Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

- 1) El régimen fiscal aplicable a las asignaciones (en relación con las empresas productivas del Estado —EPE—) y a los contratos (para empresas particulares, nacionales y extranjeras, y a las EPE cuando sean titulares de un contrato para exploración y explotación de hidrocarburos), a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP); los derechos a cargo de los asignatarios, las contraprestaciones a cargo de contratistas; así como, los impuestos a que ambos estarán sujetos;
- 2) Las disposiciones para la supervisión de los contratos, a cargo de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y,
- 3) Las obligaciones en materia de transparencia y rendición de cuentas tanto de asignatarios como de contratistas.⁹²

En el marco de esta ley, intervienen como sujetos los sectores privado y público. Del sector privado: las personas físicas o morales, nacionales o extranjeras residentes en el país, como prestadores del servicio para el ejercicio de las actividades de exploración y extracción del petróleo e hidrocarburos encomendadas. Del sector público: la Secretaría de Energía, como ente rector en el ramo energético; la Comisión Nacional de Hidrocarburos, como Órgano Regulador Coordinado en materia de Energía; el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, como fideicomiso de la Comisión Nacional de Hidrocarburos; la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como competente en materia económica en el ramo energético; la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y el Servicio de Administración Tributaria para los lineamientos en materia de recaudación fiscal.

Con este entramado se pretende establecer un sistema de verificaciones y equilibrios entre órganos públicos que permita, al mismo tiempo, elevar la eficiencia, evitar la corrupción y bloquear las influencias políticas entre los órganos e instituciones involucrados.⁹³

De acuerdo con la LISH, cada contrato dará lugar a ciertas contraprestaciones fijadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). Las contraprestaciones que se establezcan en los contratos se calcularán y entregarán al Estado y a los contratistas conforme a los mecanismos previstos en cada contrato, siguiendo las reglas y bases señaladas en la LISH:

De las contraprestaciones en los contratos de licencia. En este tipo de contratos, el Estado recibirá:

- Un bono a la firma, definido al momento de la licitación correspondiente de cada contrato por la SHCP. Dicho bono deberá ser pagado al recién creado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.
- Una cuota contractual para la fase exploratoria de \$1,150.00/km² por mes durante los primeros 60 meses del contrato, y de \$2,750.00/km² en meses

⁹²Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, artículos 1° y 2°, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

⁹³Manuel Aguilera Gómez *et al.*, “Consideraciones sobre la Reforma de la Industria”, en *Economía UNAM*, México, vol. 11, núm. 33, 2014, p. 127.

subsecuentes. Dicha cuota debe pagarse en efectivo y será actualizada durante enero de cada año, según el Índice Nacional de Precios al Consumidor.

- Una regalía, que se calculará como un porcentaje aplicado al valor total de los hidrocarburos extraídos mensualmente.⁹⁴
- Una contraprestación en favor del Estado que se definirá para cada contrato y que deberá ser estipulada para pagarse en efectivo.

Mientras que el contratista recibirá la transmisión onerosa de los hidrocarburos extraídos.

De las contraprestaciones en los contratos de utilidad compartida. Por este tipo de contratos, el Estado recibirá una cuota contractual para la fase exploratoria del contrato, por los mismos montos mensuales para los contratos de licencia y una regalía también. Además, una contraprestación que se determinará por la aplicación de un porcentaje a la utilidad operativa, la cual se calculará mensualmente de la siguiente manera: el valor de los hidrocarburos extraídos menos las regalías pagadas al Estado y los costos, gastos e inversiones que haya realizado el contratista y que estén reconocidos por los lineamientos que emitirá la SHCP. No todos los gastos ni todas las inversiones serán deducibles de los ingresos. Además, el monto total de este renglón no podrá ser mayor a un porcentaje (que se fijará para cada licitación en cada contrato) aplicado al valor de los hidrocarburos extraídos. Por lo que hace al contratista, éste recibirá: la recuperación de sus costos, gastos e inversiones que hayan sido reconocidos por la SHCP según lo referido anteriormente y el remanente de la utilidad operativa (la parte que no se entregó al Estado).

De las contraprestaciones en los contratos de producción compartida. En esta clase de contratos, el Estado recibirá:

- La cuota contractual para la fase exploratoria y una regalía por montos señalados para los contratos de licencia.
- Una contraprestación que se calcula aplicando el porcentaje de utilidad operativa, tal como sucede para los contratos de utilidad compartida.

Para que el Estado pueda recibir estas contraprestaciones, el contrato debe establecer que el contratista las pagará en especie, por lo que este último deberá entregar hidrocarburos con un valor equivalente a las contraprestaciones del Estado a una empresa que haya sido contratada por el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo para comercializar los hidrocarburos, y dicha empresa entregará los ingresos correspondientes al Fondo. Por su parte, al contratista corresponde:

⁹⁴Por regalía debe entenderse la contraprestación a favor del Estado mexicano determinada en función del valor contractual del gas natural, del valor contractual de los condensados o del valor contractual del petróleo. Se pagará según el valor del hidrocarburo que se extraiga, es decir, lo que resulte de multiplicar el precio por la cantidad (LISH, artículo 24).

- La recuperación de sus costos, gastos e inversiones que hayan sido reconocidos por la SHCP en el propio contrato; en caso de que se opte por no incluir esta contraprestación, se modificaría el porcentaje de la producción de hidrocarburos que corresponda al contratista. Esta posibilidad reubicaría los riesgos del contrato, ya que sería posible que el contratista no recuperara los montos invertidos.
- El remanente de la utilidad operativa (la parte que no se entregó al Estado).

Estas contraprestaciones se pagarán al contratista en especie con hidrocarburos que tengan un valor igual a las contraprestaciones que le correspondan.

De las contraprestaciones en los contratos de servicios. En esta modalidad los contratistas entregarán al Estado todos los hidrocarburos extraídos y la contraprestación a favor del contratista se definirá en cada contrato y se pagará en efectivo. Por tanto, no habrá regalías ni cuota contractual para la fase exploratoria. Cabe señalar que el pago al Estado mexicano de las contraprestaciones establecidas en los contratos no exime a los contratistas del cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria establecidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) y demás disposiciones fiscales (artículo 4º, LISH). En la LISR, se definen algunos porcentajes de deducción para los contratistas, por ejemplo; puede deducirse el 100 por ciento de las inversiones en exploración y en recuperación secundaria y mejorada en el periodo en que se incurra.

Por último, vale decir que los ingresos petroleros generados por concepto de derechos y contraprestaciones deben ser entregados al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, mientras que las contribuciones (impuestos) a la SHCP. Si bien la rectoría del Estado para orientar el desarrollo del sector energético nacional aparece en la exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Hidrocarburos, lo cierto es que se desvanece a lo largo de su articulado, ya que solamente se advierte esta conducción en aspectos referentes a la selección de los contratistas y determinación de los requisitos y características de los contratos de exploración y extracción;⁹⁵ de manera que la soberanía energética y el desarrollo del sector quedan en manos de intereses y fuerzas privadas, pues aunque el Estado puede intervenir a través de sus empresas productivas, lo cierto es que el andamiaje jurídico, institucional y económico para que ello suceda es muy precario.

Por otro lado, es importante advertir que el desarrollo de la industria de los hidrocarburos necesariamente se trastocará con una serie de derechos humanos que deben garantizarse, entre ellos, el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado cuando las actividades se pretendan desarrollar en comunidades y pueblos indígenas. Sobre este punto, la LH cuenta con el capítulo V, Del Impacto Social, cuyo artículo 118 establece que “los proyectos de infraestructura de los sectores público y privado en la industria de Hidrocarburos atenderán los principios de sostenibilidad y respeto de los derechos humanos de las comunidades y pueblos de las regiones

⁹⁵M. Aguilera Gómez *et al.*, *op. cit.*, p. 136.

en los que se pretendan desarrollar”. Y destaca el artículo 120 que, con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de hidrocarburos, la Secretaría de Energía deberá llevar a cabo los procedimientos necesarios de consulta previa, libre e informada y cualquier otra actividad indispensable para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

No obstante, el artículo 96 de la LH afirma que la industria de hidrocarburos es de utilidad pública y, concretamente, las actividades de exploración y extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas. De manera que procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias para la realización de las actividades.

A todas luces se advierte la generación de conflictos resultado de la aplicación vertical de la reforma, que podría vulnerar los derechos humanos de quienes habitan los sitios en los que se planeen desarrollar las actividades de la industria de los hidrocarburos,⁹⁶ pues recordemos que, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 al artículo 1º constitucional, toda la actuación del Estado debe reconducirse hacia el respeto, la protección y garantía de todos los derechos humanos, tanto los contenidos en nuestra Norma Fundamental como los que se encuentren en tratados internacionales ratificados por México, como lo es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁹⁷

De manera que cualquier reforma legislativa, desarrollo reglamentario y ejercicio hermenéutico debe tener como parámetro las disposiciones en materia de derechos humanos; ello en el marco del bloque de convencionalidad. También es de gran relevancia la aplicación de los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁹⁸ pues de acuerdo con el sistema interamericano de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios y la

⁹⁶Marisol Anglés Hernández, “Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIV, 2014, pp. 261-299.

⁹⁷El Convenio No. 169 de la OIT obliga a los Estados a consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, sobre asuntos que les afectan en distintos contextos; véanse los artículos 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio. En los términos de un Comité Tripartito del Consejo de Administración la OIT: “El espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio No. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Número 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31. Citado por: ONU — Consejo de Derechos Humanos — Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 39.

⁹⁸México reconoció la competencia contenciosa de este tribunal el 16 de diciembre de 1998, *cfr.* Presidencia de la República, “Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Diario Oficial de la Federación*, 16 de diciembre de 1998.

relación especial entre los pueblos indígenas, la tierra y los recursos naturales.⁹⁹ Ésta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, con la finalidad de obtener su consentimiento libre e informado”,¹⁰⁰ según se dispone en el Convenio 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En definitiva, la consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino a todas aquellas acciones administrativas o legislativas susceptibles de afectarles.

Así, el que el Estado sea titular de los recursos del subsuelo no le faculta a obviar los derechos de pueblos y comunidades indígenas mediante la imposición de proyectos. Al respecto, cabe señalar que a la luz de la jurisprudencia interamericana:

El procedimiento de consultas en el sentido de garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos susceptibles de afectarles, tiene un alcance mucho más amplio y debe propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite. Asimismo, se debe garantizar que se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo.¹⁰¹

Como puede deducirse, la reforma en materia de energía no solamente enfrenta retos tecnológicos y económicos, sino jurídicos y sociales, pues debe realizarse de tal manera que se garanticen los derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas que de forma histórica, estructural y sistémica se han vulnerado en aras de proteger los intereses económicos, tanto nacionales como internacionales, sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. De manera que la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos viene a resignificar la concepción, el contenido y la tutela de éstos, tanto en su aspecto individual como colectivo y ello tiene una gran trascendencia para los grupos especialmente vulnerables, para quienes el acceso a la justicia constituye una ventana de oportunidad para lograr la tutela de sus derechos.

Energía eléctrica

En México, la generación de energía eléctrica data de finales del siglo XIX durante el periodo presidencial de Porfirio Díaz (1877-1911), con la instalación en 1879 de la

⁹⁹Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058.

¹⁰⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de seguimiento-Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 158.

¹⁰¹Organización de los Estados Americanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 127 y Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, fondo y reparaciones.

primera planta eléctrica en la fábrica textil “La Americana”, ubicada en León, Guanajuato. Casi de manera inmediata esta forma de generar energía se extendió en la producción minera y poco a poco en la iluminación residencial y pública.

En 1881, en la ciudad de México la compañía Knight instaló 40 lámparas eléctricas incandescentes, lo que supuso el inicio del desplazamiento del alumbrado público a base de aceite de nabo y la prestación del servicio público de electricidad. Destaca también la instalación, en 1889, de la primera planta hidroeléctrica en Batopilas, Chihuahua, la cual abastecía tanto las necesidades de carácter comercial como el alumbrado público y residencial de quienes podían solventar el pago del servicio.¹⁰²

En el año 1902, la Compañía Mexicana de Electricidad, filial de la alemana Siemens Halske, instaló un generador en Nonoalco que dotó a la ciudad de México de arbotantes para el alumbrado público. Entre 1887 y 1911 se instalaron en el país 199 compañías de luz y fuerza motriz que dieron servicio en diferentes estados de la República. Se estima que en 1911 México disponía de 165,000 kw de electricidad instalados, producidos por diferentes medios.¹⁰³

En resumen, vemos que de 1879 a 1934 las empresas eléctricas en México fueron de capital privado y lograron concentrar la generación y transmisión de la electricidad, de manera que el gran monopolio en la zona centro del país estaba en manos de la Mexican Light & Power Co. que, junto con la American & Foreign Power Co. y la Compañía Eléctrica de Chapala dominaron la generación y distribución de electricidad hasta que, el 2 de diciembre de 1933, a iniciativa del presidente sustituto, el general Abelardo L. Rodríguez, el Congreso de la Unión decreta la creación de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), considerando por primera vez a la electricidad como una actividad de utilidad pública.¹⁰⁴ Este acto no fue bien recibido por quienes se beneficiaban de la exigua regulación en la materia de aquel momento, principalmente por las empresas extranjeras que habían monopolizado la actividad y los mercados urbanos e industriales más redituables, sin considerar a las poblaciones rurales, que para 1937 albergaban a más de 62 por ciento de la población; por lo que de los 18.3 millones de habitantes, únicamente 7 millones contaban con electricidad.

Por ello, el objeto de la CFE consistió en organizar y dirigir un sistema nacional de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, basado en principios técnicos y económicos, sin propósitos de lucro y con la finalidad de obtener con un costo mínimo, el mayor rendimiento posible en beneficio de los intereses generales.¹⁰⁵ Sin embargo, la falta de recursos económicos, técnicos y humanos suficientes contribuyó a que por más de una década los trabajos de la CFE carecieran de relevancia para emprender proyectos a nivel nacional. A partir del 14 de enero de 1949, el entonces pre-

¹⁰²Gustavo Castro, *La energía eléctrica. Historia y radiografía del patrimonio soberano de la nación*, San Cristóbal de las Casas, CIEPAC, núm. 279, 2002, p. 3.

¹⁰³Elezier Braun, *Electromagnetismo: De la ciencia a la tecnología*, México, FCE, 1992, p. 238.

¹⁰⁴Enrique de la Garza Toledo et al., *Historia de la industria eléctrica en México*, tomo I, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Iztapalapa, 1994, pp. 19 y 20.

¹⁰⁵Ley promulgada en la ciudad de Mérida, Yucatán, el 14 de agosto de 1937 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de agosto de 1937.

sidente Miguel Alemán publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que confirió a la CFE el carácter de organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, iniciándose el desarrollo de la empresa y, de forma paralela, el crecimiento económico y social del país.¹⁰⁶

Dada la importancia de este sector para el desarrollo nacional, el presidente Adolfo López Mateos procedió a nacionalizar la industria eléctrica mediante la compra de las acciones, entre otras empresas, de la Mexican Light & Power Company, Ltd., e Impulsora de Empresas Eléctricas, subsidiaria en México de la American and Foreign Power Co.¹⁰⁷ Al concluir esta compra, el 29 de diciembre de 1960 se modificó la parte final al párrafo sexto del artículo 27 constitucional para quedar como sigue:

Corresponde exclusivamente a la Nación, generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.¹⁰⁸

Tal acontecimiento dio inicio a la integración del Sistema Eléctrico Nacional y con ello, al desarrollo y a la industrialización en México, pues se estaba ante una empresa pública creada para garantizar, como prioridad estratégica, la disponibilidad de energía eléctrica. Como afirma su emblema: “Electricidad para el progreso de México”, la CFE se convirtió en una empresa eléctrica eficiente y técnicamente competitiva.¹⁰⁹

En concordancia con tales reformas, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (en adelante, LSPEE), dispone que: “la CFE es la única encargada de generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público”;¹¹⁰ entendiéndose por éste:

- I. La planeación del sistema eléctrico nacional;
- II. La generación, conducción, transformación, distribución y venta de energía eléctrica, y
- III. La realización de todas las obras, instalaciones y trabajos que requieren la planeación, ejecución, operación y mantenimiento del sistema eléctrico nacional.

En su artículo 9º, fracción VII, la LSPEE dispuso que la CFE pudiera celebrar convenios o contratos con los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios o

¹⁰⁶ Comisión Federal de Electricidad. Reglas de Despacho y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de noviembre de 2005.

¹⁰⁷ Víctor Sánchez Ponce, *La industria eléctrica y el nacionalismo revolucionario*, México, UNAM, 1976, p. 135.

¹⁰⁸ Fe de erratas, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de enero de 1961.

¹⁰⁹ Juan Eibenschutz, “El sector eléctrico mexicano ¿paradigma de la industria paraestatal?”, en *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 7, p. 69.

¹¹⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de diciembre de 1975, reformada y adicionada posteriormente por decretos publicados en el mismo órgano de difusión, los días 27 de diciembre de 1983, 31 de diciembre de 1986, 27 de diciembre de 1989, 23 de diciembre de 1992, 22 de diciembre de 1993, 1 de junio de 2011, 9 de abril de 2012 y abrogada el 11 de agosto de 2014.

con entidades públicas y privadas o personas físicas, para la realización de actos relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica.

Aunado a ello, en la LSPEE estableció la posibilidad de otorgar permisos de producción independiente para generar energía eléctrica destinada a su venta a la CFE y de importación o exportación de energía eléctrica (artículo 36, fracciones III y V, respectivamente). Sin embargo, estos permisos infringen la prohibición establecida en el artículo 27 constitucional, porque aunque la producción independiente de energía eléctrica tenga por objeto su venta a la CFE, el destino que se le dará es al servicio público, por lo que la intermediación no cambia la naturaleza y el destino de la energía eléctrica producida en forma independiente.¹¹¹

Ya en época más reciente, y como resultado de las reformas estructurales en materia de electricidad que veremos enseguida, se restringen las concesiones en la planeación, el control, la transmisión y la distribución de la energía eléctrica para servicio público, pero no se limitan los contratos y otras formas jurídicas de participación de la iniciativa privada. La reforma culmina el proceso de creciente participación del sector privado nacional y extranjero en la generación de la energía eléctrica, proceso que inició con las reformas a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica —publicadas el 23 de diciembre de 1992 en el *Diario Oficial de la Federación*—, que permitieron la participación de terceros en aquellas actividades que no se consideraran servicio público. Así, tenemos que el artículo 27, párrafo sexto, ahora dispone:

Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.

Evidentemente, esta reforma planteó la abrogación de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, el 11 de agosto de 2014, mediante decreto que crea la Ley de la Industria Eléctrica (en adelante, LIE), con el objeto de regular la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y las demás actividades de la industria eléctrica. Las disposiciones de esta ley son de interés social y orden público. Además, la ley tiene “por finalidad promover el desarrollo sustentable de la industria eléctrica y garantizar su operación continua, eficiente y segura en beneficio de los usuarios, así como el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y universal, de Energías Limpias y de reducción de emisiones contaminantes” (artículo 1º). En su artículo 2º, la LIE dispone:

La industria eléctrica comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como la operación del Mercado Eléctrico Mayorista. El sector eléctrico com-

¹¹¹J. Ovalle, “La nacionalización de las industrias petrolera y eléctrica...”, *op. cit.*, p. 190.

prende a la industria eléctrica y la proveeduría de insumos primarios para dicha industria. Las actividades de la industria eléctrica son de interés público.

La planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, son áreas estratégicas. En estas materias el Estado mantendrá su titularidad, sin perjuicio de que pueda celebrar contratos con particulares en los términos de la presente Ley. El Suministro Básico es una actividad prioritaria para el desarrollo nacional.

Queda claro que el monopolio de producción de energía que tenía la CFE solamente lo mantiene en relación con la energía nuclear, por lo que la LIE da paso a la conformación de un mercado de generación y comercialización en el que la propia CFE, ahora como empresa productiva del Estado, será un competidor más.

Por otro lado, es importante advertir que los criterios contenidos en la LIE podrían dar lugar a la vulneración de derechos humanos, pues al catalogar a la industria eléctrica como de utilidad pública, interés social y orden público, se “justifica” que tengan preferencia sobre cualquier otra actividad que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos y que proceda la ocupación o afectación superficial o la constitución de servidumbres necesarias para prestar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y para la construcción de plantas de generación de energía eléctrica en aquellos casos en que, por las características del proyecto, se requiera de una ubicación específica, conforme a las disposiciones aplicables (artículo 71).

El capítulo VIII, “Del Uso y Ocupación Superficial”, contiene una serie de mandatos que, contrarios a los establecidos en el sistema internacional de derechos humanos, tanto universal como regional, sobre los referidos al derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado, debido proceso y acceso a la justicia, por citar algunos.

Ante estas disposiciones, vale preguntarse: ¿qué lugar ocupan los derechos humanos de propietarios o poseedores de los terrenos que el artículo 117 de la misma LIE señala respetará? Sobre todo, tratándose de derechos de las comunidades y pueblos indígenas para quienes existe todo un marco jurídico de protección con respecto al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado que, como ya vimos, deriva del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes del que el Estado mexicano es parte, así como de diversos criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, esta reforma tendrá que leerse y aplicarse al amparo del bloque de constitucionalidad que impone el artículo 1º constitucional ya referido.

Energía nuclear

En lo referente a la energía nuclear, vimos que desde el texto original del artículo 27, se consideran de dominio directo de la nación todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea dis-

tinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria.

Fue hasta los años cincuenta cuando México se sumó a los países que estudian y desarrollan la energía atómica, al amparo de la ley que creó la Comisión Nacional de Energía Nuclear, el 31 de diciembre de 1955. Dicha entidad cambió de denominación por Instituto Nacional de Energía Nuclear en 1972.

Como resultado de la posición de México en torno al uso de la energía nuclear con fines pacíficos, fue negociado y adoptado el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (conocido como Tratado de Tlatelolco), el 14 de febrero de 1967. Las negociaciones estuvieron comandadas por el mexicano Alfonso García Robles, quien por su excelente labor obtuvo, en octubre de 1982, el premio Nobel de la Paz.

Como refrendo de lo anterior, el 6 de febrero de 1975 se agrega el párrafo octavo al artículo 27 constitucional para determinar que: “Corresponde también a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. El uso de la energía nuclear sólo podrá tener fines pacíficos”.

También en esta fecha se refirió en el párrafo séptimo del mismo artículo 27 que, tratándose de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.

Este hecho dio lugar a la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear, publicada en el *DOF* del 26 de enero de 1979, por virtud de la cual el Instituto Nacional de Energía Nuclear se transformó para dar paso a la creación de la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias, el Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, Uranio Mexicano (que ya no existe), y la Comisión Nacional de Energía Atómica, que nunca entró en funciones. El objetivo fundamental de esta ley estuvo orientado a planear y realizar investigación y desarrollo en el campo de las ciencias y tecnologías nucleares, así como promover los usos pacíficos de la energía nuclear y difundir los avances para vincularlos al desarrollo económico, social, científico y tecnológico del país.

Dicha ley fue abrogada por el decreto que expidió la nueva Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear, el 4 de febrero de 1985, que regula la exploración, la explotación y el beneficio de minerales radiactivos, así como el aprovechamiento de los combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear, la investigación de la ciencia y técnicas nucleares, la industria nuclear y todo lo relacionado con la misma.

Respecto al uso de la energía nuclear para generar electricidad, en México opera la Central Nucleoeléctrica Laguna Verde, ubicada en el municipio de Alto Lucero, Veracruz, la cual consta de dos unidades de 682.4 Mw cada una y su costo de operación

es el más bajo de todas las termoeléctricas del sistema eléctrico mexicano.¹¹² Esta planta generó, durante 2015, 11,176.5 Gigawatts hora (GWh), lo que se traduce en la generación neta histórica más alta tomando en cuenta que se tuvo una recarga de combustible en el año 2015.¹¹³

A la fecha, la generación de energía eléctrica a partir de la energía nuclear solamente puede realizarse por el Estado. Sin embargo, según lo establecido por la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, en el año 2024 la generación de electricidad a partir de fuentes fósiles no deberá rebasar 65 por ciento del total, lo que obligará a acudir a otras fuentes renovables de energía, como la nuclear.

Telecomunicaciones

El 11 de junio de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones constitucionales, entre ellas al artículo 27, párrafo sexto, el cual, en relación con las telecomunicaciones, quedó redactado de la siguiente forma:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.¹¹⁴

En realidad, el contenido sustantivo de la reforma se halla en otros preceptos constitucionales, con tal especificidad que algunos especialistas consideran que se asemeja más a un reglamento que a una reforma constitucional.¹¹⁵ El objetivo de estas modificaciones consistió en garantizar la competencia efectiva en radiodifusión y telecomunicaciones, así como evitar prácticas monopólicas, las cuales ya habían afectado a México por varios años, con altos precios y baja calidad en los servicios, oferta reducida y alta demanda, entre otras.

El nuevo sistema establece que el aprovechamiento tanto en radiodifusión como en telecomunicaciones se hará solamente a través de concesiones otorgadas por el

¹¹²Comisión Federal de Electricidad, *Programa de obras e inversiones del sector eléctrico 2007-2016*, México, CFE, 2007, p. 24.

¹¹³Comisión Federal de Electricidad, *Informe anual 2015*, México, CFE, 2015, p. 26.

¹¹⁴Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013.

¹¹⁵Véase Clara Luz Álvarez González de Castilla, *Derecho de las telecomunicaciones*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 415 y 417.

Instituto Federal de Telecomunicaciones, con lo que se pretende homologar el régimen de permisos y concesiones, para dar paso a la existencia únicamente de estas últimas.

Otra cuestión relevante es que la reforma permite la inversión extranjera directa de hasta 100 por ciento en telecomunicaciones y comunicación vía satélite, y hasta 49 por ciento en radiodifusión, ello con la idea de fortalecer la competencia y acceder a tecnologías más avanzadas, ya que antes de la reforma la inversión extranjera directa en telecomunicaciones representaba menos de 1 por ciento y, actualmente, se encuentra en alrededor de 10 por ciento.¹¹⁶

Bibliografía

- AGUILERA GÓMEZ, Manuel *et al.*, “Consideraciones sobre la Reforma de la Industria Petrolera en México”, *Economía UNAM*, México, vol. 11, núm. 33, 2014.
- ALEMÁN VALDÉS, Miguel, *La verdad del petróleo en México*, Grijalbo, México, 1977.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, “Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIV, 2014.
- ARELLANO BELLOC, Francisco, *La exclusividad del Estado en el manejo de sus recursos petroleros*, México, Comaval, 1958.
- BASSOLS, Narciso, “Pasos de cangrejo en la cuestión petrolera”, *Obras*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- BRAUN, Elezzer, *Electromagnetismo: De la ciencia a la tecnología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- CASTRO, Gustavo, *La energía eléctrica. Historia y radiografía del patrimonio soberano de la nación*, San Cristóbal de las Casas, CIEPAC, núm. 279, 2002.
- Comisión Federal de Electricidad, *Informe anual 2015*, México, CFE, 2015.
- , *Programa de obras e inversiones del sector eléctrico 2007-2016*, México, CFE, 2007.
- , Reglas de Despacho y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, *Diario Oficial de la Federación*, México, 3 de noviembre de 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.
- , *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones).
- DE LA GARZA TOLEDO, Enrique *et al.*, *Historia de la Industria Eléctrica en México*, tomo I, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Iztapalapa, 1994.

¹¹⁶Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Las telecomunicaciones a 3 años de la reforma constitucional en México*, México, Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2016, p. 15.

- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de junio de 2013.
- EIBENSCHUTZ, Juan, “El sector eléctrico mexicano ¿paradigma de la industria paraestatal?”, *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 7.
- Gobierno de la República, Reforma energética, México, Gobierno de la República, 2013.
- Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Las Telecomunicaciones a 3 años de la reforma constitucional en México*, México, Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2016.
- Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.
- Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.
- Ley promulgada en la Ciudad de Mérida, Yucatán el 14 de agosto de 1937 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de agosto de 1937.
- LÓPEZ VELARDE ESTRADA, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídica*, tomo I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- MEYER, Lorenzo, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero*, 3a. ed., México, El Colegio de México, 1981.
- O’SHAUGHNESSY, Edith, *La esposa de un diplomático en México*, México, Océano, 2005.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par. 39.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *Key World Energy Statistics 2015*, Paris, OECD-International Energy Agency, 2015.
- Organización de los Estados Americanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010.
- OVALLE FAVELA, José, “La nacionalización de las industrias petrolera y eléctrica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XL, núm. 118, enero-abril, 2007.
- Pacto por México, Ciudad de México, 2012, disponible en <http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>.
- Poder Ejecutivo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de febrero del 1857, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917.
- Presidencia de la República, Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de diciembre de 1998.
- Programa Sectorial de Energía 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de diciembre de 2013.
- RABASA, Óscar, “La indemnización en la expropiación petrolera”, en Poder Judicial Federal, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del General Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, tomo III, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
- ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Comisión Federal de Electricidad, 1978.
- SÁNCHEZ PONCE, Víctor, *La industria eléctrica y el nacionalismo revolucionario*, México, UNAM, 1976.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990.

Artículo 27

Comentario por César Nava Escudero

27

El artículo 27 en materia de aguas*

Delimitación conceptual

Central en el estudio del régimen constitucional de las aguas es el texto del extenso artículo 27 de nuestra Carta Magna. Un análisis oportuno de su contenido y significado comienza por una precisión de tipo conceptual. El término *aguas* que aparece en este artículo debe entenderse con relación a dos expresiones diferentes que se utilizan, entre otros, para efectos doctrinales: las aguas continentales, por un lado, y las aguas marinas, por el otro. Las primeras comprenden tanto las aguas superficiales como las del subsuelo que se encuentran en la parte continental del territorio nacional. Las segundas abarcan tanto las aguas en zonas marinas que forman parte del territorio nacional como las que se encuentran en zonas marinas donde la nación ejerce derechos de soberanía, jurisdicciones y otros derechos.

Desde el punto de vista doctrinal, ambas categorías conceptuales han sido analizadas por diversas disciplinas jurídicas según su objeto de estudio. En lo que respecta a las aguas continentales, una de las más importantes por tradición ha sido el *derecho administrativo*, cuya gran aportación científico-jurídica radica en discutir el régimen patrimonial de las aguas como bienes del dominio público de la Federación —y por ello, sujetos a un régimen de derecho público—, así como la de revisar los actos jurídicos que existen entre la administración pública y los particulares respecto a su explotación, uso, aprovechamiento, distribución, etcétera.¹¹⁷

De la rama jurídico-administrativa se han desprendido otras disciplinas que adoptan nuevos enfoques para explicar el tema que aquí analizamos. De manera significativa, en primer término, mencionamos el *derecho ambiental*, que trata a las aguas generalmente como un elemento o recurso natural vital para la subsistencia del ser humano y demás seres vivos que cohabitan con él en este planeta. Es por lo anterior que esta disciplina hace énfasis en la necesidad de proteger a las aguas, bajo criterios

*El presente trabajo es una versión corregida y actualizada del ensayo que, con el mismo título, se publicó en la séptima edición de la obra colectiva *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* en 2006 y el cual se volvió a publicar intacto, para la octava edición de la obra que apareció en 2012.

¹¹⁷Algunos ejemplos sobre esto se pueden encontrar en Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 22a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 364-367, y Alfonso Nava Negrete, *Derecho administrativo mexicano*, 3a. ed., México, FCE, 2007, pp. 374 y ss.

de regulación en cuanto a cantidad (uso racional) y en cuanto a calidad (mantenimiento de las condiciones naturales) y cuya contaminación y deterioro debe asimismo prevenirse y controlarse.¹¹⁸ En segundo lugar, aludimos al *derecho de aguas*, también considerado como un desprendimiento del derecho administrativo y que transita de la mano con el derecho ambiental. Se refiere a las aguas continentales como “un recurso unitario, que se renueva a través del ciclo hidrológico” y que desde el punto de vista normativo “regula con eficiencia y equidad la distribución, aprovechamiento, control y preservación del agua continental, en equilibrio con los ecosistemas basándose en un desarrollo integral y sustentable”.¹¹⁹

Otra disciplina que aporta nuevas formas de pensar, entender y establecer el objeto de estudio y regulación de las aguas continentales, es el denominado *derecho de los energéticos*, al que le interesa su uso y aprovechamiento como elementos básicos en la generación de energía, como ha sido a través de las hidroeléctricas.¹²⁰ La hidroelectricidad es parte del estudio del derecho energético por su enorme aportación a la generación de energía sin que por ello se hayan dejado de puntualizar las consecuencias ambientales negativas de su desarrollo (tanto en los seres humanos, en otros seres vivos y en los ecosistemas en general) por la construcción de presas y el estancamiento de las aguas.¹²¹ El crecimiento de la extracción de hidrocarburos a través de una técnica conocida como fracturación hidráulica (en inglés, *fracking*), la cual requiere de cantidades considerables de agua, pone de relieve la importancia del binomio jurídico energía-agua. Lamentablemente, los países que han optado por impulsar esta actividad, como es el caso reciente de México, han minimizado los costosísimos y enormes impactos ambientales que de ella se derivan tanto en la sociedad como en la naturaleza,¹²² lo que se contrapone a los esfuerzos que la comunidad internacional realiza para enfrentar los problemas ambientales, particularmente por lo que corresponde al cambio climático.

Algo semejante ocurre con las aguas marinas, ya que diversas disciplinas jurídicas desde enfoques distintos estudian su significado y alcances según lo establecido en el artículo 27 constitucional. Por tradición, el Derecho internacional se ha ocupado de esto. Dentro de esta rama jurídica se ubica lo que en algún momento llegó a denominarse el *derecho internacional de los espacios marítimos* o propiamente *derecho inter-*

¹¹⁸Al respecto, véase lo señalado en Raúl Brañas, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental/Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 399 y ss., así como en Nava Escudero, César, *Estudios ambientales*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, pp. 287 y ss.

¹¹⁹Urbano Farías, *Derecho mexicano de aguas nacionales*, México, Porrúa, 1993, pp. 10 y 11.

¹²⁰Alfonso Nava Negrete, “Derecho de los energéticos”, en Fernández Ruíz, Jorge (coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, pp. 143-146.

¹²¹Alertaba la doctrina jurídica sobre esto desde hace ya algunos años. Véase, por ejemplo, Ramón Martín Mateo, *Nuevo derecho energético*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 357.

¹²²Aunque no es una tendencia generalizada, algunos países han comenzado a prohibir en sus territorios el uso de esta técnica por razones de tipo ambiental. Por ejemplo, en la Unión Europea, los Estados miembros, como Francia, Bulgaria e Italia, han llevado a cabo medidas jurídicas en este sentido. No así Reino Unido y Polonia, países que defienden e impulsan el *fracking*. Más detalles en Juan Diego Sanz Arana, “La fracturación hidráulica en la Unión Europea: estado de la cuestión”, *Documento Marco*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Gobierno de España, Boletín electrónico, núm. 18, 3 de noviembre de 2014, disponible en www.ieee.es

nacional del mar.¹²³ Esta última expresión tuvo cierto predominio en el pasado,¹²⁴ desde algunas décadas atrás se hace referencia al *derecho del mar*, expresión también válida en el contexto internacional de las naciones y que ha sido considerada como una rama del Derecho internacional público.¹²⁵ Bajo la égida de dicha rama jurídica los especialistas en la materia han logrado determinar la evolución histórica de la regulación sobre el mar y a su vez distinguir el derecho del mar tradicional del “nuevo” derecho del mar, cuyo añejo punto de partida se estima hacia la década de los cuarenta del siglo pasado.¹²⁶ El derecho del mar de nuestros días nos ha permitido comprender la regulación tanto de aquellas aguas en zonas marinas (incluso las zonas marinas *terrestres*)¹²⁷ sujetas a la jurisdicción nacional de los Estados, así como de aquellas que se encuentran dentro de un régimen de jurisdicción internacional.¹²⁸

Otras ramas jurídicas, que también se han ocupado de estas zonas aunque se trate más bien de desprendimientos del Derecho administrativo, incluyen al *derecho marítimo*,¹²⁹ que se ha definido como un conjunto de acontecimientos, construcciones ideales o instituciones jurídicas en conexión con el mar o con los espacios marítimos,¹³⁰ y al *derecho pesquero*, cuyo objeto de estudio se centra en el régimen de propiedad que corresponde a las especies hidrobiológicas, así como al elemento agua en donde éstas viven sin menoscabo de la importancia de los instrumentos materiales y técnicos que se emplean para el desarrollo de la actividad pesquera.¹³¹

De lo señalado con antelación, se infiere que se debe distinguir entre las que son continentales y las que son marinas. La Constitución no hace una diferenciación expresa de estos dos conceptos y por lo tanto *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*,¹³² enfatizamos que esta división ha sido reconocida por una parte importante de la doctrina mexicana y es ideal para fines didácticos en la comprensión del texto constitucional aludido. Más aún, esta distinción se adopta comúnmente para cuestiones técnicas y de regulación normativa,¹³³ lo que claramente sucede en nuestro país.

¹²³César Sepúlveda, *Derecho internacional*, 20a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 463 y ss.

¹²⁴Véase Alberto Székely, comentarios al artículo de Jorge A. Vargas, “Terminología sobre el derecho del mar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre de 1980, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/39/bib/bib26.pdf>.

¹²⁵Véase en particular Alberto Székely, *Derecho del mar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1991, p. 7.

¹²⁶Alonso Gómez-Robledo Verdusco, *Temas selectos de Derecho internacional*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994, pp. 354 y 355; del mismo autor, *Derecho del mar*, México, McGraw Hill/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997, p. 5, y A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 15.

¹²⁷Como se verá más adelante, las zonas marinas se refieren de manera genérica tanto a espacios de aguas que se encuentran en esas zonas (como el mar territorial) como a los espacios terrestres subyacentes a las aguas marinas (como el lecho o subsuelo marinos).

¹²⁸A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 8.

¹²⁹Al parecer, el primer texto que en forma de libro aparece en México ocurre hacia finales de la década de los sesenta del siglo pasado: Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho marítimo*, México, Herrero, 1970.

¹³⁰*Ibidem*, p. 6; José Eusebio Salgado y Salgado, “Derecho marítimo”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo D-H, 2000, p. 1194.

¹³¹José Barragán Barragán, “Derecho pesquero”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo D-H, 1995, p. 1025.

¹³²Principio general del derecho que significa que cuando la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

¹³³Así se señala, por ejemplo, en José Antonio Arenas Muñoz, *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 39.

Dicho lo anterior, si pretendemos que el análisis de cada una de estas categorías conceptuales (o ambas) sea integral y actual, es indispensable adoptar un enfoque tanto patrimonial como ambiental, puesto que es lo que esencialmente las caracteriza. Lo anterior, como resultado no solamente de una lectura cuidadosa del texto del artículo citado, sino del hecho contundente de que las leyes más importantes que han emanado o que tienen su fundamento constitucional en dicho precepto son leyes patrimoniales y/o ambientales.

Régimen constitucional: del texto original al texto vigente

Partiendo de la idea de que el artículo 27 constitucional recoge dos conceptos distintos (aunque íntimamente vinculados entre sí: el de aguas continentales y el de aguas marinas), es necesario aclarar que no todo el texto de este precepto está relacionado con las aguas. En efecto, se regulan otros bienes nacionales —como los minerales o los hidrocarburos, entre otros—, así como lo relativo al régimen patrimonial de las tierras, el cual no forma parte del análisis que aquí se realiza.

Para las aguas continentales interesa referirnos principalmente a los párrafos primero, tercero, quinto y sexto, y para las aguas marinas a los párrafos quinto, sexto y noveno en relación con los párrafos primero, tercero y cuarto del artículo en cuestión. Es claro que aun en el texto de cada uno de estos párrafos mencionados se debe identificar la parte que corresponde a las aguas, ya sean continentales o marinas, debido a que en algunos de ellos se hace referencia a otros recursos naturales. El párrafo décimo y sus diversas fracciones relativas a las prescripciones sobre la capacidad para adquirir el dominio de las aguas de la nación tiene relevancia para nuestra materia, pero ésta no será objeto central de análisis en el presente trabajo.

Ahora bien, hay que aclarar que el estudio constitucional de las aguas continentales y marinas no se agota en los párrafos del artículo 27 arriba mencionados. Es necesario acudir a otros preceptos que forman parte fundamental del marco constitucional de las aguas en su totalidad, como es el caso para las aguas continentales, por ejemplo, del artículo 73, fracción XVII (relativo a las facultades que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal) en relación con los artículos 124 y 115 (relativos a las facultades reservadas a los estados y a la Ciudad de México, así como a las funciones y servicios públicos a cargo de los municipios, respectivamente). A lo anterior hay que agregar, por supuesto, el precepto relativo al derecho al agua consagrado en el artículo 4°, párrafo sexto, en relación con las disposiciones y los principios que se establecen en el artículo 1° en materia de derechos humanos.

También es el caso para las aguas marinas, por ejemplo, de los artículos 89, fracción X (relativo a las facultades y obligaciones que tiene el presidente de la República para dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales), y 76, fracción I (relativo a las facultades exclusivas del Senado para analizar la política exterior del Ejecutivo federal y para aprobar los tratados internacionales celebrados por el mismo). A estos

hay que agregar los artículos 42, fracción V, y 48 (relativo a que las aguas del mar territorial y las marinas interiores son, respectivamente, partes integrantes del territorio nacional y dependen directamente del Gobierno de la Federación).

Sin embargo, en esta ocasión, para el análisis del artículo 27 constitucional en aguas habremos de referirnos fundamentalmente a los párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y noveno mencionados con antelación, y únicamente cuando así lo amerite por su relevancia, a otros preceptos constitucionales. Por lo que a continuación transcribimos los párrafos correspondientes tanto en su versión original —la de 1917— como en su versión actual, la de 2016.¹³⁴ Las cursivas en los textos de referencia son nuestras con el objeto de identificar las disposiciones jurídicas pertinentes.

Párrafo primero. Comencemos por transcribir el primer párrafo del artículo 27 constitucional. En su texto original, se señalaba lo siguiente:

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

Desde su redacción por vez primera para la Constitución de 1917 y hasta nuestros días, este artículo no ha sido modificado. El texto vigente establece lo siguiente:

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

Párrafo tercero. Contrario a lo que ha sucedido en el párrafo primero, el texto del párrafo tercero sí ha sufrido diversas modificaciones desde 1917. En ellas se han incluido aspectos patrimoniales y ambientales diversos en relación con las aguas. Así se leía en los años revolucionarios este precepto constitucional:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las

¹³⁴Los preceptos constitucionales transcritos corresponden al texto vigente hasta la última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016.

propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública.

El actual párrafo tercero establece lo siguiente:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Párrafo cuarto. El texto original de este párrafo no contemplaba en realidad referencias importantes sobre las aguas, salvo aquella en la que se señalaba que serían del dominio directo las salinas formadas directamente por las aguas marinas. El contenido de este párrafo en aquel entonces era el siguiente:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y *las salinas formadas directamente por las aguas marinas*. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.

Interesa este párrafo en la actualidad puesto que su texto se modificó para incorporar la regulación sobre ciertos aspectos vinculados a los recursos naturales en determinadas zonas marinas. El actual párrafo cuarto reza así:

*Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y *las salinas formadas directamente por las aguas marinas*; los productos derivados*

de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Párrafo quinto. Este párrafo ha sido desde sus orígenes (prácticamente en su totalidad) fundamental para el entendimiento de la regulación de las aguas continentales y marinas. El texto originario establecía lo siguiente:

Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal; las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes anteriores en la extensión que fije la ley. Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atravesase; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados.

A lo largo de su existencia, el párrafo quinto ha sido modificado en algunas ocasiones para quedar como sigue:

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su

extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten las entidades federativas.

Párrafo sexto. También es importante transcribir el párrafo sexto que en su texto original establecía lo siguiente:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes.

El actual párrafo sexto señala lo siguiente:

*En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones. *Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica;* en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que *los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.**

Párrafo noveno. El contenido del texto del actual párrafo noveno se adicionó por vez primera como párrafo octavo del artículo 27 constitucional por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1976. Antes de esta fecha, no existía el contenido que ahora transcribimos:

La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que

esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

Con reforma a la Constitución según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013, se recorrió íntegro el texto del párrafo octavo al párrafo noveno, de tal manera que el texto vigente de este párrafo ha permanecido sin modificación alguna desde 1976, siempre relacionado en su totalidad con las aguas marinas.

Régimen legal

Dentro del sistema jurídico mexicano existen diversas leyes expedidas por el Congreso de la Unión que se refieren a lo que establece el artículo 27 constitucional en materia de aguas. Algunas de estas leyes regulan párrafos completos o partes del artículo citado, es decir, son leyes reglamentarias; otras, se apoyan en artículos constitucionales distintos, pero tienen alguna vinculación con el artículo 27 (y no por ello son de una jerarquía inferior).

Mientras que para las aguas continentales, las leyes reglamentarias por excelencia son la Ley de Aguas Nacionales y la Ley General de Bienes Nacionales, para el caso de las aguas o zonas marinas lo son la Ley Federal del Mar y la Ley General de Bienes Nacionales ya referida. Junto a éstas, y de singular importancia, se encuentra la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Aunque ésta no es explícitamente ley reglamentaria del artículo 27 en materia de aguas, sí regula diversos aspectos sobre las aguas continentales y marinas bajo el marco de la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.¹³⁵

A continuación, presentamos los antecedentes de estas cuatro leyes (de 1917 a la fecha) comenzando por la Ley de Aguas Nacionales:

- a) Ley sobre Irrigación con Aguas Federales (1926);¹³⁶
- b) Ley de Aguas de Propiedad Nacional (1929);¹³⁷
- c) Ley de Aguas de Propiedad Nacional (1934);¹³⁸

¹³⁵El apoyo constitucional de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no sólo se encuentra en el artículo 27 constitucional, sino también en el artículo 73, fracción XXIX-G, relativo a las facultades que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas, de los municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

¹³⁶Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1926. Esta ley señalaba en su artículo primero transitorio que quedaban modificados (en lo que se opusieran) los preceptos relativos de la entonces vigente Ley de Aguas de Jurisdicción Federal de 13 de diciembre de 1910. Por cierto, la ley de 1926 no abrogó a la de referencia de 1910.

¹³⁷Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de agosto de 1929. Esta ley es la encargada de abrogar la Ley de Aguas de Jurisdicción Federal de 13 de diciembre de 1910 tal y como se establece en su primer artículo transitorio.

¹³⁸Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1934. Como se señala en su artículo primero transitorio, se abroga la anterior Ley de Aguas de Propiedad Nacional de 1929.

- d) Ley de Riegos (1946);¹³⁹
- e) Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo (1956);¹⁴⁰
- f) Ley Federal de Aguas (1972),¹⁴¹ y
- g) Ley de Aguas Nacionales (1992).¹⁴²

Al elevarse a rango constitucional el derecho humano al agua por decreto que reformó el artículo 4° de nuestra Carta Magna,¹⁴³ se estableció en el transitorio tercero que el Congreso de la Unión contaría con un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas, que abrogaría a la ley de 1992. Han transcurrido más de cuatro años (contando el plazo otorgado al Congreso de la Unión) y aún no se expide tal ley.

Para el caso de la Ley General de Bienes Nacionales, sus antecedentes legislativos (por cierto con el mismo nombre de la actual ley) son los siguientes:

- a) Ley General de Bienes Nacionales (1942);¹⁴⁴
- b) Ley General de Bienes Nacionales (1969);¹⁴⁵
- c) Ley General de Bienes Nacionales (1982),¹⁴⁶ y
- d) Ley General de Bienes Nacionales (2004).¹⁴⁷

Respecto a la Ley Federal del Mar, su único antecedente inmediato es una ley reglamentaria de 1976. Aquí los nombres de las dos leyes que han regulado el tema:

- a) Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 27 Constitucional, relativo a la Zona Económica Exclusiva (1976),¹⁴⁸ y
- b) Ley Federal del Mar (1986).¹⁴⁹

¹³⁹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1946. Con esta ley queda abrogada la Ley sobre Irrigación con Aguas Federales de 1926, según su artículo segundo transitorio.

¹⁴⁰Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1956.

¹⁴¹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 1972. Esta ley se encarga de abrogar la entonces vigente Ley de Aguas de Propiedad Nacional de 1934, la Ley de Riegos de 1946, y la Ley Reglamentaria de 1956, así como la Ley Federal de Ingeniería Sanitaria y la Ley de Cooperación para Dotación de Agua Potable en Municipios.

¹⁴²Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de diciembre de 1992. Esta ley establece en su artículo segundo transitorio la abrogación de la Ley Federal de Aguas de 1972. La Ley de Aguas Nacionales de 1992 sufrió profundas modificaciones a través de un decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 2004. Al momento de escribir, la última reforma a la ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* es del 24 de marzo de 2016.

¹⁴³Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 2012.

¹⁴⁴Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1942. En el artículo sexto transitorio de esta ley se establece que se abroga el decreto de 18 de diciembre de 1902, antecedente inmediato de la misma.

¹⁴⁵Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de enero de 1969.

¹⁴⁶Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1982. La ley establece en el artículo transitorio segundo que se abroga la ley de 1969.

¹⁴⁷Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2004. El artículo segundo transitorio establece que se abroga la anterior ley de 1982.

¹⁴⁸Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de febrero de 1976.

¹⁴⁹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1986. En su artículo segundo transitorio, la ley abroga la anterior ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 27 constitucional de 1976.

Finalmente, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente ha tenido dos antecedentes muy importantes que aquí mencionamos:

- a) Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (1971);¹⁵⁰
- b) Ley Federal de Protección al Ambiente (1982),¹⁵¹ y
- c) Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988).¹⁵²

A todas las anteriores se suman otras leyes que regulan distintas cuestiones sobre las aguas continentales y las aguas marinas:

- a) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (1976);¹⁵³
- b) Ley Federal de Derechos (1981);¹⁵⁴
- c) Ley General de Salud (1984);¹⁵⁵
- d) Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica (1990);¹⁵⁶
- e) Ley Agraria (1992);¹⁵⁷
- f) Ley Minera (1992);¹⁵⁸
- g) Ley de Puertos (1993);¹⁵⁹
- h) Ley General de Vida Silvestre (2000);¹⁶⁰
- i) Ley de Desarrollo Rural Sustentable (2001);¹⁶¹
- j) Ley Orgánica de la Armada de México (2002);¹⁶²
- k) Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (2003);¹⁶³
- l) Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (2003);¹⁶⁴
- m) Ley de Navegación y Comercio Marítimos (2006);¹⁶⁵
- n) Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables (2007);¹⁶⁶
- ñ) Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos (2008);¹⁶⁷
- o) Ley General de Cambio Climático (2012);¹⁶⁸

¹⁵⁰Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de marzo de 1971.

¹⁵¹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 1982. Señala el artículo segundo transitorio que se abroga la Ley Federal Para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental de 1971.

¹⁵²Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1988. En su artículo segundo transitorio se señala que queda abrogada la Ley Federal de Protección al Ambiente de 1982.

¹⁵³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1976.

¹⁵⁴Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1981.

¹⁵⁵Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984.

¹⁵⁶Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de diciembre de 1990.

¹⁵⁷Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1992.

¹⁵⁸Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de junio de 1992.

¹⁵⁹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de julio de 1993.

¹⁶⁰Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 2000.

¹⁶¹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de diciembre de 2001.

¹⁶²Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2002.

¹⁶³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de febrero de 2003.

¹⁶⁴Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de octubre de 2003.

¹⁶⁵Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2006.

¹⁶⁶Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de julio de 2007.

¹⁶⁷Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2008.

¹⁶⁸Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2012.

- p) Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas (2014);¹⁶⁹
- q) Ley de Hidrocarburos (2014);¹⁷⁰
- r) Ley de Energía Geotérmica (2014);¹⁷¹
- s) Ley de la Industria Eléctrica (2014);¹⁷²
- t) Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (2014),¹⁷³ y
- u) Ley de Transición Energética (2015).¹⁷⁴

Aguas continentales

Enfoque patrimonial

Al centro de toda discusión sobre el tema de las aguas, según lo establecido en el artículo 27 constitucional, se encuentra el de su régimen patrimonial. Nos preguntamos entonces: ¿quién o quiénes son o pueden ser los propietarios de las aguas continentales?

Como es de suponerse, existe cierto debate en torno al significado de lo que la Constitución estableció en 1917 en este sentido, enriquecido a partir de los cambios o adiciones que ésta ha sufrido a lo largo de su existencia. El texto constitucional en sus párrafos correspondientes ha sido interpretado de diversas maneras y las opiniones que se han vertido (particularmente en relación con el concepto de dominio) hacen evidente la falta de consenso que existe entre juristas sobre el tema. No se trata aquí de elaborar un análisis exhaustivo de cada una de las posturas existentes;¹⁷⁵ en realidad, presentamos lo que consideramos de mayor relevancia para los fines de este trabajo.

El punto de partida referente al régimen patrimonial de las aguas continentales lo establece el párrafo primero del artículo 27 constitucional, de donde se desprende que no solamente el Estado es el propietario de las aguas, sino que los particulares también pueden serlo. En efecto, por un lado, al Estado¹⁷⁶ se le considera como el *propietario*

¹⁶⁹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 2014.

¹⁷⁰Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

¹⁷¹Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

¹⁷²Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

¹⁷³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

¹⁷⁴Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 2015.

¹⁷⁵Para ello, remitimos a U. Farías, *op. cit.*, nota 3, pp. 40 y ss., quien cita a diversos autores que han opinado sobre el tema. También sobre propiedad, y particularmente sobre dominio, recomendamos una serie de ensayos compilados por Antonio Azuela en Martín Díaz y Díaz, *Ensayos sobre la propiedad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, *passim*.

¹⁷⁶No es objeto de este artículo discurrir sobre las similitudes o disimilitudes conceptuales y de enfoque científico entre las nociones de *Estado* y *nación*. Para los efectos de este trabajo se hace uso indistinto de ambas sin que por ello dejemos de reconocer que diversos autores han tratado de precisar los elementos que las conforman. En este sentido, por ejemplo, véase Jorge Carpizo, “Nación”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo I-O, 1995, p. 2171, quien ha señalado que “el concepto de nación es más amplio que el de Estado porque el primero abarca muchos aspectos de la vida del hombre, mientras el segundo es el órgano creador y aplicador del derecho”. Recomendamos al lector acudir para mayor abundancia sobre este tema a Rolando Tamayo y Salmorán, “Estado”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo III, D-E, 2004, pp. 811-820.

originario de las aguas, ya que la primera parte del párrafo al que se alude señala con claridad que corresponde originariamente a la nación la propiedad de las aguas; de ahí que se hable de una propiedad originaria. Por otro lado, es la misma nación la que puede —si así lo determina— crear o constituir la propiedad privada de las aguas, y de aquí que se pueda considerar a los particulares —aunque no sea común denominarlos así—, como los *propietarios derivados* de las aguas.

Si aceptamos lo antes dicho, debemos entonces preguntarnos cuáles aguas pertenecen a uno y a otro. Para ello, acudimos al párrafo quinto del artículo 27 constitucional que nos dice de manera expresa cuáles son las aguas propiedad de la nación de donde se deriva y cuáles son propiedad de los particulares. De esta manera, el citado párrafo del artículo constitucional señala que son aguas propiedad de la nación —o lo que es lo mismo aguas nacionales— las siguientes:

- a) Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;
- b) Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;
- c) Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos (desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional);
- d) Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos (cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República);
- e) Las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino;
- f) Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- g) Las que se extraigan de las minas;
- h) Las de los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley, y
- i) Las aguas del subsuelo.

Este listado —como advierte Urbano Farías¹⁷⁷ es tan amplio y general que abarca prácticamente todas las aguas continentales (superficiales o del subsuelo) y aun así no es limitativo sino enunciativo. Por lo que a esta enumeración habrá que agregar, como lo señala el autor, aquellas aguas que sin estar precisadas con toda claridad en el listado del párrafo quinto se encuentran en depósitos o corren sobre bienes nacionales. El apoyo que encuentra Urbano Farías para afirmar lo anterior se encuentra precisamente en lo que establece la parte final del párrafo en comento, que señala que cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración de referencia formarán parte de la propiedad

¹⁷⁷U. Farías, *op. cit.*, nota 3, p. 43.

de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos. Por lo tanto, si las aguas corren y se depositan sobre bienes nacionales, entonces se considera que forman parte de éstos y se convierten en aguas nacionales.

Con lo señalado anteriormente, es posible determinar cuáles son las aguas propiedad de los particulares. Para ello, debemos tomar en cuenta que los particulares adquieren el dominio de las aguas bajo un régimen de excepción puesto que, como ya hemos señalado, prácticamente todas las aguas continentales son nacionales. De esta manera, los particulares podrán apropiarse de aquellas aguas que no se encuentren en el listado arriba señalado (esto es, en la primera parte del párrafo quinto), que corran o se encuentren en depósitos considerados bienes nacionales. Por lo tanto, para que los particulares se apropien de las aguas es menester que corran o se encuentren (sus depósitos) en terrenos que sean de su propiedad.¹⁷⁸ De cualquier manera, la idea de “apropiación” por parte de los particulares no se refiere al tradicional concepto de un derecho de propiedad sobre un bien, en este caso, el de las aguas.

El quinto párrafo y la fracción I del artículo 27 constitucional no deja lugar a duda de que puede haber, por excepción, agua susceptible de apropiación de particulares, siempre y cuando no sean aguas nacionales, que por disposición constitucional y legal se deben mantener como tales. Sin embargo, tal adquisición o apropiación es en todo caso *sui generis*, en atención al recurso natural de que se trata. En realidad implica una *titularidad del derecho para explotar, usar o aprovechar las aguas* que están en un constante devenir y no una propiedad privada sobre un bien aprehensible, en el sentido tradicional.¹⁷⁹ Por tanto, se trata más bien de un derecho de aprovechamiento (y de uso y explotación) que se obtiene mediante una concesión o permiso otorgados por el Ejecutivo federal y por el que se habrá de pagar una contribución.

Mención especial merecen las aguas del subsuelo, ya que durante mucho tiempo se ha debatido si son aguas propiedad de la nación o pueden ser aguas propiedad de los particulares.¹⁸⁰ Esta discusión se deriva de la lectura del párrafo quinto del artículo 27 constitucional, ya que en él se señala que las aguas del subsuelo podrán ser apropiadas por el dueño del terreno en las zonas de libre alumbramiento, lo que se traduce en que, una vez extraídas o sacadas, si el dueño o propietario del suelo es particular, entonces tendrá la propiedad sobre ellas. En otras palabras, pareciera que las aguas del subsuelo en zonas de libre alumbramiento dejan de ser aguas nacionales y pueden ser apropiadas por los particulares (con la variable desde luego de que cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas). Por otro lado, se ha afirmado que las aguas del subsuelo son simple y sencillamente de la

¹⁷⁸Sobre este punto en particular Nava Negrete señala que las aguas propiedad de los particulares se rigen por el Código Civil de cada entidad federativa. Véase Alfonso Nava Negrete, “Aguas”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo A-CH, 1995, p. 130.

¹⁷⁹Urbano Farías, *op. cit.*, nota 3, p. 45.

¹⁸⁰Se sugiere acudir a R. Brañes, *op. cit.*, nota 2, pp. 418 y 419; Francisco F. Cervantes Ramírez, “De la propiedad de las aguas nacionales”, *Lex*, México, Suplemento Ecología, enero de 1999, pp. XVIII y XIX, y A. Nava Negrete, *op. cit.*, nota 1, p. 427 y ss.

exclusiva propiedad del Gobierno federal, con todo y que la redacción del texto que por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de junio de 1945 señalara que la propiedad de las aguas de subsuelo (tal y como ahora está en el texto vigente) son del propietario del terreno.¹⁸¹

Durante algunos años, la legislación secundaria en la materia —nos referimos en particular a la ley reglamentaria del párrafo quinto del artículo 27, la Ley de Aguas Nacionales— no fue de mucha utilidad para aclarar el punto antes mencionado. En efecto, al considerar a las aguas del subsuelo como aguas nacionales, las colocaba como bienes inalienables e imprescriptibles, y por lo tanto, para su uso, explotación o aprovechamiento por los particulares se requería de concesión. La propia ley agregaba que tal explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo causaría las contribuciones fiscales correspondientes. Sin embargo, la ley señalaba al mismo tiempo que las aguas del subsuelo podían ser alumbradas libremente sin que se necesitara concesión o asignación para ello (al menos que se tratara de zonas reglamentadas para su extracción y para su explotación, uso o aprovechamiento, o bien se tratara de zonas de veda o zonas de reserva); lo anterior suponía que en este caso estaríamos frente a aguas propiedad de los particulares.¹⁸²

Sobre el punto anterior, debemos recordar que algunos doctrinarios han considerado que los bienes (nacionales) concesionables son inalienables,¹⁸³ por lo que si se considera que las aguas del subsuelo no son nacionales, por esa excepción mencionada en el precepto constitucional, entonces perderían su carácter de inalienabilidad.

Al respecto, Urbano Farías sostenía que el verdadero sentido del artículo 27 constitucional es que las aguas del subsuelo son aguas nacionales que podrán aprovecharse libremente por el dueño del terreno en zonas de libre alumbramiento sin que por ello se estuviera en presencia de propiedad privada. Se trata de aprovechamientos particulares de aguas en donde la adquisición o apropiación es, en todo caso, *sui generis*, no hay necesidad de discutir su titularidad.¹⁸⁴ Otros autores, como es el caso de Cervantes Ramírez, argumentan que en realidad el agua que se extrae del subsuelo sí es susceptible de apropiación, pero lo que no es apropiable es la fuente (es decir el acuífero) de donde se extraen las aguas subterráneas.¹⁸⁵

En la actualidad, el texto vigente de la Ley de Aguas Nacionales sigue considerando a las aguas del subsuelo como aguas nacionales (artículo 3, fracción IV), donde el Ejecutivo federal es quien tiene la competencia para reglamentar el control de su extracción, explotación, uso o aprovechamiento, incluso las que hayan sido libremente alumbradas (artículo 6). Tal explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo no solamente causará las contribuciones fiscales correspondientes (artículo 18, último párrafo), sino que dichas aguas, incluso las que hayan sido libremente alum-

¹⁸¹Sobre esta situación, véase A. Nava Negrete, *op. cit.*, de la nota anterior, p. 428.

¹⁸²Los detalles sobre el particular en Nava Escudero, *op. cit.*, nota 2, pp. 243 y ss. Aquí se encontrarán, adicionalmente, algunos criterios jurisprudenciales sobre el tema.

¹⁸³G. Fraga, *op. cit.*, nota 1, p. 373.

¹⁸⁴U. Farías, *op. cit.*, nota 3, pp. 45 y 46.

¹⁸⁵F. Cervantes Ramírez, *op. cit.*, nota 64.

bradas, requerirán de concesión o asignación (artículo 42, fracción I). Para muchos, este enunciado parece contradecir lo que el precepto constitucional aludido establece.

Ahora bien, así como las aguas continentales pueden ser —por excepción— susceptibles de apropiación por los particulares conforme lo dicho anteriormente, también pueden pertenecer a los estados, los municipios o a la Ciudad de México. Para determinar cuáles aguas podrán tener el carácter de estatales, municipales o de la Ciudad de México —incluso sociales en el caso de ejidatarios y comuneros—, se debe atender a la última parte del párrafo quinto del artículo 27 constitucional. Esto es, tendrán ese carácter las aguas por las que corran o se encuentren sus depósitos según la propiedad de los terrenos, o como claramente señala Urbano Farías “en aplicación estricta [de la] norma, las aguas pueden ser parte integrante de la propiedad estatal, municipal, social [...] según donde se encuentren o transiten”.¹⁸⁶ El texto constitucional aludido concluye estableciendo que si en ese caso se localizaren en dos o más predios, entonces el aprovechamiento de esas aguas se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que dicten las entidades federativas.

Concluyendo, se puede afirmar *in genere* que todas las aguas continentales (superficiales y subterráneas) son nacionales, donde el propietario originario es la nación. Las aguas nacionales son inalienables (es decir, están fuera del comercio) e imprescriptibles, y su explotación, uso o aprovechamiento por los particulares requiere de concesión (o si se trata de un ente público, de asignación). Hay aguas que no tienen este carácter y por lo tanto son la excepción a la regla anterior. Dentro de los casos de excepción se encuentran aquellas aguas que los particulares pueden apropiarse, en virtud de que se encuentran depositadas o corran en terrenos de su propiedad, y que no estén dentro de la lista que establece el párrafo quinto del artículo 27 constitucional. El caso de las aguas del subsuelo requiere de un tratamiento especial, puesto que aun siendo consideradas constitucional y legalmente aguas nacionales al momento de ser alumbradas libremente, la propia Constitución señala que podrán ser apropiadas por parte del dueño del terreno.

Enfoque ambiental

Es innegable que el artículo 27 constitucional en materia de aguas continentales tiene una esencia patrimonialista. Sin embargo, al tiempo que son consideradas bienes nacionales, las aguas también son elementos o recursos naturales, y como tales han encontrado significativo y creciente cobijo dentro del ordenamiento jurídico ambiental. Hay que aclarar que el estudio de las aguas continentales, desde la óptica de lo ambiental, no excluye la discusión sobre su régimen patrimonial. Al contrario, la discusión jurídico-ambiental sobre los recursos naturales en general y sobre las aguas en particular tiene una parte fundamental de argumentación y análisis sobre derechos de propiedad. El origen es que “las aguas se enmarcaron dentro de la propiedad de la

¹⁸⁶U. Farías, *op. cit.*, nota 3, p. 44.

nación y su aprovechamiento”,¹⁸⁷ y con el paso del tiempo y el desarrollo de la normativa ambiental, el régimen constitucional (ambiental) ha sido “eminentemente patrimonialista y [...] se fundamenta en el establecimiento de modalidades a la apropiación de los recursos naturales y en el régimen de bienes nacionales”.¹⁸⁸ Existe entonces, un binomio constitucional patrimonio/ambiente de las aguas en este país.

En su análisis sobre el artículo 27 constitucional, Raúl Brañes sostiene que el texto de este precepto contiene tres principios relevantes desde la óptica ambiental, sin excluir, desde luego, la patrimonial:

- i. Lo señalado en el párrafo primero relativo a la naturaleza de la propiedad originaria de tierras y aguas;
- ii. Lo que establece el párrafo tercero relativo a la llamada función social de la propiedad privada, y
- iii. Lo que se establece en ese mismo párrafo tercero respecto al derecho que tiene la Nación de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para obtener una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar su conservación.¹⁸⁹

Si bien la discusión patrimonio/ambiente son dos caras de una misma moneda, es importante rescatar desde lo ambiental algunas cuestiones interesantes sobre las aguas en su calidad de recursos o elementos naturales.

En primer lugar, es necesario referirnos al texto constitucional de donde se desprende que las aguas continentales son recursos naturales. Como ya se dijo, el párrafo quinto se refiere a las aguas propiedad de la nación y de los particulares; el párrafo siguiente (el sexto) señala que en los casos a los que se refiere el párrafo antes citado, la explotación, uso, o aprovechamiento de los recursos —en este caso, las aguas— por los particulares o por sociedades constituidas por leyes mexicanas no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo federal.

De esta primera correlación de párrafos en el artículo 27 se desprende que la Constitución considera a las aguas como recursos naturales. Lo anterior se complementa con lo que señala el párrafo tercero en el sentido de que la nación tiene en todo momento el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, y regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación. Para tal efecto, continúa el párrafo tercero, se dictarán medidas necesarias para establecer provisiones, usos, reservas y destinos de aguas a efecto de preservar y restaurar el equilibrio ecológico y así evitar su destrucción. Es claro que esas medidas que habrán de dictarse a efecto de evitar la devastación de los recursos naturales (por el aprovechamiento que se haga bajo la idea de

¹⁸⁷M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, nota 59, p. 522.

¹⁸⁸María del Carmen Carmona Lara, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Comentarios y concordancias*, México, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 5.

¹⁸⁹R. Brañes, *op. cit.*, nota 2, pp. 73-76.

una distribución equitativa donde se cuide de su conservación) incluyen a las aguas continentales.

En segundo lugar, la idea de regular el aprovechamiento de los elementos naturales para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, para cuidar de su conservación, así como evitar su destrucción, no es nueva. Es decir, estas dos ideas se consagraron en el texto constitucional original,¹⁹⁰ por lo tanto, se han incorporado como parte de las preocupaciones ambientales que dieron nacimiento al derecho ambiental en este país hacia finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del siglo pasado.¹⁹¹ Hay que recordar que la intención del Constituyente de 1917 de introducir estas ideas era que los recursos naturales debían ser aprovechados según una racionalidad productiva (utilización racional) que considerara su conservación y evitara su destrucción.¹⁹² Actualmente, sería insuficiente referirse a las aguas nacionales únicamente como bienes nacionales sin considerarlas dentro del marco de lo ambiental, que incluye no sólo su conservación, sino su preservación, protección, prevención, control de calidad y cantidad, control de su contaminación, deterioro, aprovechamiento sustentable, etcétera.

En tercer lugar, la idea del aprovechamiento de las aguas como elemento natural se encuentra vinculada a otros preceptos constitucionales que conforman todo un régimen constitucional ambiental. Dichos preceptos han ido incorporándose a la Constitución debido a la innegable importancia que ha adquirido la cuestión ambiental. Estas nuevas disposiciones constitucionales han modulado, enriquecido e insertado una forma distinta de entender y dar lectura al tema de las aguas como originalmente se había establecido en el texto de 1917. Los vínculos que tienen las aguas continentales como recursos naturales con lo ambiental comprenden principalmente los siguientes preceptos (la lista no es exhaustiva):

- El derecho a la protección de la salud (artículo 4º, párrafo tercero);
- El derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar (artículo 4º, párrafo quinto);
- El derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible (artículo 4º, párrafo sexto);
- La sustentabilidad vinculada al desarrollo nacional (artículo 25, párrafo primero) y al derecho humano al agua (artículo 4º, párrafo sexto);
- El cuidado del ambiente frente al uso de los recursos productivos de los sectores social y privado (artículo 25, párrafo séptimo);

¹⁹⁰Se argumenta que estas ideas acuñadas desde el texto de 1917 confirman el carácter precursor de nuestra Carta Magna en la materia. *Ibidem*, p. 66.

¹⁹¹Las preocupaciones ambientales, o “crisis ambiental moderna”, en aquellos años estuvieron vinculadas en países desarrollados a temas sobre el agotamiento de los recursos naturales, la contaminación del ambiente y su impacto en la salud humana; en países menos desarrollados, a temas sobre supervivencia y desarrollo en ciertas regiones del mundo. Para mayor detalle sobre esto y la evolución del discurso ambiental de las últimas décadas, véase César Nava Escudero, *Urban environmental governance: comparing air quality management in London and Mexico City*, Inglaterra, Ashgate, 2001, pp. 12-18.

¹⁹²R. Brañes, *op. cit.*, nota 2, p. 77.

- Las medidas para prevenir y combatir la contaminación ambiental asociadas a la salubridad general (artículo 73, fracción XVI, base 4a);
- La distribución de competencias en materia ambiental, esto es, la facultad que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas, de los municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México en materia de protección ambiental, preservación y restauración del equilibrio ecológico (artículo 73, fracción XXIX-G), entre otros.

En cuarto lugar, la Ley de Aguas Nacionales ha desarrollado una serie de conceptos vinculados a lo que se establece tanto en el artículo 27 en los párrafos ya mencionados como en los preceptos constitucionales relacionados con éste. Así, es objeto de esta ley —reglamentaria del artículo constitucional citado— regular la explotación, uso, aprovechamiento, distribución y control de las aguas nacionales, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr un desarrollo integral sustentable.¹⁹³ Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente introduce en su texto legal la idea del aprovechamiento sustentable, y la prevención y control de la contaminación del agua y los ecosistemas acuáticos.¹⁹⁴ Mientras que ésta considera como criterio que corresponde al Estado y a la sociedad el aprovechamiento sustentable del agua, la protección de los ecosistemas acuáticos y el equilibrio de los elementos naturales que intervienen en el ciclo hidrológico (artículo 88, fracción I), aquélla reafirma que es tarea fundamental de ambos (Estado y sociedad) la preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad del agua considerándola como prioridad y asunto de seguridad nacional (artículo 14, Bis 5, fracción I).

Por último, es importante mencionar que los contenidos y propósitos plasmados en el artículo 27 y demás artículos constitucionales relacionados en materia de aguas, así como los de sus respectivas leyes reglamentarias —por ejemplo, el aprovechamiento sustentable, la conservación, la distribución equitativa de la riqueza pública, el desarrollo equilibrado, el mejoramiento de las condiciones de vida rural y urbana, el uso racional, el control de la calidad y cantidad, la preservación y restauración del equilibrio ecológico, el control y prevención de la contaminación, y la protección de los ecosistemas acuáticos y del ambiente *in genere*, entre otros— no siempre reflejan lo que verdaderamente sucede en diversas regiones del país. Los retos y dilemas que enfrentamos son enormes y muy delicados dadas las condiciones de disponibilidad variable (distribución inequitativa), grado de presión sobre el recurso (estrés hídrico, mayor extracción que recarga) y contaminación y deterioro o modificación (residuos, intrusión salina, etcétera).

Datos alarmantes incluyen,¹⁹⁵ por ejemplo, el hecho de que el número de acuíferos sobreexplotados en la actualidad respecto a los de hace 15 años no ha disminuido (en 2001 se calculaban 104 de 653, hoy son 106). Aunado a esto, el grado de presión sobre el recurso es alto en las zonas centro, norte y noroeste del país (oscila entre 40 y 74

¹⁹³Véase el artículo 1° de esta ley.

¹⁹⁴Véanse los artículos 88-97 y 117-133 de esta ley.

¹⁹⁵Datos obtenidos de la Comisión Nacional del Agua, *Estadísticas del agua en México. Edición 2014*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales/Comisión Nacional del Agua, diciembre de 2014, *passim*.

por ciento del volumen de agua concesionada y el agua renovable), y para el Valle de México es muy alto (alcanza casi 138 por ciento, es decir, hay mucha más agua empleada que renovable). Las cifras de agua renovable *per cápita* en el país disminuirán a nivel nacional en el futuro; si bien algunas de las regiones hidrológico-administrativas en las que se divide territorialmente nuestro país para la gestión del agua no sufrirán un decremento significativo, otras sí lo experimentarán.¹⁹⁶ En tanto que el decremento del agua renovable a nivel nacional irá de 3,982 m³/hab/año en 2013 a 3,430 para el 2030, en algunas regiones el agua renovable *per cápita* estará por debajo de los 1,000 m³/hab/año, escenario que es sumamente alarmante. Esto ocurrirá en al menos tres regiones: Región I Península de Baja California, que irá de 1,165 m³/hab/año en 2013 a 907 en 2030; Región VI Río Bravo, que irá de 1,063 m³/hab/año a 888, y la más inquietante Región XIII Aguas del Valle de México, que irá de 152 m³/hab/año en 2013 a 137 en 2030.

Aguas marinas

Enfoque patrimonial

Al igual que con las aguas continentales, debemos preguntarnos: ¿quién o quiénes son o pueden ser los propietarios de las aguas marinas?

Señalamos al principio de este trabajo que las aguas marinas se refieren tanto a las aguas en zonas marinas que forman parte del territorio nacional como a las que se encuentran en zonas marinas donde la nación ejerce derechos de soberanía, jurisdicciones y otros derechos. Si bien la Constitución en este artículo 27 no establece una lista de cuáles son consideradas aguas marinas (o al menos zonas marinas), sí lo hace su ley reglamentaria por excelencia: la Ley Federal del Mar. Esta ley —reglamentaria de los párrafos cuarto, quinto, sexto, y antes octavo ahora noveno— establece en su artículo 3° que las zonas marinas mexicanas son:

- a) El Mar Territorial;
- b) Las Aguas Marinas Interiores;
- c) La Zona Contigua;
- d) La Zona Económica Exclusiva;
- e) La Plataforma Continental y las Plataformas Insulares, y
- f) Cualquier otra permitida por el Derecho internacional.

De todas estas, el párrafo quinto del artículo 27 constitucional únicamente menciona a dos como propiedad de la nación:

¹⁹⁶Desde 1997 nuestro país está dividido en 13 regiones hidrológico-administrativas: I Península de Baja California; II Noroeste; III Pacífico Norte; IV Balsas; V Pacífico Sur; VI Río Bravo; VII Cuencas Centrales del Norte; VIII Lerma-Santiago-Pacífico; IX Golfo Norte; X Golfo Centro; XI Frontera Sur; XII Península de Yucatán, y XIII Aguas del Valle de México.

- a) Las aguas de los mares territoriales, y
- b) Las aguas marinas interiores.

El *mar territorial* consiste en una franja del mar adyacente a las costas nacionales (continentales o insulares) y a las aguas marinas interiores; tiene una anchura de 12 millas marinas (22,224 metros) que se miden a partir de las líneas de base normales o rectas, o una combinación de ellas.¹⁹⁷ Las *aguas marinas interiores* son aguas de mar localizadas entre la costa o tierra firme (continental o insular) y las líneas de base normales o rectas, que sirven para medir el mar territorial.¹⁹⁸

Estos dos tipos de aguas marinas están sujetas a lo que establece el párrafo sexto del artículo 27 constitucional en cuanto a que son inalienables e imprescriptibles; por lo tanto, para su uso, explotación y aprovechamiento por particulares (o sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas) se requiere de concesión otorgada por el Ejecutivo federal.¹⁹⁹ Al ser ambas consideradas como partes integrantes del territorio nacional (según lo establece la fracción V del artículo 42 de la Constitución), les aplica también lo que establece el párrafo primero del artículo 27 constitucional. Esto es, la propiedad de las aguas de los mares territoriales y las aguas marinas interiores que se encuentran comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originariamente a la nación; ésta podría constituir la propiedad privada (derivada) y transmitir su dominio a los particulares, pero esto no ha tenido eco en la legislación interna mexicana. Por disposición constitucional (artículo 48), tanto las aguas del mar territorial como las aguas interiores son aguas de la Federación. La gran diferencia que existe entre unas y otras es que en las del mar territorial el ejercicio de la soberanía del Estado mexicano está limitado por el derecho que tienen las embarcaciones extranjeras a ejercer el *paso inocente*,²⁰⁰ mientras que en las aguas interiores no existe ninguna limitación a dicha soberanía.²⁰¹

Desde ahora debemos preguntarnos si la naturaleza jurídica de las aguas marinas que se encuentren en las zonas conocidas como mar territorial y aguas marinas interiores cambia una vez que son extraídas, como ha sucedido, por ejemplo, para llevar a cabo procesos de desalación. En este caso, no está del todo claro si las aguas marinas que abandonen las zonas donde se encontraban, pueden ser “apropiadas” por particulares sin que se esté ante una idea de propiedad privada en el sentido tradicional y se

¹⁹⁷Para mayor detalle, véanse los artículos 23-27 de la Ley Federal del Mar.

¹⁹⁸El artículo 36 de la Ley Federal del Mar incluye como aguas marinas interiores a la parte norte del Golfo de California, las de las bahías internas, las de los puertos, las internas de los arrecifes, y las de las desembocaduras o deltas de los ríos, lagunas y estuarios, comunicados permanente o intermitentemente con el mar.

¹⁹⁹Establece el artículo 20 de la Ley Federal del Mar que: “Cualquier actividad que implique la explotación, uso y aprovechamiento económico de las zonas marinas mexicanas [...] se rigen por las disposiciones reglamentarias de los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por la presente Ley las demás leyes y reglamentos aplicables”.

²⁰⁰El *derecho de paso inocente* consiste en el derecho que tienen los buques extranjeros de navegar por o a través del mar territorial de un Estado siempre y cuando no sea perjudicial a la paz, el orden o la seguridad del mismo. Véase A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 41. Esta figura jurídica se encuentra regulada en el artículo 29 y ss. de la Ley Federal del Mar.

²⁰¹A. Székely, “Aguas marinas interiores”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo A-CH, 1995, p. 131.

requiera concesión para su uso, explotación y aprovechamiento, o si bien, las aguas al ser extraídas pierden su carácter de bienes nacionales y pasan a propiedad (derivada) de los particulares.²⁰² En este sentido, la Ley de Aguas Nacionales señala en su artículo 17, párrafo segundo, que no se requerirá de concesión para la extracción de las aguas de las zonas marinas interiores y de las del mar territorial para efectos de su explotación, uso o aprovechamiento, salvo las que tengan como fin la desalinización o desalación, las cuales sí requerirán de concesión.

Ahora bien, el artículo 27 constitucional que analizamos en el presente trabajo no hace referencia de manera expresa a la *zona contigua*. Las aguas que se encuentran dentro de esta zona marina (creada por la Ley Federal del Mar) abarcan el doble del ancho que las del mar territorial incluyendo a este último. Es decir, las aguas de la zona contigua incluyen las 12 millas marinas del mar territorial más otras 12 millas adyacentes a éste para alcanzar 24 millas en total (44,448 metros).²⁰³ En estricto sentido, cualquier discusión sobre el régimen patrimonial de las aguas de esta zona se hará en dos partes: las del mar territorial para lo que se remite a lo que ya se ha dicho sobre el mismo, y las otras 12 millas que no son propiedad de la nación. En efecto, en estas últimas 12 millas, la nación ejerce ciertas competencias específicas en materia aduanera, fiscal, migratoria y sanitaria.²⁰⁴ Obviamente, la Ley General de Bienes Nacionales no incluye a esta zona dentro de su texto.

Las otras dos zonas marinas restantes —*i.e.* la *zona económica exclusiva* y la *plataforma continental y plataformas insulares*— son objeto de mención del precepto constitucional multicitado y se comentará cada una de ellas por separado.

El párrafo noveno del artículo 27 constitucional señala que la nación ejerce derechos de soberanía y jurisdicciones sobre la zona económica exclusiva localizada fuera del mar territorial y adyacente a éste. El mismo precepto constitucional establece que las aguas marinas que abarcan esta zona se extienden a 200 millas marinas (370,400 metros) contadas a partir de la línea de base desde la que se mide el mar territorial. Como es lógico suponer, de estas 200 millas, las primeras 12 abarcan las aguas marinas del mar territorial, dejando las 188 millas restantes bajo un régimen jurídico diferente a aquél. Las aguas marinas que se encuentran en el segundo espacio de la zona económica exclusiva no son propiedad de la nación. Estas 188 millas marinas no son consideradas parte integrante de nuestro territorio por lo que el Estado mexicano solamente ejerce una jurisdicción y control para ciertos fines específicos, entre los que se incluyen la pesca, la protección y preservación del medio marino, la investigación científica, ente otras.²⁰⁵

Ahondando en lo anterior, nos explica Gómez-Robledo Verduzco que esta zona constituye una zona de soberanía económica o de jurisdicción nacional, que se refiere no al espacio marino en sí mismo (ya que éste permanece abierto a libertades tradicio-

²⁰²Sobre este punto, véase lo que ya hemos discutido en César Nava Escudero, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 143-148.

²⁰³Para mayor detalle, véanse los artículos 42 a 45 de la Ley Federal del Mar de 1986.

²⁰⁴A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 42.

²⁰⁵A. Gómez-Robledo, *Derecho del mar, op. cit.*, nota 10, p. 35.

nales de navegación y de comunicación) sino a ciertas actividades como son la explotación de los recursos naturales (vivos y no vivos), así como la producción de la energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos.²⁰⁶ Vale la pena añadir que nuestras islas gozan de zona económica exclusiva.²⁰⁷

Por lo que respecta a la última de las zonas marinas mencionadas por la Ley Federal del Mar, esto es, la plataforma continental y las plataformas insulares, conviene aclarar que no se está frente a la idea de aguas marinas propiamente dichas, sino frente a un espacio o zona terrestre. Estas zonas marinas forman parte del territorio nacional según lo establece el párrafo IV del artículo 42 constitucional y se consideran bienes nacionales sujetos a régimen de dominio público de la Federación de acuerdo con lo señalado en el artículo 3, fracción I en relación con el artículo 6º, fracciones I, III y IV de la Ley General de Bienes Nacionales.

Nos comenta Alberto Székely que desde un punto de vista geológico la plataforma continental o insular “es la prolongación natural del continente o de la isla por debajo del mar, desde el punto en que se sumerge hasta aquel en que la prolongación termina al tocar los fondos oceánicos”.²⁰⁸ La Constitución, en su artículo 27, párrafo cuarto, hace mención de las plataformas continental e insulares en relación con el dominio directo que tiene la nación sobre los recursos naturales que se encuentran en ellas. Para el presente trabajo lo que interesa mencionar es el hecho de que los derechos de la nación sobre la plataforma continental y las plataformas insulares no afectan el régimen jurídico aplicable a las aguas suprayacentes.²⁰⁹

En conclusión, el régimen patrimonial de las aguas marinas en un sentido amplio se divide en dos: aquéllas donde la nación es propietaria (originaria), como lo es sobre las aguas del mar territorial y sobre las aguas que conforman las aguas marinas interiores, y aquéllas donde la nación, sin ser propietaria, ejerce ciertos derechos de soberanía y otras jurisdicciones como lo son las aguas en la zona contigua y en la zona económica exclusiva (excluyendo para ambos casos las 12 millas marinas que abarcan las aguas del mar territorial). En sentido estricto, el régimen patrimonial de la nación se circunscribe tanto a las aguas del mar territorial como a las aguas marinas interiores; éstas se consideran bienes nacionales, sujetos al régimen de dominio público de la Federación y por lo tanto son inalienables e imprescriptibles al igual que la plataforma continental y las plataformas insulares.²¹⁰ Debe entenderse que el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes por particulares estará sujeto a concesiones, permisos, autorizaciones y demás actos jurídicos permitidos por las leyes respectivas.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 36.

²⁰⁷ Véase el artículo 51 de la Ley Federal del Mar.

²⁰⁸ A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 45.

²⁰⁹ Véase el artículo 60 de la Ley Federal del Mar.

²¹⁰ Según la Ley General de Bienes Nacionales, tanto las aguas marinas interiores como el mar territorial son considerados bienes de uso común (artículo 7º, fracciones II y III, respectivamente). Esta ley dispone en su artículo 6º, fracción II, que estarán sujetos al régimen de dominio público de la Federación, entre otros, los bienes de uso común que señala la propia ley. También estarán sujetos a este régimen de dominio público los bienes señalados en el artículo 42, fracción IV (que incluye a la plataforma continental y las plataformas insulares) según el artículo 6º, fracciones I y II de la ya citada Ley General de Bienes Nacionales.

Enfoque ambiental

Como sucede con las aguas continentales, la visión del artículo 27 constitucional en materia de aguas marinas es también fundamentalmente patrimonialista. Sin embargo, las aguas del mar territorial y las de las marinas interiores son consideradas por nuestra Carta Magna como bienes nacionales y también como recursos naturales, por lo tanto, interesan al derecho ambiental. De hecho, todos los recursos (vivos o no) en las zonas marinas mexicanas pueden considerarse recursos naturales y, en consecuencia, tienen una connotación de tipo ambiental. A continuación algunas reflexiones desde este enfoque.

En primer lugar, una parte significativa de la regulación de las aguas marinas, tanto a nivel constitucional como legal, es resultado de la influencia que ha tenido el Derecho internacional del mar en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro derecho interno, o “derecho del mar mexicano”, es en mucho el reflejo tanto de negociaciones adoptadas en foros internacionales como de diversos textos consagrados en instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia en los que, paradójicamente, México ha tenido una actuación sobresaliente. Nos explica Alberto Székely al respecto lo siguiente:

México ha jugado un papel central en la elaboración de las normas generales del derecho internacional del mar, de tal manera que las normas relativas de su legislación interna son, en casi todas las instancias, resultado de fórmulas generales patrocinadas por México en los foros en los que el derecho internacional del mar se ha desarrollado y codificado [...] Muchas de esas fórmulas generales han sido ideadas y originalmente propuestas por juristas representantes de México en esos foros.²¹¹

En segundo lugar, en ese derecho internacional del mar que tanto ha influenciado a nuestro derecho interno, ha prevalecido una discusión de corte patrimonialista que se ha enfocado en tratar temas sobre la jurisdicción nacional y la internacional (incluyendo anchura y límites) de los Estados en las zonas marinas. En un principio, el interés por el mar significaba un instrumento de expansión territorial y de imperialismo (idea central de la doctrina *mare clausum*), que rápidamente encontró una postura opuesta al rechazar que el mar fuera apropiable por cualquier Estado que tuviera los medios para ello y se le concibió como una zona inmune a la soberanía de los Estados abogando en torno a la libertad de los mares (idea central de la doctrina *mare liberum*). Si bien esta última postura se adoptó con el paso del tiempo, su objetivo era el de la protección y seguridad del territorio del Estado costero que de manera rápida se amplió al incorporarse la protección económica (por alimentos) y nuevos criterios para establecer zonas de jurisdicción en materia aduanal, fiscal, penal, etcétera.

Aunado a esto, pronto la preocupación por establecer zonas de conservación para la protección de ciertas especies vivas amenazadas por la sobreexplotación y las de aprovechamiento de los recursos naturales. La evolución y el desarrollo del derecho del mar

²¹¹A. Székely, *op. cit.*, nota 9, p. 10.

durante la última mitad del siglo XX dieron como resultado el surgimiento de nuevas zonas de jurisdicción nacional, como lo fue, en especial, el de la zona económica exclusiva.²¹² Bajo el nuevo derecho del mar, continuaron las discusiones relativas a la propiedad y jurisdicción de las zonas marinas, y con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en vigor a partir de 1994) se incluyeron nuevas definiciones de conceptos ya existentes (como las de mar territorial y plataforma continental) y se incorporaron nuevas zonas de jurisdicción nacional (como la zona económica exclusiva y las aguas archipiélagas).²¹³ Esta influencia patrimonialista a nivel internacional ha sido adoptada en mucho por nuestra Constitución y nuestra legislación interna.

En tercer lugar, la discusión de soberanía y jurisdicción relativa a la anchura y límites de las aguas marinas (en especial, la del mar territorial y aguas adyacentes) ha sido originada en ocasiones por motivos de tipo ambiental. Algunos ejemplos de lo anterior lo constituyen la Ley del 24 de diciembre de 1971, emitida por Francia, para extender su mar territorial a 12 millas para ejercer cierta jurisdicción y control sobre el tráfico de tanques petroleros en el Canal de la Mancha, así como el Acta de Prevención de Contaminación de las Aguas del Ártico de 1970, emitida por Canadá, que crea una zona de jurisdicción con una anchura de 100 millas para protegerla de los buques petroleros que transitan por ellas.²¹⁴ No menos importantes fueron las posturas de países como Perú y Ecuador, que formaron parte del movimiento a favor de las 200 millas de zona económica exclusiva alegando la necesidad de proteger los biomas y ecosistemas de la Corriente Humboldt que corre a lo largo de sus costas dentro de esta franja.²¹⁵ Por lo que la conservación o protección de las aguas marinas y de ciertas especies o recursos naturales en ellas, han sido temas para la determinación de las posturas de diversos países en torno a la delimitación de estas zonas desde hace ya algunas décadas.

En cuarto lugar, es indispensable acudir a los preceptos que conforman el régimen constitucional ambiental para contar con referentes apropiados para sustentar un análisis que considere, si se permite la expresión, un enfoque ambiental de las aguas marinas. Por ello hay que hacer alusión a los postulados que ya hemos mencionado para el caso de las aguas continentales, es decir, los relativos al derecho de toda persona a un medio ambiente sano; a la sustentabilidad en el desarrollo nacional; el cuidado de las aguas marinas y sus recursos naturales considerados como un todo, bajo el término *ambiente* frente a la productividad de los sectores social y privado; la contaminación ambiental marina y las medidas para prevenirla y combatirla, así como la protección al ambiente marino, preservación y restauración del equilibrio ecológico marinos. Desafortunadamente, nuestra Constitución no se ha referido explícitamente a un derecho humano de protección a las aguas marinas.

En quinto lugar, si bien la Ley Federal del Mar es reglamentaria de las aguas en las zonas marinas mexicanas que son tratadas con un enfoque patrimonialista por

²¹²*Ibidem*, pp. 11 y 12.

²¹³Gómez-Robledo Verdusco, *Derecho del mar*, *op. cit.*, nota 10, p. 13.

²¹⁴A. Székely, "El medio ambiente: Derecho internacional", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXVI, núms. 103-104, julio-diciembre de 1976, p. 328.

²¹⁵*Idem*.

nuestra Constitución, la misma considera disposiciones que son propias del objeto de regulación ambiental. Esto es, el ejercicio de la soberanía de la nación y de sus respectivas jurisdicciones y competencias en las zonas marinas mexicanas se realizará conforme a lo dispuesto por nuestra Carta Magna, el Derecho internacional y la legislación nacional aplicable respecto al régimen correspondiente de los recursos vivos (y no vivos) atendiendo a su conservación y utilización, así como a la protección y preservación del medio marino, inclusive la prevención de su contaminación.²¹⁶ Aun más, la propia ley remite a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley General de Salud, la Ley de Aguas Nacionales y demás disposiciones relativas para aplicar en lo conducente lo relativo a la prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino.

Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente señala que se establecerán programas de ordenamiento marinos como parte del ordenamiento ecológico del territorio y de las zonas donde la nación ejerce su soberanía y jurisdicción (artículo, 19 bis). Dichos programas tendrán por objeto establecer lineamientos y previsiones a los que deberán sujetarse la preservación, restauración, protección y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales existentes en áreas o superficies ubicadas en las zonas marinas mexicanas, lo que hará la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en coordinación con las demás dependencias competentes (artículo 20, bis 6).

Es de singular importancia mencionar que la propia ley establece la posibilidad de crear áreas naturales protegidas con el propósito de proteger y preservar los ecosistemas marinos, y regular el aprovechamiento sustentable de la flora y fauna acuática en las zonas marinas (artículo 51). Al igual que para las aguas continentales, la ley señala que corresponde al Estado y a la sociedad la prevención de la contaminación de las aguas marinas (artículo 117, fracción II).

Por último, vale la pena comentar que debiera precisarse y, en su caso, fortalecerse, la idea de la protección ambiental en el artículo 27 constitucional para las aguas marinas mexicanas. Quizá convendría que se elevara a rango constitucional una disposición que expresara tal situación. Debemos recordar que México posee una riqueza marina envidiable al contar con una superficie de 209 mil kilómetros cuadrados de mar territorial y una vasta área de zona económica exclusiva que abarca 3'149,920 kilómetros cuadrados. Dentro de ellas se cuenta con ecosistemas acuáticos extraordinarios que sirven de residencia permanente o transitoria a diversas poblaciones, como la endémica, y a punto de extinguirse, vaquita marina, o la fastuosa ballena gris, respectivamente. Lo anterior, sin omitir la riqueza arrecifal ubicada frente a las costas de diversas entidades federativas en el Golfo de México y el Mar Caribe.

El vertimiento de todo tipo de residuos o desechos a nuestros mares y océanos, así como el peligro latente debido a la exploración, extracción y transporte de petróleo y sus derivados, son una amenaza de contaminación marina, especialmente ahora con la aprobación de la antiambientalista reforma energética durante el sexenio de Enrique

²¹⁶Para mayor detalle véase el artículo 6° de la Ley Federal del Mar.

Peña Nieto. Si bien el “oro negro” seguirá siendo relevante desde el punto de vista económico, no debemos olvidar que México se encuentra entre los primeros lugares en accidentes por derrame de petróleo desde plataforma: se trata del caso del pozo Ixtoc-I en 1979 que contabilizó 3.5 millones de barriles, únicamente superado por el reciente desastre de la Deepwater Horizon en 2010 que alcanzó los 4.9 millones de barriles,²¹⁷ los cuales ocurrieron en el Golfo de México.

Bibliografía

- ARENAS MUÑOZ, José Antonio, *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 2000.
- BARRAGÁN, José, “Derecho pesquero”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/ Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo D-H, 1995.
- BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental/Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CARMONA LARA, María del Carmen, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Comentarios y concordancias*, México, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
- CARPIZO, Jorge, “Nación”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo I-O, 1995.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho marítimo*, México, Herrero, 1970.
- CERVANTES RAMÍREZ, Francisco F., “De la propiedad de las aguas nacionales”, *Lex*, México, Suplemento Ecología, enero de 1999.
- Comisión Nacional del Agua, *Estadísticas del agua en México. Edición 2014*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales/Comisión Nacional del Agua, diciembre de 2014.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Ensayos sobre la propiedad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.
- FARIAS, Urbano, *Derecho mexicano de aguas nacionales*, México, Porrúa, 1993.
- GABINO, Fraga, *Derecho administrativo*, 22a. ed., México, Porrúa, 1982.
- GÓMEZ-ROBLEDO, VERDUZCO, Alonso, *Temas selectos de Derecho internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- , *Derecho del mar*, México, McGraw Hill/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevo derecho energético*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- National Geographic, “Tragedia en el Golfo de México. Lo que no sabemos del vertido”, en *Revista National Geographic*, España, octubre de 2010.
- NAVA ESCUDERO, César, *Urban environmental governance: comparing air quality management in London and Mexico City*, Inglaterra, Ashgate, 2001.

²¹⁷Para mayor detalle sobre el caso Ixtoc-I, véase Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *Temas selectos de Derecho internacional*, op. cit., nota 10, pp. 203-250, y sobre el caso Deepwater Horizon, véase National Geographic, “Tragedia en el Golfo de México. Lo que no sabemos del vertido”, en *Revista National Geographic*, España, octubre 2010.

- _____, *Estudios ambientales*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
- _____, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, “Aguas”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo A-CH, 1995.
- _____, “Derecho de los energéticos”, en Jorge Fernández Ruiz (coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- _____, *Derecho administrativo mexicano*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- SALGADO Y SALGADO, José Eusebio, “Derecho marítimo”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo D-H, 2000.
- SÁNCHEZ ARANA, Juan Diego, “La fracturación hidráulica en la Unión Europea: estado de la cuestión”, *Documento Marco*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Gobierno de España, Boletín electrónico, núm. 18, 3 de noviembre de 2014, disponible en www.ieee.es
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, 20a. ed., México, Porrúa, 2000.
- SZÉKELY, Alberto, “El medio ambiente: derecho internacional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXVI, núms. 103-104, julio-diciembre de 1976, pp. 325-339.
- _____, “Comentarios al artículo de Vargas, Jorge A., “Terminología sobre el derecho del mar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre de 1980, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/39/bib/bib26.pdf>.
- _____, *Derecho del mar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1991.
- _____, “Aguas marinas interiores”, *Diccionario jurídico mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo A-CH, 1995.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Estado”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo III, D-E, 2004.

Legislación consultada

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
- Ley Agraria (1992)
- Ley Minera (1992)
- Ley de Aguas de Jurisdicción Federal (1910)
- Ley de Aguas de Propiedad Nacional (1929 y 1934)
- Ley de Aguas Nacionales (1992)
- Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica (1990)
- Ley de Desarrollo Rural Sustentable (2001)
- Ley de Energía Geotérmica (2014)
- Ley de Hidrocarburos (2014)

- Ley de Navegación y Comercio Marítimos (2006)
- Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos (2008)
- Ley de Puertos (1993)
- Ley de Riegos (1946)
- Ley de Transición Energética (2015)
- Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas (2014)
- Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (2014)
- Ley de la Industria Eléctrica (2014)
- Ley Federal de Aguas (1972)
- Ley Federal de Derechos (1981)
- Ley Federal de Protección al Ambiente (1982)
- Ley Federal del Mar (1986)
- Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (1971)
- Ley General de Bienes Nacionales (1942, 1969, 1982 y 2004)
- Ley General de Cambio Climático (2012)
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (2003)
- Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables (2007)
- Ley General de Salud (1984)
- Ley General de Vida Silvestre (2000)
- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (2003)
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988)
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (1976)
- Ley Orgánica de la Armada de México (2002)
- Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 27 Constitucional, relativo a la Zona Económica Exclusiva (1976)
- Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo (1956)
- Ley sobre Irrigación con Aguas Federales (1926)

Artículo 27

Comentario por **Carla Huerta Ochoa**

El derecho fundamental a la propiedad

27

El artículo 27 sienta las bases normativas de la regulación de la propiedad, que es elemento fundamental de la organización social, y para entender el sentido y el alcance del derecho a la propiedad previsto en este artículo es preciso comenzar por entender el objeto que regula, es decir, la propiedad.

El concepto de propiedad se ha de entender en el contexto de la Constitución mexicana vigente, y a pesar de que la propiedad es “uno de los hechos históricos de mayor relevancia en la constitución de la sociedad moderna”,²¹⁸ como dice Martín Díaz, se explica solamente como institución jurídica; desde el derecho, sin retornar en este apartado las razones históricas del diseño institucional, sino tal como rige en la actualidad,²¹⁹ de modo que primero se hace una explicación conceptual y después el análisis del texto constitucional.

En relación con el concepto de propiedad se puede decir que en términos generales se refiere al “dominio que se ejerce sobre la cosa poseída”,²²⁰ aunque Morineau, tras una puntual revisión de la doctrina, concluye que la propiedad ha de concebirse como la facultad de actuar sobre una cosa, pues en su opinión, “el derecho de propiedad no es la cosa ni el contacto con ella *sino la facultad de actuar sobre ella, la atribución de actividades humanas cuando recaen sobre las cosas*”,²²¹ y entendida como facultad absoluta de disposición sobre los bienes, es un derecho subjetivo fundamental de la sociedad civil.²²²

En cuanto a su regulación, dada la relación material entre los textos constitucionales de 1857 y de 1917, se puede decir que en el artículo 27 se preserva el *proyecto originario* que da lugar al actual “diseño constitucional”. Del análisis histórico del texto vigente se puede afirmar que el punto de partida es el modelo liberal previsto en

²¹⁸M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 1.

²¹⁹Para comprender el “peculiar” fundamento del régimen de propiedad, como lo califica María del Refugio González, es indispensable entender sus antecedentes, para ello véase González, Ma. del Refugio, “Del señorío del rey a la propiedad originaria de la nación”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, V, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1993, p. 129.

²²⁰*Diccionario jurídico mexicano*, tomo VII, P-Reo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 1984, p. 272.

²²¹El énfasis es del autor. Morineau, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 43.

²²²M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, nota X, p. 16.

la Constitución en 1857, mismo que evoluciona mediante ciertas reformas para ser fusionado con el modelo social resultante de la Revolución de 1910.²²³ Es por ello que la Constitución de 1917 proclama en su inicio un modelo bidimensional liberal/social, que podría ser considerado como el modelo fundador²²⁴ de la configuración actual del derecho de propiedad con fundamento en el cual “la propiedad, antes que un derecho privado, aparece como una prerrogativa de la nación”.²²⁵

Para entender el derecho de propiedad es preciso tomar en cuenta que una Constitución de larga vigencia no cuenta con un planteamiento único, es decir, no procede de una conceptualización racional unitaria que prevea un modelo a realizar, precisamente por su carácter constitutivo, y a la vez dinámico por la naturaleza de su objeto. De modo que en la Constitución operan uno o varios modelos específicos dentro del marco de los ejes básicos de su estructura, esto es, los derechos fundamentales, la división del poder y el control de la constitucionalidad, que se modifican y actualizan en términos de ciertos diseños institucionales. Los modelos que operan en una Constitución fijan los principios y valores que constituyen las premisas de actuación del Estado y la sociedad a quienes regula. El modelo, desde el punto de vista jurídico, se entiende como la construcción legal que orienta y califica la actuación del Estado.²²⁶

Toda Constitución originaria tiene un modelo fundador, el cual es modificado en mayor o menor grado dependiendo del tiempo de vigencia de una Constitución histórica y de las expectativas de una nación. En el caso de la propiedad, el modelo regulativo no necesariamente es producto de una elaboración consciente, sino que se ha conformado con el tiempo mediante las reformas constitucionales que se realizan en virtud de la dinámica social y política, que pueden incluir otros modelos que no precisamente substituyen a los anteriores pues se complementan, así como por la jurisprudencia emitida.

Normalmente los modelos se configuran conforme a intereses considerados como preponderantes en un momento histórico específico, y se identifican por la elección de un conjunto determinado de instituciones reconocibles como bloques en la Constitución, en virtud de una razón o fin común. En el modelo se encuentran diversos principios, valores o fines que funcionan como reglas de interpretación de las normas. El diseño institucional es la herramienta que se utiliza para modificar el modelo, o corregir su funcionamiento, y sirve para su interpretación o redefinición mediante la determinación de los significados de las instituciones jurídicas.²²⁷

²²³María del Refugio González señala que en algunas instituciones, como la propiedad, se produjo después de la Revolución una suerte de “síntesis entre dos maneras de ser: la colonial y la decimonónica”, por lo que se puede considerar que los modelos dominantes en esas épocas conformaron el modelo originario del artículo 27 constitucional, *op. cit.*, nota X, p. 148.

²²⁴Los modelos se construyen conforme a un principio rector y se integran por una serie de instituciones consideradas fundamentales para la conformación y funcionamiento del Estado y la de una sociedad.

²²⁵M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 7.

²²⁶Carla Huerta, “La intervención administrativa en el Estado contemporáneo”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, p. 126.

²²⁷Sobre los modelos y diseños institucionales véase Carla Huerta, *Teoría del Derecho. Cuestiones relevantes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009, pp. 61-68.

El concepto central del diseño de la propiedad como institución jurídica es el de “propiedad originaria de la Nación”, que configura el derecho como una prerrogativa que resulta del acto constitucional. De éste derivan tres formas de propiedad: la relativa a los bienes de dominio directo o propiedad de la nación (regulados en los párrafos cuarto al octavo) que le son atribuidos por la Constitución de manera definitiva, directa y permanente; los bienes susceptibles de apropiación privada, y la propiedad agraria.²²⁸ Las atribuciones relativas a esta propiedad originaria se ejercen a través de los poderes federales.

Los elementos del diseño institucional del derecho de propiedad previsto en el artículo 27 constitucional son:

1. La propiedad originaria de la Nación sobre tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional;
2. La reserva del dominio directo a la nación de ciertos recursos naturales estratégicos para su control final;
3. La propiedad privada como derecho que deriva de la propiedad originaria de la nación;
4. La potestad del Estado para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público;
5. La expropiación como procedimiento discrecional que restringe el derecho de propiedad, y
6. El reconocimiento de las formas tradicionales de propiedad agraria.

Así, el artículo 27 constitucional vincula la propiedad a una función social que se concreta por medio de la intervención administrativa en nombre del interés público, y que opera como límite y condicionante de su desarrollo, de modo que el Estado debe velar por el equilibrio entre el sustrato personal del derecho de propiedad y la legitimación de su ejercicio mediante su función social. El derecho de propiedad tiene dos vertientes: una es la personal o subjetiva, que se refiere a su contenido patrimonial y reconoce bienes y derechos susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública, así como el derecho a la indemnización. La segunda vertiente es la institucional, que garantiza el derecho de propiedad tanto en el uso y disfrute de bienes, como en su afectación y utilización económica; se trata de una institución reconocida y protegida constitucionalmente.

La propiedad privada “es el derecho que tiene un particular, persona física o moral de derecho privado para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones establecidas en la ley, de acuerdo con las modalidades que dicte el interés público y de modo que no se perjudique a la colectividad”,²²⁹ Esta definición se basa en las especificaciones contenidas en el artículo 27, que delimitan el derecho de propiedad en México. Es un derecho fundamental no solamente por su ubicación en el texto constitucional, sino principalmente por su rol fundamental para el ser humano.²³⁰ Pero no es

²²⁸ Cfr. M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 47.

²²⁹ *Diccionario jurídico mexicano*, tomo VII, P-Reo, p. 282.

²³⁰ Este derecho es considerado tan importante que la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en su artículo 2º lo incluye entre los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, y en el artículo 17 establece que

un derecho absoluto, pues como también la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) lo ha señalado en su jurisprudencia, está limitado por su función social. De este modo, como se puede ver en la siguiente tesis jurisprudencial, debe privilegiarse el interés colectivo frente a la propiedad privada, ya que tanto el interés público como la utilidad pública delimitan este derecho:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14, 16 y principalmente el 27, *reconoce como derecho fundamental el de la propiedad privada*; sin embargo, *lo delimita fijando su contenido*, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Luego, tratándose de aquel derecho, la Constitución Federal *lo limita a su función social*, toda vez que conforme al indicado artículo 27, *el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública* y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo, por lo que no es oponible frente a la colectividad sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.²³¹

Por lo que al significado de la función social de la propiedad privada se refiere, la siguiente tesis aislada distingue los elementos subjetivo y objetivo de la misma que han de ser considerados:

La función social de la propiedad, prevista en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *tiende al aprovechamiento de la cosa por el titular del derecho real, considerando el destino del bien y sin afectación a la colectividad*; con acciones tendentes a la cooperación coordinada y mutua de los elementos de la sociedad para alcanzar los fines de la vida humana. Así, *el elemento subjetivo de esa función social se refiere al propietario del inmueble y reprime el abuso del ejercicio de las prerrogativas derivadas del derecho de propiedad, y el elemento objetivo tiene que ver con el uso o aprovechamiento de la cosa, de acuerdo con su naturaleza material y jurídica*.²³²

Para comprender esta función social de la propiedad es preciso entender las limitaciones impuestas en el texto constitucional al derecho de propiedad, que se concretan mediante la facultad del Estado de imponerle modalidades y de realizar expropiaciones. Estas limitaciones al derecho de propiedad se fundamentan en el hecho de que la nación es propietaria y establece el derecho de propiedad privada como una

la propiedad es un derecho inviolable y sagrado tan relevante que a continuación sienta las bases de la expropiación que son la “necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización justa y previa”, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

²³¹PROPIEDAD PRIVADA. EL DERECHO RELATIVO ESTÁ LIMITADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL. Jurisprudencia Tesis: P/J. 37/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 175498, 238 de 490, Pleno, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 1481.

²³²PROPIEDAD. ELEMENTOS DE SU FUNCIÓN SOCIAL. Tesis Aislada, Tesis: I.3o.A.7 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IV, noviembre de 2015, p. 3434.

prerrogativa condicionada por las “modalidades” que le pueden ser impuestas. Según Martín Díaz, no tiene sentido distinguir el concepto de “modalidad” del de “limitación” al derecho de propiedad, ya que en su opinión se refiere a la propiedad y demás derechos patrimoniales.²³³

En este sentido, la propiedad privada es un derecho limitado que se encuentra subordinado a las “modalidades” cuya imposición se ha de justificar en razones de “interés público”, por lo que debe obedecer a necesidades del desarrollo nacional.²³⁴ Las modalidades se pueden entender como las formas en que se califican o “modifican” las facultades del propietario relativas a los derechos de propiedad e implican una restricción a un derecho o la forma de su ejercicio. La modalidad se ha entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un acto jurídico general y permanente que modifica la figura de la propiedad de tal forma que se restringen las facultades de los propietarios privados, concedidas para el disfrute y disposición de bienes. Según la siguiente jurisprudencia, la modalidad es la limitación o “transformación” sustancial del derecho de propiedad prevista en una norma jurídica de carácter general y permanente, y señala los elementos que la identifican:

Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho. Son, pues, *elementos necesarios para que se configure la modalidad, primero, la modificación sustancial del derecho de propiedad en su concepción vigente. El primer elemento* requiere que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, *que introduzca un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una situación jurídica estable. El segundo elemento implica una limitación o transformación del derecho de propiedad; así, la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación.* El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los *efectos de la modalidad* que se imponga a la propiedad privada consisten en una *extinción parcial de los atributos del propietario*, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho.²³⁵

De dicha tesis jurisprudencial se sigue que la limitación producida por la ley que impone las modalidades produce una “transformación” del derecho de propiedad a un derecho restringido, ya que las modalidades tienen por efecto disminuir los derechos

²³³M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 55.

²³⁴El concepto de interés público forma parte de los “conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”. *Cfr.* Eduardo García de Enterría, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 89, enero-marzo 1996, p. 83.

²³⁵PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE. *Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, tomo 157-162, Primera Parte, Pleno, p. 315.

de propietario y, como se trata de una forma de intervención restrictiva de un derecho fundamental, solamente pueden ser impuestas por ley, de otra manera serían inconstitucionales.

A continuación se puede ver en esta tesis aislada lo que significa la imposición de modalidades como forma de limitación en términos del ejercicio del derecho de propiedad que tiene por efecto la restricción de los derechos reales:

Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del *propietario*, de manera que éste *no sigue gozando*, en virtud de *las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho*. De lo anterior puede estimarse que la imposición de *modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta*, de manera que sólo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, *la imposición de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan*.²³⁶

La siguiente tesis aislada es interesante en la medida en que precisa la limitación de la capacidad de la autoridad en términos de la restricción que mediante la regulación de modalidades se pueden realizar al derecho de propiedad, ya que además de imponer las limitaciones propias del principio de legalidad pretende la preservación del derecho de propiedad:

El artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé [...] *la facultad constitucional directa que establece el interés público directo y permite establecer modalidades a la propiedad, sin que esto se convierta en su expropiación o confiscación*. Así, las referidas modalidades que pueden imponerse al derecho de propiedad *siempre que estén debidamente fundadas y motivadas y se consideren razonables y proporcionales, constituyen restricciones que no implican su privación o una expropiación, al ser simplemente limitantes a su ejercicio que no significan su anulación*.²³⁷

De esta forma la autoridad competente puede imponer, fundando y motivando de manera debida, al derecho de propiedad, modalidades en función de un interés público directo, las cuales deben ser “razonables y proporcionales”, pues constituyen res-

²³⁶PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN. Tesis Aislada, Tesis 1a XLI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, Primera Sala, diciembre de 2000, p. 257.

²³⁷PROPIEDAD PRIVADA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. SUS MODALIDADES. Tesis Aislada, Tesis 1a. LXXVII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Libro 4, tomo I, marzo de 2014, p. 552.

tricciones que limitan el ejercicio del derecho, nada más, por lo que no pueden implicar su privación, anulación, confiscación o expropiación.

La pregunta sobre la competencia para imponer modalidades al derecho de propiedad ha sido motivo de discusión tanto por la teoría como por la práctica, sobre todo por la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que constituye una competencia federal exclusiva.²³⁸ No obstante, tesis más recientes ofrecen otra interpretación del artículo 27 constitucional en esta materia. Así, por ejemplo, en la siguiente tesis aislada se ha sostenido el siguiente criterio de conformidad con el cual tanto el Congreso de la Unión como los poderes legislativos de las entidades federativas resultan competentes para imponer modalidades al derecho de propiedad:

*Si bien es cierto que el Congreso de la Unión está facultado legalmente para imponer las modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio *lex rei sitae*, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. Así, al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público.*²³⁹

El criterio que determina la posibilidad de imponer modalidades al derecho de propiedad es el del interés público, mismo que justifica la intervención en este derecho y que sirve para determinar la competencia en razón de las determinaciones hechas por la Constitución. Cabe mencionar que en la jurisprudencia no existe una delimitación

²³⁸ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice 1917-2011*, Segunda Sala, Quinta Época, tomo I, p. 2251.

²³⁹ PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN NO ES EL ÚNICO FACULTADO PARA IMPONERLAS, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis Aislada, Tesis 1a. XLII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, tomo XII, diciembre de 2000, p. 256.

clara del concepto de “interés público” y menos aún una definición; el tema no ha sido abordado por la SCJN de manera expresa.

Por lo que al concepto de “interés público” se refiere en relación con la facultad que establece el tercer párrafo del artículo 27 —para establecer modalidades a la propiedad privada—, se puede afirmar que en este caso el significado de este concepto implica que dichas medidas y sus bases deben preverse en la ley, y las autoridades administrativas simplemente la han de aplicar.²⁴⁰ Esto se debe a que se considera que la propiedad, originariamente de la nación, es un bien a proteger. Ejemplos de modalidades que reflejan la aplicación del criterio de interés público son la regulación sobre obras de arte, o los límites a la tenencia de la tierra.

El interés público se considera un concepto funcional que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distintos grados, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. Se puede entender como “el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”.²⁴¹ Esta definición puede no ser exhaustiva, pero incluye elementos relevantes como son: las necesidades colectivas o generales, la comunidad y la intervención del Estado.

El concepto de “interés público” se integra por dos elementos: el “interés” y lo “público”. El primero se refiere al valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo de personas, lo que implica la existencia de una estimación valorativa y, simultáneamente, la de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material. Lo “público” a su vez, se refiere a aquello que es del pueblo o pertenece al pueblo, la comunidad, las personas en general, pero no es de titularidad individual.

Por lo que a la capacidad para adquirir inmuebles se refiere en el décimo párrafo del artículo 27 constitucional se establecen una serie de limitaciones, reglas específicas respecto de extranjeros, instituciones de beneficencia y corporaciones religiosas. Respecto de las entidades federativas y municipios, de conformidad con su fracción VI, se prevé que solamente pueden adquirir y poseer “los bienes raíces necesarios para los servicios públicos”.

En su fracción I, prevé la regla general en relación con la capacidad “para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas” que corresponde solamente a los mexicanos y las sociedades mexicanas. A continuación prevé diversas incapacidades para ser titular del de-

²⁴⁰El término “interés público” forma parte de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados y se usa en la Constitución mexicana numerosas veces en diversos sentidos. Más que poseer un significado en el sistema jurídico mexicano, el término “interés público” cumple con una o varias funciones, de modo que el significado es atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero en realidad no puede hablarse de un concepto unívoco de “interés público”. Véase, por ejemplo, el análisis hecho en Carla Huerta, “El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”, en Fernández Ruiz *et al.* (coord.), *Seguridad nacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 132-134.

²⁴¹*Diccionario jurídico mexicano*, tomo V I-J, p. 167.

recho de propiedad privada, primero en relación con los extranjeros que son condicionados a convenir ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de los bienes que adquieran y renunciar a invocar la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a dichos bienes, de hacerlo los perderían en beneficio de la nación. Además, quedan excluidos de adquirir bienes en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. La excepción es la adquisición de bienes inmuebles para el servicio directo de sus embajadas o legaciones, ya que ésta puede ser autorizada.

Otras reglas especiales para la propiedad son las reguladas en la fracción II respecto de las asociaciones religiosas, que solamente pueden adquirir, poseer o administrar los bienes que sean indispensables para su objeto. En la fracción III, se prevé que las instituciones de beneficencia pública o privada solamente pueden adquirir los bienes raíces indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, siempre y cuando tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito.

En lo referente a las sociedades mercantiles por acciones, la fracción IV establece que pueden ser propietarias de terrenos rústicos en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto, pero no pueden tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a 25 veces los límites señalados en la fracción XV del artículo 27. La capacidad de los bancos también es limitada en la fracción V de este décimo párrafo, que prevé que pueden tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, pero no pueden tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo. Finalmente, en relación con la propiedad agraria, en la fracción VII se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales, y se establece la obligación de proteger su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas.

En cuanto a las limitaciones al derecho de propiedad establecidas en el artículo 27 a la regla general para constituir la propiedad privada a partir de la propiedad originaria de la nación prevista en el primer párrafo y condicionada por las reglas relativas a la capacidad mencionadas, además de la facultad para imponerle las modalidades que justifique el interés público prevista en el párrafo tercero, en el segundo párrafo se otorga al Estado la facultad para intervenir en la propiedad privada mediante la expropiación para privar a los particulares de dicho derecho. La expropiación implica una disminución parcial o total de los derechos de propiedad que supone una carga excepcional o un sacrificio al individuo o grupo de individuos que son privados de sus derechos y que deben ser compensados mediante una retribución económica; es por ello que esta facultad debe estar prevista en la Constitución.

Para Martín Díaz la expropiación es un acto jurídico de carácter administrativo consustancial a la propiedad, y se vincula a las limitaciones y modalidades que se imponen a la propiedad para conformar el régimen de restricciones al carácter absoluto de

este derecho.²⁴² La expropiación es la forma en la que el Estado adquiere —o recupera— la propiedad privada. El segundo párrafo del artículo 27 establece que “las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”. La institución de la expropiación, tal como establece el artículo 27, es una garantía del derecho de propiedad frente a los poderes públicos, pues impide la privación arbitraria de bienes o derechos de particulares, ya que solamente procede en el caso de que exista una causa justificada de utilidad pública o interés social. Simultáneamente garantiza el valor de la propiedad al condicionar la expropiación a la correspondiente indemnización, de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

La expropiación hace manifiestas las potestades de un modelo de Estado intervencionista con facultades discrecionales para interferir en el derecho de propiedad privada, pero la Constitución nada dice sobre el procedimiento de expropiación o el momento y forma en que ha de cubrirse la indemnización. La idea del Constituyente fue garantizar el derecho, pero dejar al legislador determinar en la ley los detalles; su control corresponde al Poder Judicial. No obstante, en cuanto a la temporalidad del pago de la indemnización parece que no se exige que se verifique previamente a la expropiación, por lo que puede determinarse con posterioridad sin que por ello se vulneren las garantías que el artículo 27 confiere, siempre y cuando exista un equilibrio proporcional entre el valor económico del bien o derecho y la indemnización expropiatoria. La jurisprudencia ha resuelto mediante interpretación algunas de las dudas que se han presentado respecto del procedimiento expropiatorio.

En lo que respecta a la expropiación, el segundo párrafo de la fracción VI del párrafo décimo establece un mandato al legislador, por lo que la competencia para determinar en sus leyes las causas de utilidad pública corresponde tanto a la Federación como a las entidades federativas en sus respectivas jurisdicciones. El procedimiento para llevar a cabo las expropiaciones, así como las causales de utilidad pública, está regulado en la Ley de Expropiación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de noviembre de 1936. En este párrafo se regula también la “ocupación de la propiedad privada” que ha de verificarse mediante una declaración hecha por la autoridad administrativa de acuerdo con dichas leyes.

Por lo que a este párrafo se refiere, la jurisprudencia ha señalado que regula la expropiación en los siguientes términos: “La disposición del segundo párrafo es autónoma y regula, exclusivamente, lo relativo a la expropiación, limitando la intervención de la autoridad judicial sólo a los casos específicamente determinados”.²⁴³ En este mismo párrafo se prevé la única limitación constitucional al procedimiento de expropiación que consiste en que:

El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un

²⁴²M. Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 60.

²⁴³EXPROPIACIÓN. LA OCUPACIÓN DE LA PROPIEDAD NO REQUIERE DE INTERVENCIÓN JUDICIAL. Jurisprudencia, Tesis: P. 40, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Pleno, tomo III, Primera Parte, enero-junio de 1989, p. 225.

modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

Esta parte del segundo párrafo de la fracción VI que se comenta ha sido objeto de interpretación por lo que a la intervención del Poder Judicial corresponde en el procedimiento expropiatorio. Al respecto la jurisprudencia ha establecido que:

Es inexacto que el tercer párrafo de la fracción VI del artículo 27 constitucional sea complementario del segundo párrafo de la misma fracción y que, por tal razón, pueda la autoridad judicial ordenar la posesión de los bienes expropiados [...] El tercer párrafo, al referirse a “las acciones que corresponden a la Nación”, no incluye a la expropiación, toda vez que ésta no es una acción que corresponda al Estado como persona de derecho privado. *Por consiguiente, la intervención de la autoridad judicial prevista en el citado tercer párrafo solamente es aplicable a las acciones que el propio artículo 27 constitucional confiere a la Federación para lograr que las tierras y aguas ingresen al patrimonio nacional, no así en lo que hace a la posesión de los bienes materia de la expropiación*, toda vez que en lo que a este acto de soberanía del Estado se refiere, la intervención de la autoridad judicial está restringida en los términos señalados por el segundo párrafo de la fracción VI del citado precepto constitucional, el cual en su parte final textualmente dice: “Será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial”.²⁴⁴

En cuanto al concepto de utilidad pública, al igual que el de interés jurídico, es un concepto jurídico indeterminado. Esta tesis da un criterio general de justificación de la misma, además de reiterar el criterio constitucional para fijar la competencia federal y local a fin de regular las causales de expropiación y de sustentar el carácter condicionado del acto administrativo expropiatorio:

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la expropiación de la propiedad privada por causa de utilidad pública y mediante indemnización, así como que *corresponde a las leyes de la Federación y de los Estados, en sus respectivos ámbitos competenciales, señalar los casos en que sea de utilidad pública expropiar un bien, correspondiendo a la autoridad administrativa realizar dicha declaración y fijar las reglas generales sobre el precio e indemnización*. Esto es, la expropiación constituye un acto de carácter administrativo mediante el cual se priva a los particulares de la propiedad de un bien inmueble, en aras del interés, necesidad o utilidad social, es decir, se trata de una figura a través de la cual el Estado logra determinados fines relacionados con el interés colectivo, de ahí que se sujete la expropiación a causas de utilidad pública. Ahora bien, *toda vez que la Constitución Federal no establece un concepto de utilidad pública, el que por abstracto, mutable y relativo es difícil de definir y sólo es determinable por las condiciones políticas, sociales y económicas que imperen en cierta época y lugar, el Constituyente otorgó*

²⁴⁴EXPROPIACIÓN. LA OCUPACIÓN DE LA PROPIEDAD NO REQUIERE DE INTERVENCIÓN JUDICIAL. Jurisprudencia, Tesis: P. 40, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Pleno, tomo III, Primera Parte, enero-junio de 1989, p. 225, *Idem*.

*al Congreso de la Unión y a las Legislaturas Estatales la facultad de establecer, en la ley y dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, las causas de esa utilidad pública que, en aras del bien común, sustenten el acto administrativo expropiatorio.*²⁴⁵

La jurisprudencia ha señalado, además, que existen distintos tipos de causas de utilidad pública, pero especialmente importante es el cambio y ampliación del criterio respecto del sujeto beneficiario de la expropiación que ya no es exclusivamente el Estado, sino que también pueden ser particulares en la medida en que realicen actividades autorizadas cuya finalidad se justifique en beneficiar a la colectividad, como se puede percibir en la siguiente tesis:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al concepto de utilidad pública, ha sustentado diversos criterios, en los que inicialmente señaló que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio o realización de una obra públicas. Posteriormente amplió el concepto comprendiendo a los casos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de alcanzar los objetivos en beneficio de la colectividad. Así, esta Suprema Corte reitera el criterio de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que autoriza a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros; dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presenten, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad. En consecuencia, el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicas; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que

²⁴⁵EXPROPIACIÓN. ES FACULTAD DEL CONGRESO DE LA UNIÓN Y DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS ESTABLECER LEGALMENTE LAS CAUSAS DE UTILIDAD PÚBLICA QUE LA JUSTIFIQUEN. Jurisprudencia, P/J. 38/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 141.

*tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.*²⁴⁶

Por otra parte, la jurisprudencia sostuvo durante mucho tiempo el criterio de que en materia de expropiación no rige el derecho de audiencia previa, con fundamento en una interpretación literal del artículo 27 —restrictiva de los derechos fundamentales— en términos de un modelo de Estado intervencionista, pero como se puede ver en la siguiente tesis, el criterio ha cambiado a uno más acorde al propio sentido de la Constitución y la función de los derechos fundamentales, razón por la cual la SCJN cambió la jurisprudencia haciendo una interpretación sistemática, coherente con dichos derechos y la jurisprudencia vigente, como se puede ver a continuación:

Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 1389, con el rubro: EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE, porque *de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P/J. 47/95, de rubro: FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO, las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar, y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo.*²⁴⁷

²⁴⁶EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA. Jurisprudencia, Tesis P/J. 39/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 1412.

²⁴⁷EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. Jurisprudencia, Tesis 2a./J. 124/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 278.

Como excepción a dicho criterio se tiene de la siguiente tesis jurisprudencial que la garantía de audiencia puede obviarse en casos de urgencia, ya que en estas situaciones se justifica la ocupación provisional inmediata y se exime a la autoridad de celebrar una audiencia previa a la expropiación. Sin embargo, la ley debe prever los casos que se justifiquen en causales calificadas como de urgencia, y en todo caso debe celebrarse antes de que la ocupación administrativa sea definitiva:

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la que derivó la jurisprudencia 2a./J. 124/2006 (*), determinó que *cuando la declaratoria de expropiación se realice invocando como causas de utilidad pública los casos urgentes establecidos en la ley, que ameriten la ocupación provisional inmediata del bien expropiado para satisfacer una necesidad pública apremiante, es innecesaria la defensa previa del afectado, por tratarse de una medida temporal que se traduce en un acto de molestia no regido por el derecho de audiencia contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que ello implique dejarlo inaudito respecto del acto expropiatorio, porque ese derecho fundamental debe respetarse antes de que el Estado disponga definitivamente del bien.* En ese tenor, el artículo 5°, párrafo tercero, de la Ley Reglamentaria del artículo 154, Reformado, de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, al señalar que *en los casos urgentes*, entre otros, el relativo a la construcción de escuelas, *se podrá tomar posesión provisional de los bienes expropiados, sin oír previamente al afectado, no vulnera el referido derecho fundamental, al tratarse de una medida provisional cuya ejecución inmediata se justifica para hacer frente a la situación apremiante que la motivó y, además, porque ese derecho se salvaguarda con el recurso de revocación* previsto en los artículos 3°, 4° y 5° de la propia ley, que el propietario puede hacer valer contra el decreto expropiatorio antes de que el Estado ocupe definitivamente el inmueble.²⁴⁸

En síntesis, la expropiación es una intervención mutiladora de la Administración Pública por lo que ha de estar fundamentada en el resultado de la ponderación de los sacrificios individuales que se impondrán en relación con la medida de necesidad y con la valoración cuantitativa y cualitativa de la utilización de este medio jurídico para lograr el fin propuesto, por lo que para llevar a cabo la expropiación es necesaria una evaluación de la proporcionalidad entre el interés individual y el social antes de realizar la privación, y siempre mediante indemnización. La facultad de privar de la propiedad a los particulares no debe convertirse en una extralimitación de la vinculación social, por lo que solamente debe llevarse a cabo cuando el interés general sea preponderante y justifique plenamente la expropiación. Es por ello que, además, deben de preservarse todos los derechos del afectado, principalmente el derecho a ser oído, por lo que para evitar la arbitrariedad el derecho a audiencia previa es indispensable.

²⁴⁸EXPROPIACIÓN. EL ARTÍCULO 5°, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 154, REFORMADO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE SINALOA, AL AUTORIZAR LA POSESIÓN PROVISIONAL DEL BIEN EXPROPIADO EN CASOS DE URGENCIA, ENTRE OTROS, EL RELATIVO A LA CONSTRUCCIÓN DE ESCUELAS, SIN OÍR PREVIAMENTE AL AFECTADO, NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA. Jurisprudencia, Tesis: 2a./J. 64/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXI, tomo I, junio de 2013, p. 899.

Por lo que a la propiedad en términos del artículo 27 se refiere, se analizaron los tres primeros párrafos que regulan la propiedad privada, su extinción por determinación del Estado vía expropiación y las modalidades que le pueden ser impuestas por razones de interés público, así como la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas propiedad de la nación, de modo que queda por analizar lo que al dominio directo se prevé en los párrafos cuarto a octavo en los que se regula la propiedad pública, así como su uso y aprovechamiento.

El término utilizado en estos párrafos es el de “dominio directo”, lo cual ha dado lugar a largas discusiones sobre su significado.²⁴⁹ El concepto de dominio directo ha sido equiparado por la doctrina y la práctica al de propiedad de la nación,²⁵⁰ siendo ambos inalienables, lo que se configura normativamente como una prohibición para enajenar los bienes a los que se refiere el artículo 27 constitucional. La fórmula de dominio directo significa que la nación, como propietaria originaria, conserva el control final sobre ciertos recursos de importancia estratégica.²⁵¹

Para Martín Díaz, el dominio directo es complementario de la propiedad originaria, por lo que, en el artículo 27, se reservaron con carácter de inalienables ciertos bienes al dominio de la nación, como los recursos hidráulicos, forestales, pesqueros, minerales y petroleros, que no son susceptibles de apropiación privada y su aprovechamiento está sujeto a concesión previa.²⁵² Estas disposiciones restringen no solamente el derecho de propiedad, sino también el de libertad de empresa.

De modo que la propiedad de todos los recursos del subsuelo y de las aguas territoriales, las lagunas, los esteros y los lagos, corresponde a la nación y el Estado, por medio del Gobierno federal, otorga las concesiones para el aprovechamiento o la explotación de esos recursos, pero no puede transmitir el dominio directo a los particulares, por lo que no son susceptibles de constituirse en propiedad privada.

Los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 se refieren a los bienes cuyo dominio pertenece a la nación,²⁵³ el cuarto a los de dominio directo (recursos naturales, todos los minerales, los combustibles minerales sólidos, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, el espacio físico y el aéreo), respecto de los cuales los particulares solamente pueden ejercer sobre ellos derechos personales, no reales, mediante concesión para el uso, explotación y aprovechamiento. El petróleo no puede ser concesionado por ser un área estratégica, lo cual implica una calificación restrictiva distinta, aunque también asociada al interés público. Sin embargo, como

²⁴⁹Para Oscar Morineau el punto de partida es distinguir el dominio directo del dominio eminente que “es una manifestación de la soberanía que tiene la Nación sobre todo el territorio: es la facultad de crear normas y de aplicarlas en todo el territorio nacional”. Oscar Morineau, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, pról. de Marta Morineau, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 222.

²⁵⁰Morineau hace un análisis del artículo 27 que le permite concluir que los términos refieren siempre a la propiedad, aunque en el párrafo cuarto se otorgue a la nación el dominio directo; en el quinto la propiedad y en el sexto solamente se haga referencia al dominio, *idem*, p. 200.

²⁵¹Para Martín Díaz el dominio directo es una forma de “cuasi-nacionalización”. Véase Martín Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 7.

²⁵²*Idem*, p. 49.

²⁵³Oscar Morineau señala que el dominio directo del párrafo cuarto y el dominio del párrafo sexto equivalen a *propiedad* de la nación. Véase Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 216.

establece el párrafo quinto (que regula el dominio de las aguas), las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas y apropiadas por el dueño del terreno, salvo que se afecte el interés público u otros aprovechamientos. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo puede reglamentar su extracción y utilización, e incluso limitar este derecho en consideración al interés público.

En el párrafo sexto se prohíbe la transmisión a los particulares del dominio directo de los recursos mencionados en los párrafos cuarto y quinto, ya que “el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible”, pero el Poder Ejecutivo federal puede otorgar concesiones a los particulares o sociedad civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, de acuerdo con las reglas y condiciones que éstas establezcan. En 2013, se adicionó una excepción a la regla general que regula la facultad para otorgar concesiones, ya que en materia de radiodifusión y telecomunicaciones éstas serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. En cuanto a los minerales radiactivos también se establece una excepción, por lo que en esta materia no se pueden otorgar concesiones.²⁵⁴ En este caso:

Se reserva la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares.

En el párrafo séptimo del artículo 27, se establece expresamente respecto del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, que la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible y, además, que no se otorgarán concesiones. La reforma de 20 de diciembre de 2013, que prevé la posibilidad de celebrar contratos con particulares para llevar a cabo actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, precisa, sin embargo, de manera redundante e innecesaria, que “los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos”.

El modelo de Estado propietario se transforma mediante diversas reformas para adoptar características de un Estado empresario. A este modelo, sin embargo, se incorpora de manera paulatina un régimen de explotación exclusiva del petróleo, la energía eléctrica, los minerales radioactivos, así como otras áreas importantes en el ámbito de transportes, banca, comunicaciones y áreas estratégicas del párrafo cuarto del artículo 28 constitucional. Como dice Martín Díaz, el modelo constitucional se integra por una extensa área de actividades nacionalizadas y otras que llama “cuasi-nacionalizadas”, que son las que regulan los párrafos cuarto y quinto, además de los energéticos, sobre los que el Estado mantiene el control final.²⁵⁵

²⁵⁴ Esto deriva del dominio directo de la nación de los recursos y se complementa con lo previsto en el párrafo octavo, en el que se establece que: “Corresponde también a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos”.

²⁵⁵ Véase Martín Díaz y Díaz, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

Las reformas que se habían realizado a la Constitución en materia económica, y que a partir de 1983 un modelo constitucional de Estado propietario y empresario operaba la rectoría económica del Estado, parecían haber retrocedido ante la influencia externa y global para privatizar la economía,²⁵⁶ pero las realizadas al artículo 27, principalmente las más recientes, manifiestan una intención de mantener el control sobre los recursos propiedad de la nación aun cuando se ha realizado una cierta apertura a la participación de los particulares mediante la celebración de contratos en áreas tradicionalmente reservadas al Estado.

²⁵⁶El régimen constitucional actual combina tendencias de liberalismo e intervencionismo que en la práctica parece un liberalismo con tintes sociales, *vid.* Carla Huerta, “La intervención administrativa en el Estado contemporáneo”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, *op. cit.*, nota 9, p. 148.

Artículo 27

Comentario por **Gerardo Nicandro González Navarro**

27 El derecho agrario a la luz del artículo 27 constitucional

El artículo 27 de la Constitución de 1917 da a los campesinos de México un derecho social llamado *agrario* que les devuelve la tierra perdida, los libera de su estado de servidumbre y regula las relaciones con motivo de la tenencia de la tierra, como producto de los anhelos de libertad y tierra que se han desarrollado en la historia de México. Es la amalgama de ideales y de su lucha por lograrlos, del retorno al origen de la propiedad de la nación, de sus recursos naturales y estratégicos, de las justas campesinas por el reclamo de una vida mejor después de tres siglos de vasallaje colonial y de la deuda de un México independiente que no supo retribuirle la condición de hombres libres a los hombres del campo.

En el Congreso Constituyente de 1917 se trató el tema de la *cuestión agraria*, la cual es poco comprensible si no se hurga en el pasado histórico. Por ello nos remontaremos al periodo de la Colonia, en la cual la Corona, como dueña de las tierras descubiertas, otorgó a su vez la propiedad tanto a particulares como a corporaciones religiosas y civiles, entre las que se encontraban los pueblos que al formarse tenían la tenencia y propiedad de distintas áreas como el *fundo legal*, que servía para constituir el caserío, la *dehesa* para el esparcimiento de la gente, el *ejido*, que por lo regular se encontraba a la salida de los pueblos —por el cual recibe su nombre *exitus* = *salida*—, que era de propiedad colectiva, y los terrenos de *repartimiento* que servían para el sostenimiento de las familias.

México, al lograr su independencia en 1821, tenía un territorio extenso con más de 4 millones de kilómetros cuadrados, su población era de un poco menos de 6 millones de habitantes y su mayoría estaba asentada en el centro del país, mientras los estados del norte se encontraban prácticamente desolados.²⁵⁷

La propiedad de las tierras en el centro del país se encontraba concentrada en pocas manos, sobre todo en las del clero católico. Además, existía mucho territorio en el México independiente, desolado en el norte y concentrada su población en el centro, lo cual hizo que las potencias extranjeras tuvieran como objetivo la apropiación de nuestro territorio. Para resolver ese problema, el gobierno impulsó la colonización, que si bien no tuvo los mejores resultados para el país, sí llevó a la independencia de Texas

²⁵⁷ María Eugenia Romero Sotelo y Luis Jáuregui, *México 1821-1867. Población y crecimiento económico*, disponible en <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/viewFile/628/312>.

en 1836, aunque fue consumada hasta 1848, año en que México se queda con su actual territorio al firmar el Tratado de Guadalupe Hidalgo, también llamado Tratado de Amor y Paz, Amistad, Límites y Arreglo Definitivo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América.

En tanto, la propiedad privada, la de los pueblos y demás corporaciones, estuvo fuertemente resguardada como un principio fundamental en el constitucionalismo mexicano de 1824 a 1857.²⁵⁸ Esa protección constitucional auspició que el poder de la Iglesia católica fuese creciendo y ocupando mayores propiedades de las que podían trabajar o administrar quedando amortizadas, es decir, dentro de un proceso de concentración e inmovilidad de la propiedad inmueble.

El movimiento liberal del siglo XIX llevó a cabo la promulgación de la Ley de Desamortización el 25 de junio de 1856, cuyo objeto era poner en circulación la propiedad raíz que estaba en manos de corporaciones; con dicha ley, se privaba de la capacidad legal tanto a las corporaciones eclesiásticas, como a las civiles, entre las que se encontraban los pueblos sobre los cuales se dispuso que el fraccionamiento tenía que realizarse a favor de los pobladores, pero, si no lo hacían, entonces procedía el denuncia y los bienes entraban a remate. Con la promulgación de la Constitución del 5 de febrero de 1857, se incorpora en el párrafo segundo de su artículo 27, la incapacidad legal de las corporaciones civiles y eclesiástica, para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces.

Como corporaciones civiles, las tierras de muchos pueblos salieron a remate, sobre todo bajo el régimen del presidente Porfirio Díaz, a través de las *compañías deslindadoras*, quienes aumentaron los despojos de tierras y por ende la injusticia en contra de los pueblos que se vieron privados de ellas al no poder acudir ante los tribunales para defender sus tierras. También muchos de los pobladores que, al no tener los medios para explotarlas, las vendieron sobre todo a los acaudalados rancheros y hacendados.

Bajo este método, a finales del régimen del presidente Porfirio Díaz, las haciendas concentraban gran parte de la superficie territorial y lo peor, tenían una explotación esclavista, donde el peón vivía arraigado a las deudas contraídas con el patrón a semejanza de las antiguas encomiendas. La Iglesia, por su parte, seguía manteniendo en su poder grandes extensiones de tierras a través de empresas y asociaciones que fueron constituidas con el propósito de preservar su dominio territorial; al proceso latifundista se sumaron empresas nacionales laicas, transnacionales y bancos.

Esa injusticia que debía ser reparada, es lo que el Constituyente denominó la *cuestión agraria*, la cual tenía que ser tratada como el tema más importante para dar paz y estabilidad a la nación, por lo que había que arrancarles esta riqueza territorial a los latifundistas para repartirla a millones de mexicanos necesitados de tierras para

²⁵⁸La fracción III del artículo 112, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, señalaba: “El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella”. En las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, decretada por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, establecía en su artículo 2, fracción III, que eran “derechos del mexicano: No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte”.

subsistir. El presidente de la comisión redactora del artículo 27 de la Constitución de 1917, ingeniero Pastor Rouaix, decía que:

Las causas determinantes que motivaron la redacción e implantación de los preceptos radicales que contienen los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en Querétaro el 5 de febrero de 1917, tienen sus orígenes en el nacimiento mismo de nuestra Nacionalidad como fruto de la Conquista Hispánica porque, al brotar a la vida, llevaba los gérmenes de una completa desunión entre sus componentes y de una miseria crónica en su organismo [...] iba produciendo la supremacía absoluta del conquistador sobre el indígena vencido, dominación que se consolidó después con el reparto de las tierras entre los vencedores y la “encomienda” que les entregaba a los pobladores aborígenes en servidumbre.²⁵⁹

En el debate del Constituyente de 1917, el tratamiento a la cuestión agraria no implicaba la simple entrega de tierras en forma gratuita por el Estado y la reglamentación de sus formas de tenencia, sino también se estimó, como parte inherente al reparto, el desarrollo rural, el extensionismo agrícola y el cuidado al medio ambiente.

Dichos principios quedaron inscritos en los debates constitucionales, cuando en el teatro Iturbide, la tarde del lunes 29 de enero de 1917, el diputado constituyente Juan de Dios Bojórquez, al hablar a favor del proyecto del artículo 27 de la Constitución,²⁶⁰ señalaba la necesidad de reducir el poder de los latifundistas y elevar el nivel económico, intelectual y moral de los jornaleros. Al día siguiente plantearía la necesidad de “llevar a los agricultores la idea de la asociación... la enseñanza para fomentar entre ellos el ahorro, hacer que entre los pequeños agricultores se formen asociaciones y lleguen a constituirse verdaderas sociedades cooperativas agrícolas”. Con ello se definía lo que sería el contenido del Derecho agrario durante 75 años, basado sobre los tres ejes principales del proceso de reforma agraria: fraccionamiento de latifundios, reparto agrario y desarrollo rural.

Para los diputados constituyentes, el proyecto de Carranza no expresaba la solución al problema agrario ni contenía los ideales por los cuales se había luchado, por lo que la redacción de un nuevo proyecto para el artículo 27 estuvo a cargo de una comisión presidida por el ingeniero Pastor Rouaix e integrada por el general Francisco J. Mújica, doctor Alberto Román, profesor Luis G. Monzón, licenciado Enrique Recio, licenciado Enrique Colunga, así como los licenciados Andrés Molina Enríquez y José I. Lugo, quienes sin ser diputados colaboraron con la redacción, entre otros connotados personajes.

La Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1917 por Venustiano Carranza en el carácter de encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, quedando lo referente al Derecho agrario dentro del Título Primero, en el capítulo de las garantías individuales, en razón de que el primer jefe del Ejército Constituciona-

²⁵⁹Rouaix Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917* (facsimilar de la obra original de 1945), Tijuana, Baja California, El Colegio de la Frontera Norte, 2010, p. 15.

²⁶⁰*Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Periodo único, Querétaro, 29 de enero de 1917, tomo II, núm. 79.

lista tuvo por intención llevar a cabo una reforma a la Constitución de 1857, como se observa del propio proyecto. En su artículo 27, establecía la garantía de protección a la propiedad. De ahí que el Constituyente de Querétaro, al tratar el tema de la propiedad contenida en el artículo 27, también puso a discusión lo referente a la “cuestión agraria”. A ese respecto don Andrés Molina Enríquez, escribiría: “El proyecto del Primer Jefe era el de una nueva Constitución; pero como conservaba de la otra los grandes lineamientos estructurales, podía considerarse también como una reforma de la anterior”.²⁶¹

En su texto original, el artículo 27 constaba de siete párrafos y el séptimo contaba a su vez con siete fracciones, cuya última fracción se integraba con cinco párrafos y el párrafo quinto, a su vez, contenía los incisos de la a) a la f), y después del último inciso tenía un párrafo adicional. En su primer párrafo, el Constituyente le otorga a la nación la propiedad de las tierras y aguas de manera originaria, es decir, como propietaria de todo el suelo y el subsuelo, partiendo de la ficción de que la nación es la primigenia propietaria, como en la teoría de Enrique de Susa, que le brindaba al papa, como representante de Dios, la potestad para dar en propiedad a los reyes católicos las tierras descubiertas, ahora el Constituyente de Querétaro, como Poder Soberano de la nación, da al pueblo mexicano esa propiedad a partir de su origen remoto. La nación, como propietaria originaria, le permite transmitir a los particulares la propiedad del suelo con ciertas condiciones limitativas, como la nacionalidad y la superficie máxima que cada individuo puede tener en propiedad y con base en ello, se reserva el subsuelo y la riqueza guardada que en ocasiones dará a los particulares su explotación a través de concesiones.

Trasmitida la propiedad de la superficie, garantiza que las expropiaciones solamente puedan hacerse por una causa de interés público, es decir, en beneficio de una colectividad o del Estado, pero siempre mediante indemnización. Esta indemnización ya no será *previa* como mandaba el artículo 27 de la Constitución de 1857, a fin de que el pago por la afectación no fuera un obstáculo para el reparto y entrega de tierras que permitiera acabar con la guerra interna que vivía el país. Para el Constituyente era un medio de paz y concordia para los habitantes del país; había que darle las tierras a los combatientes revolucionarios para que cambiaran los lugares de batalla por los campos agrícolas. Por esa razón, la propiedad privada en México, a partir del 5 de febrero de 1917, está bajo la condición de tener la carga de las modalidades que dicte el interés público a favor del beneficio de las mayorías, pues ya no es el derecho absoluto sobre la propiedad particular, sino ahora estará por encima de esa propiedad el interés de la nación.

Los límites a la propiedad conllevan el interés de la nación de que la tierra no esté en pocas manos, ni en organizaciones religiosas, ni en empresas, ni en bancos que acaparen la superficie territorial, sino que ésta se encuentre en millones de campesinos que la exploten productivamente. México como nación pasó por despojos de tierras, de

²⁶¹ Andrés Molina Enríquez, *La Revolución agraria de México*, en Ernesto de la Torre, *Lecturas históricas mexicanas*, México, UNAM, pp. 92 y 93, disponible en http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/lecturas/T3/LHMT3_012.pdf.

minerales y materiales preciosos, y para reclamar ese derecho la única vía era retomar esa propiedad originaria. Toda esa riqueza ya no pertenece a los particulares sino a la nación entera, la cual otorga mediante concesiones su explotación, que en un momento dado puede cancelar. En otros, como en el petróleo, se reservó para el Estado su dominio directo.

El Constituyente de Querétaro determinó que las aguas de mares, lagos, ríos y demás afluentes dentro del territorio nacional, también le debían pertenecer a la nación, a quien le competen esos recursos de manera inalienable e imprescriptible. Dentro de esas modalidades de la propiedad privada, únicamente los mexicanos por nacimiento o naturalización tienen la capacidad para adquirir la propiedad de tierras y aguas, así como para obtener concesiones para la explotación de minas, aguas o combustibles. Pero esta capacidad también es permisible para los extranjeros que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales y no invocar la protección de su Gobierno para evitar conflictos, como la llamada *Guerra de los pasteles*, cuando los bienes o derechos adquiridos por extranjeros se vean afectados, bajo la pena de que, al faltar al convenio, pierden a favor de la nación los bienes adquiridos, pero por ningún motivo los extranjeros podrán obtener el dominio directo de tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, constituyendo la llamada “zona prohibida”, para evitar intervenciones militares en nuestro territorio o la segregación de éste por los colonos extranjeros.

Para impedir el acaparamiento de tierras por parte de la Iglesia católica, el Constituyente les quita a las asociaciones religiosas la capacidad para poseer o administrar bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos; los templos pasarían a ser propiedad de la nación y para frenar que lo hicieran a través de instituciones de beneficencia, éstas quedan limitadas a adquirir bienes raíces en lo que sean indispensables para su objeto inmediato y directamente destinados a él. Tratándose de capitales impuestos sobre éstos, sólo podrán adquirir, tener y administrar dichos capitales cuando los plazos de esos capitales no excedan de diez años.

De igual manera, a las sociedades comerciales no les autoriza adquirir, poseer o administrar fincas rústicas, permitiéndoles a las empresas distintas al ramo agrícola, tener terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para su objeto. Los bancos, también al poseer grandes extensiones de tierras, entraron en el concepto de latifundistas, razón por la cual el Constituyente les prohibió tener en propiedad o administración más bienes de los necesarios para su objeto directo. En cambio, a los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guardaran el estado comunal, les devuelve la capacidad para disfrutar en común de las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan, o que se les hayan restituido. Para evitar que los estados y municipios se vieran impedidos para adquirir y poseer bienes raíces necesarios para los servicios públicos, les concede plena capacidad para ese efecto.

El Constituyente de 1917 dejaría a las leyes secundarias de la Federación y de los estados, la determinación de los casos en que sea de utilidad pública la ocupación privada, siendo claro que su objeto era el de posibilitar las afectaciones en los estados

para el logro del reparto de tierras. Con tal objeto quedaría como precio por la propiedad afectada la cantidad que como valor fiscal figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, quedando el exceso de valor por las mejoras sujeto a juicio pericial y a resolución judicial.

El artículo 27 toma del texto del decreto del 6 de enero de 1915 la declaración de nulidad de todas las diligencias, disposiciones, resoluciones y operaciones de deslinde, concesión, composición, sentencia, transacción, enajenación o remate que hayan privado total o parcialmente de sus tierras, bosques y aguas a los condueñazgos y demás corporaciones de población, realizadas desde la Ley de Desamortización de 25 de junio de 1856, así como las que en lo sucesivo tuvieran esa finalidad. Asimismo, prevé que se restituyan las tierras, bosques o aguas a las corporaciones de población afectadas, pero en caso de que no procediera la restitución, se les dejaban las tierras en calidad de dotación; con base en ello, giró el reparto y entrega de tierras a los campesinos, subsistiendo las figuras de la nulidad y la restitución. Como excepción a lo anterior y a fin de proteger la pequeña propiedad, se excluyen de la nulidad mencionada los repartos hechos a virtud de la Ley de 25 de junio de 1856 o poseídas a nombre propio a título de dueño por más de diez años cuando su superficie no exceda de 50 hectáreas.

También el Constituyente deja reservado el ejercicio de las acciones correspondientes a la nación —por virtud de las disposiciones del artículo 27—, estableciendo que dichas disposiciones se harán efectivas por el procedimiento judicial, previendo la ocupación administrativa de un inmueble contenida en la fracción VI, último párrafo, del texto vigente. Establece las bases con las cuales se llevaría a cabo el fraccionamiento de las grandes propiedades y declara revisables todos los contratos y concesiones hechos por gobiernos anteriores antes del año de 1876 que hayan traído el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, autorizando al Ejecutivo para declararlos nulos cuando impliquen perjuicios graves para el interés público.

Entre las 20 reformas que ha sufrido el artículo 27, después de su promulgación en 1917, destaca la realizada durante el periodo presidencial interino de Abelardo L. Rodríguez. Esta reforma, que fue la primera, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1934, reformando los párrafos tercero, cuarto y quinto; la fracción I, se dividió en dos párrafos; también se modificó la fracción VI y se adicionó con dos párrafos, a la vez que se incorporaron las fracciones de la VIII a la XVIII, cambiando el concepto de pequeña propiedad por el de pequeña propiedad agrícola en explotación; la expresión *pueblos, rancherías y comunidades* se modifican para quedar como *núcleos de población* y se suprime la referencia al decreto del 6 de enero de 1915.

La fracción I se divide en dos párrafos, quedando lo referente a la zona prohibida en el segundo párrafo. De la fracción VI, se suprime el texto original y el que se encontraba en la fracción VII pasó a ser el de la VI, quedando los núcleos de población como beneficiarios de la facultad de tener en propiedad, administrar bienes raíces y capitales impuestos; en el párrafo segundo de la fracción VI queda el texto de lo que era el segundo párrafo de la fracción VII, es decir, lo referente al precio de la expropiación, y en el tercer párrafo de la misma fracción se incorpora el procedimiento judicial para

el ejercicio de las acciones que correspondan a la nación, que se encontraba en la fracción VII del texto original.

En la nueva fracción VII queda incorporado el enunciado de que *Los núcleos de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal* tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyesen. En las adiciones de las fracciones VIII a XVIII, el texto del tercer párrafo que se encontraba en la fracción VII, relativo a las nulidades, queda en la fracción VIII, separando el texto en incisos a), b) y c), así como en un párrafo adicional se incorpora la excepción de nulidad respecto de las tierras tituladas con apego a la Ley de Desamortización y poseídas en nombre propio y a título de dueño.

En la fracción IX se agrega la nulidad del reparto con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población. La fracción X incorpora la expropiación por cuenta del Gobierno federal para satisfacer las necesidades agrarias, tomando los terrenos que se encontraran inmediatos a los pueblos interesados.²⁶² En la fracción XI, se crean: a) una dependencia directa del Ejecutivo federal encargada de la aplicación de las leyes agrarias y su ejecución;²⁶³ b) un cuerpo consultivo; c) una Comisión Mixta; d) Comités Particulares Ejecutivos que se encargaban de representar al núcleo petitorio de tierras en tanto se llevaba a cabo el procedimiento agrario, y e) comisariados ejidales que representaban al ejido ya constituido.²⁶⁴

En las fracciones XII y XIII se reguló el trámite correspondiente a la restitución y dotación de tierras o aguas. En la fracción XIV se priva a los propietarios afectados por resoluciones de dotación o de restitución del derecho de acudir a juicio, de promover recurso legal ordinario y del juicio de amparo, disposición que se mantendría en la reforma del 12 de febrero de 1947, pero la adición de un párrafo les permitió acudir al juicio de amparo²⁶⁵ a los dueños o poseedores de predios agrícolas o ganaderos en explotación que contaran con certificado de inafectabilidad.

La fracción XV llegó a establecer la prohibición de afectar la pequeña propiedad agrícola en explotación. La fracción XVI, en referencia a las tierras que debían ser objeto de adjudicación individual, precisaba que debían fraccionarse al momento de la ejecución de las resoluciones presidenciales.²⁶⁶ La fracción XVII señalaba la extensión máxima de la propiedad rural y el fraccionamiento de los excedentes. La fracción XVIII contiene la declaración de que serán revisables todos los contratos y concesiones hechos por gobiernos anteriores (antes del año de 1876) que hayan traído el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, autorizando al Ejecutivo para declararlos nulos cuando impliquen prejuicios graves para el interés

²⁶²En un radio de afectación de siete kilómetros según la ley reglamentaria.

²⁶³Mediante el decreto publicado el 17 de enero de 1934, se crea el Departamento Agrario, que más tarde se transformaría en Secretaría de Reforma Agraria y actualmente es la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano.

²⁶⁴Las autoridades agrarias señaladas, a excepción de la ahora Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, desaparecen con el decreto del 6 de enero de 1992, subsisten los comisariados, pero como mandatarios de la Asamblea.

²⁶⁵Será con la reforma del 6 de enero de 1992 cuando se abroge la fracción citada.

²⁶⁶Existían ejidos que, mediante resolución presidencial, se constituían como colectivos y otros donde se establecían unidades individuales de dotación.

público²⁶⁷ y con el transitorio único de esta reforma queda abrogada la Ley del 6 de enero de 1915, para dar paso al primer Código Agrario.²⁶⁸

En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de 1937, se adiciona a la fracción VII un párrafo estableciendo que son de jurisdicción federal todas las cuestiones que por límites de terrenos comunales se susciten cualquiera que sea su origen y que el Ejecutivo federal se abocará a la resolución definitiva en estos casos, siendo esta decisión irrevocable y solamente podría reclamarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con la reforma del 6 de febrero de 1976 fue modificado el párrafo tercero que establece que la modalidad a la propiedad que dicte el interés público tendrá por objeto una distribución equitativa de la riqueza pública *en beneficio social y para lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana*.

Durante el periodo presidencial de Miguel de la Madrid Hurtado, el 3 de febrero de 1983, fue promulgada en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma mediante la cual se adicionan las fracciones XIX y XX, a efecto de que el Estado disponga las medidas para la expedita y honesta impartición de justicia agraria, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal, la pequeña propiedad, apoyando la asesoría legal de los campesinos, así como la promoción de las condiciones para el desarrollo rural integral y el fomento a la actividad agropecuaria y forestal. La décima cuarta reforma del 10 de agosto de 1987 modifica el párrafo tercero para señalar que se dictarán las medidas necesarias para preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

Siendo presidente de México el licenciado Carlos Salinas de Gortari, el 6 de enero de 1992, en el *Diario Oficial de la Federación* se publica la décima quinta reforma, siendo la más importante de los últimos tiempos en materia agraria, ya que con ella se cierra el proceso de distribución de la riqueza territorial y concluye el reparto agrario; autoriza a la Asamblea ejidal otorgar el dominio pleno sobre sus parcelas a los ejidatarios, a la vez que culmina la forma en que el Estado venía apoyando a los campesinos en el proceso de producción. Para tal efecto, fueron modificados el párrafo tercero y las fracciones IV, VI primer párrafo, VII, XV y XVII; adicionados los párrafos segundo y tercero a la fracción XIX y derogadas las fracciones X a XIV y XVI.

En el párrafo tercero cambia el concepto de pequeña propiedad agrícola en explotación por el de pequeña propiedad rural, a la vez que suprime la creación de nuevos centros de población agrícola y lo relativo a la dotación de tierras y aguas. En la fracción IV permite a las sociedades mercantiles por acciones ser propietarias de terrenos rústicos, pero únicamente en la extensión necesaria para el cumplimiento de su objeto. La fracción VI, en su primer párrafo, omite lo relativo a las corporaciones y los

²⁶⁷Párrafo final del texto original del artículo 27 de la Constitución de 1917.

²⁶⁸Para marzo de ese año, se promulgaría el Código Agrario de 1934, como ley reglamentaria del artículo 27 constitucional.

núcleos agrarios en razón a la cancelación del reparto agrario, quedando lo relativo a la capacidad de los Estados y municipios para adquirir y poseer bienes raíces.

En la fracción VII reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidal y comunal, brindándoles protección sobre la tierra; deja a la ley reglamentaria la protección de las tierras de los grupos indígenas y le encarga regular el aprovechamiento de tierras, bosques, aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores. También deja a esta ley reglamentaria que regule el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela, así como el establecimiento de los procedimientos de asociación entre éstos con terceros. Tratándose de ejidatarios, el transmitir entre los mismos miembros sus derechos parcelarios, al igual que fijar los procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal le otorga al ejidatario el dominio sobre su parcela y para el caso de su enajenación el respeto del derecho de preferencia. Prohíbe que dentro de un mismo núcleo de población el ejidatario sea titular de más tierra que la equivalente a 5 por ciento del total de las tierras ejidales. Respecto a la Asamblea General, precisa que es el órgano supremo del núcleo ejidal o comunal y el comisariado será el responsable de ejecutar las resoluciones de la Asamblea. Por cuanto a la restitución de tierras, aguas y bosques manda su reglamentación a la ley, misma que se publica el miércoles 26 de febrero de 1992 bajo la denominación de Ley Agraria, derogando a la Ley Federal de Reforma Agraria, además de la Ley General de Crédito Rural y la Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales y Demasías.

La fracción XV establece la prohibición de los latifundios y señala los límites de los terrenos para considerarlos pequeña propiedad. La fracción XVII deja al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados la facultad para expedir leyes que establezcan los procedimientos para el fraccionamiento de las extensiones excedentes de la pequeña propiedad. En la fracción XIX declara de jurisdicción federal todas las cuestiones por límites de terrenos ejidales y comunales, así como las relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades, encargando su resolución a tribunales integrados por magistrados dotados de autonomía y plena jurisdicción, así como el establecimiento de un órgano de procuración de justicia agraria. Mediante este párrafo surgen a la vida jurídica los tribunales agrarios, los cuales serán regulados en sus funciones por la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1992.

La décima sexta reforma del 28 de enero de 1992 modifica las fracciones II y III en materia religiosa permitiendo a las asociaciones eclesiásticas adquirir, poseer o administrar los bienes que les sean indispensables para su objeto. Asimismo, establece que las instituciones de beneficencia no podrán tener más bienes raíces que los indispensables para su objeto.

Durante la presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de octubre de 2011 la reforma que modifica la fracción XX, para establecer que el *desarrollo rural tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente de los alimentos básicos que la ley establezca.*

Con las reformas del 11 de junio y 20 de diciembre del año 2013, promulgadas por el presidente Enrique Peña Nieto, se reforma el párrafo sexto en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, con el objeto de que las concesiones sean otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. En la segunda de ellas, nuevamente se reforma el párrafo sexto en materia de energía eléctrica para efecto de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares y, recorriéndose en su orden, adiciona el párrafo séptimo, en el que establece que, tratándose del petróleo y los hidrocarburos, la nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.

La última reforma publicada el 29 de enero del año 2016 modifica el párrafo quinto y el párrafo décimo, fracción VI, para hacer alusión a “las entidades federativas” en sustitución de “los estados y el Distrito Federal”.

El texto actual del artículo 27 ya no considera el reparto agrario como eje fundamental del Derecho agrario, pero sigue otorgando a la nación su propiedad originaria que vendrá a constituir los terrenos baldíos y nacionales; subsiste el ejido y las comunidades como propiedad social garantizando que las tierras colectivas sean inalienables, imprescriptibles e inembargables, según el artículo 74 de la reglamentaria Ley Agraria. Regula los límites de la pequeña propiedad y establece que son de jurisdicción federal todas las cuestiones relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades, para lo cual instituye tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente. Por tanto, regula las relaciones de los hombres del campo surgidas de la tenencia de la tierra. Todo ese bagaje constituye la materia agraria, la cual se nutre con todas las leyes pretéritas vigentes al momento de la realización de los actos jurídicos que hoy en día se siguen y seguirán aplicando conforme la situación jurídica que se pretenda dilucidar, máxime que antes de la reforma a la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, a los núcleos agrarios (tratándose de la defensa de sus tierras) no se les extinguía el término para promover el juicio de garantías, ahora tendrán que pasar siete años de que tuvieron conocimiento del acto reclamado para que fenezca el término para promover el juicio de amparo.

Se dijo en la década de 1990, que el ejido y las comunidades desaparecerían, pero a más de 24 años de la reforma de 1992, se puede observar que los ejidos no han desaparecido y muy poca tierra ha sido desincorporada del régimen ejidal; la propiedad social continúa abarcando la mitad de la superficie territorial del país. Sin embargo, podemos observar que durante los 75 años que duró el reparto agrario, se entregó a los campesinos, ya en ejidos o en comunidades, 51 por ciento del territorio nacional, teniendo una tasa de crecimiento el sector rural de entre 3 y 6 por ciento anual, que iría declinando a partir de 1970. Para la siguiente década se iniciaría el abandono del campo,²⁶⁹ cuya consumación se lograría con la reforma constitucional del 6 de enero

²⁶⁹Davison Mazabel, Valeria Tamayo Ricárdez y Teresita Patiño, “Estructura agraria, evolución del sector agrícola y crisis en el campo mexicano”, en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, disponible en <http://www.eumed.net/course-con/ecolat/mx/2014/crisis-campo.html>.

de 1992,²⁷⁰ no obstante que la fracción XX del artículo 27 compromete al Estado a promover las condiciones para el desarrollo integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional, así como fomentar la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. El desarrollo rural integral y sustentable tiene entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos.

De manera adversa, se puede constatar en el documento *Análisis del extensionismo agrícola en México* realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 1 de julio de 2011, en el punto 13, que la producción agrícola mexicana se caracteriza por una baja productividad en general y una marcada dualidad entre su población agrícola. Agrega en el punto 24 que “La agricultura ha crecido a un ritmo relativamente lento desde principios de la década de 1990. El rendimiento económico de la agricultura mexicana en su conjunto ha sido decepcionante desde principios de 1990 hasta mediados de la primera década de 2000”.²⁷¹

Con ello, es claro que el Estado ha incumplido con la fracción XX del artículo 27 constitucional, por lo que las políticas públicas hacia el campo se deben reorientar a cumplir con dicha fracción y brindar el apoyo a ejidatarios y comuneros fomentando una política que privilegie el regreso de la población urbana al campo como un medio para que en el siglo XXI el país recobre su paz, estabilidad y fortalezca su soberanía alimentaria.

Bibliografía

- Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1824.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero del año 2016.

²⁷⁰Algunos datos de 1989 nos muestran claramente la situación que imperaba en el país en dicho año y con la que México se insertaba de lleno al proceso de globalización: la propiedad social estaba constituida por más de 101 millones de hectáreas —es decir 51.5 por ciento del total de la superficie— distribuidos entre 27 mil ejidos y 2 mil comunidades, integrados por 2.6 millones de ejidatarios y 346 mil comuneros. La propiedad privada estaba constituida por 67.5 millones de hectáreas —34.3 por ciento del total— y contaba con 2.3 millones de propietarios. El resto, más de 27 millones de hectáreas, se distribuían entre colonias, terrenos nacionales, federales, estatales, municipales y zonas urbanas e industriales. Del total de hectáreas pertenecientes al sector social sólo 2 por ciento aproximadamente era de riego y 12.1 por ciento de temporal, 58 por ciento de agostadero y el resto consideradas no laborables (Carrasco y Hernández, 1990), *Idem*.

²⁷¹Matthew A. McMahon, Alberto Valdés, Carmel Cahill y Ania Jankowska, *Análisis del extensionismo agrícola en México*, París, OCDE, 1 de julio de 2011, disponible en <http://www.sagarpa.gob.mx/desarrolloRural/Documents/EXTENSIONISMO/ESTUDIO%20OCDE%20EXTENSIONISMO.pdf>

- Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Periodo único, Querétaro, 29 de enero de 1917, tomo II, número 79.
- MAZABEL, D., V. Tamayo Ricárdez y T. Patiño, “Estructura agraria, evolución del sector agrícola y crisis en el campo mexicano”, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/mx/2014/crisis-campo.html>.
- MCMAHON, Matthew A., Alberto Valdés, Carmel Cahill, Ania Jankowska, *Análisis del extensionismo agrícola en México*, París, OCDE, 1 de julio de 2011, disponible en <http://www.sagarpa.gob.mx/desarrolloRural/Documents/EXTENSIONISMO/ESTUDIO%20OCDE%20EXTENSIONISMO.pdf>.
- MOLINA ENRÍQUEZ, Andrés, “La revolución agraria de México”, en Ernesto de la Torre, *Lecturas históricas mexicanas*, UNAM, pp. 92 y 93, disponible en http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/lecturas/T3/LHMT3_012.pdf.
- ROMERO SOTELO, María Eugenia y Luis Jáuregui, *México 1821-1867. Población y crecimiento económico*, disponible en <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/viewFile/628/312>.
- ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917* (facsimilar de la obra original de 1945), Tijuana, Baja California, El Colegio de la Frontera Norte, 2010.

Artículo 27

Comentario por **Isaías Rivera Rodríguez**

27 La cuestión agraria a los cien años de la Constitución Política

Introducción

El agrarismo constitucional de nuestro país es una amalgama de la historia de su sistema social de tenencia de la tierra; conjunta los principios de la titularidad colectiva existente desde la época prehispánica, su prevalencia a lo largo de los trescientos años de la Colonia y de la primera mitad de la fase independiente, para finalmente adquirir carta de legalización en el segundo siglo de México como nación soberana. No pocas páginas se han escrito respecto de la propiedad de la tierra, elemento base de la civilización y sujeta a ideologías, principios económicos, y derechos humanos y sociales, por decir lo menos, reflejo del desarrollo de la persona humana en la sociedad. El breve análisis que hacemos pretende dar una pincelada del tema, específicamente referido a nuestro país, explicando las razones de su peculiaridad —para muchos ininteligible desde su origen— y cómo se ha estructurado a la luz de los cien años de vigencia de nuestra Constitución Política.

Etapas

El sistema de la propiedad colectiva de la tierra, que actualmente conocemos como el régimen social o agrario, bien puede quedar identificado por tres grandes etapas; la primera, de carácter histórico, que cuenta con al menos cuatrocientos años y comprende desde el México precortesiano, bajo el sistema de tenencia de la tierra de Mesoamérica dominada por la triple alianza; luego su sometimiento por virtud de la conquista, seguido de su evolución mestiza en la etapa colonial, bajo la difícil coexistencia con la propiedad de origen hispánica; posteriormente, con la Independencia y el nacimiento del nuevo Estado mexicano, hasta llegar a los inicios del siglo XX, significado por las grandes concentraciones de tierra y el sistema de propiedad colectiva subsistente en grave crisis bajo los embates de los grandes terratenientes.

El régimen de la titularidad de la tierra asignada por el *tlatoani* a los *calpullis* o barrios, denominadas *calpullallis*, que fueron tuteladas como parcelas o *campans* a quienes eran cabeza de familia con fines de subsistencia familiar; las correspondientes a los *altepetl* o pueblos, llamadas *altepetlallis*, destinadas a satisfacer sus necesidades

colectivas y tributarias, subsistió bajo el nuevo régimen patrimonial impuesto por la conquista, por mandato formal y legal de respeto a dichas formas de tenencia, dado por la Corona española y sus representantes.²⁷²

La segunda etapa, en la que tiene lugar la formalización del régimen legal agrario preexistente, como ya señalamos, prácticamente nace con el reconocimiento a los derechos sociales en la Constitución Política de 1917, cuyo artículo 27 incorpora con rango de ley constitucional a la primer ley agraria del país, expedida por Venustiano Carranza el 6 de enero de 1915.²⁷³ Esta etapa tuvo una duración equivalente a las tres cuartas partes del centenario de la Carta Fundamental; en esos setenta y cinco años tuvo lugar el enorme y trascendente proceso de consolidación de las comunidades de hecho y de derecho, sobrevivientes de la primera etapa, y también del reparto agrario en favor de los núcleos carentes de tierras, ahora llamados ejidos.

De esta forma, la entrada en vigor de nuestra vigente Constitución Política encuentra a un país urgido de una transición en la cuestión agraria; justamente a dos años de la primera Ley Agraria y como consecuencia directa de los reclamos campesinos en los que se habían sustentado los planes revolucionarios,²⁷⁴ ley en la cual se ordenó la restitución y dotación de tierras, pero con alcances limitados.

El texto original de la Constitución Política, en su insigne artículo 27, tercer párrafo, estableció el derecho de los pueblos, rancherías y comunidades a la dotación de tierras, respetando la pequeña propiedad, tomándolas de las propiedades inmediatas bajo causal de utilidad pública y confirmando las dotaciones realizadas acorde con la referida Ley del 6 de Enero de 1915;²⁷⁵ por su parte, la fracción VI ratificó la capacidad de disfrute de las tierras, bosques y aguas que de hecho o por derecho guardaran el estado comunal. Con estas disposiciones se vino a reconocer y consolidar, por una parte, el régimen patrimonial de las comunidades, por la vía de las acciones de restitución y del reconocimiento y titulación de bienes comunales, respectivamente, mediante un acto de justicia pura; por otra parte, se conforma la propiedad ejidal por la vía de dotación de tierras, mediante la imposición del concepto de la función social y económica de la propiedad, aplicando las causales de afectación agraria a la propiedad de particulares.

La tercera etapa, que podemos identificar con el último cuarto del siglo de la vigente constitucionalidad, implican veinticinco años identificados con la modernidad, en la cual se liberalizó la modalidad de la propiedad social o agraria, planteando un cambio trascendente, pero insuficiente, como se ha podido apreciar durante su transcurso y que comentaremos más adelante.

De esta forma, contabilizamos más de cuatrocientos años de propiedad colectiva, aunque bajo normatividad dispersa, desarticulada y no sistematizada, siempre sujeta a las circunstancias del momento histórico, a los vaivenes legales de la etapa, y a los

²⁷² Isaías Rivera Rodríguez, *El nuevo Derecho agrario mexicano*, México, McGraw Hill Interamericana, 2008, pp. 18 y 19.

²⁷³ Manuel Fabila, *Cinco siglos de legislación agraria (1493-1940)*, México, Procuraduría Agraria, 2005, tomo I, p. 547.

²⁷⁴ Plan de San Luis de Francisco I. Madero; Plan de Guadalupe y sus adiciones, de Venustiano Carranza, y Plan de Ayala, de Emiliano Zapata.

²⁷⁵ M. Fabila, *op. cit.*, p. 307.

embates del conquistador, del peninsular primero y del criollo después; de algunos usos y costumbres; del encomendero, hacendado y latifundista, y, por ello, en general, ciertamente bajo una estabilidad y protección precaria; y luego, marcado al inicio de los últimos cien años con un cambio radical, recogidos en la Constitución Política vigente. Así, ubicamos su mandato claramente en dos periodos: uno, de setenta y cinco años, sustentado en la justicia social, la reivindicación de la propiedad colectiva y la desarticulación del acaparamiento de tierras, pero bajo un régimen restringido, nugatorio de las relaciones contractuales y proteccionista; el otro, de veinticinco años, liberalizado, pero incompleto y, por ende, medianamente eficaz para el despegue económico del sector.

Este último siglo, con sus dos periodos; el *siglo constitucional*, intenso y contrastante, de consolidación de la propiedad agraria, no ha sido estéril; el mandato constitucional ha sentado las bases para pasar a una nueva etapa, para transitar a la propiedad agraria a otro nivel, siempre sobre la base de su respeto, atento a su vinculación histórica y características sociales, pero con elementos actualizados que le permitan abordar esquemas legales para su aprovechamiento y desarrollo, acorde a las exigencias y necesidades actuales, en beneficio de sus titulares y de terceros interesados.

Baste citar por ahora como ejemplo claro de la importancia de una nueva transición, a la reforma energética²⁷⁶ impulsada en años recientes, que modifica el texto de la misma Constitución Política y determina que tiene prioridad el aprovechamiento de las tierras cuando se trate de hidrocarburos, geotermia y la industria eléctrica, y para ello impone la conformación de servidumbres legales de paso, dejando de lado la facultad expropiatoria.²⁷⁷

Régimen constitucional de la propiedad

Acorde con el artículo que nos ocupa de nuestra Norma Suprema, el régimen constitucional de la propiedad recoge el principio de la propiedad originaria de la nación, la cual surge a partir de su conformación independiente de la Corona española, con lo cual se subrogó en los derechos territoriales que aquella detentaba durante la Colonia, para constituirse en uno de los elementos sustanciales del nuevo Estado, tradicionalmente integrado con el pueblo y el Gobierno. Es justamente esa propiedad originaria la que genera en favor de la nación un dominio eminente sobre la propiedad de las tierras y aguas, aun cuando éstas hayan pasado a constituir la propiedad privada por transmisión a los particulares.²⁷⁸ Para este dominio eminente, como prerrogativa *supra* del Estado, la propia Constitución Política le dota de medios para su ejercicio. El precepto constitucional que nos atañe, le estableció a la propiedad privada una función social y otra económica cuyo cumplimiento se concretó mediante la imposición de modalidades a

²⁷⁶Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 2013.

²⁷⁷Ley de Hidrocarburos y Ley de la Industria Eléctrica.

²⁷⁸Lo que también constituye una facultad de la nación.

la propiedad que dicte el interés público; la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; la distribución equitativa de la riqueza pública y el cuidado de su conservación, y mediante la expropiación por causa de utilidad pública.

Con estas disposiciones se pone en evidencia que la propiedad territorial en México no es absoluta, pues constitucionalmente tiene limitaciones y características que le restringen al titular un ejercicio total, en cualquier condición. Así, podemos señalar que en el caso de los elementos naturales, aunque se encuentren bajo propiedad privada, su aprovechamiento está sujeto a regulaciones específicas; luego, que la misma nación puede imponer variantes a las características de la propiedad privada cuando se lo dicte el interés público, como es el caso del propio régimen social o agrario o, incluso, el de la reciente incorporación de la propiedad societaria rural;²⁷⁹ lo que a su vez le permitió abordar el proceso del reparto agrario, para distribuir la riqueza nacional constituida por su territorio. A partir de la propiedad originaria se impuso dicho dominio eminente para dotar de tierras a los núcleos carentes de estas; y finalmente, la nación también puede recuperar la propiedad que ha transmitido a los particulares, cuando se presente una necesidad colectiva de urgente o prioritaria satisfacción, ejerciendo su facultad expropiatoria.

Ahora bien, la función social de la propiedad establecida en la Constitución, aplicada por virtud del dominio eminente, se entiende bajo la premisa de que la riqueza pública debe servir a la colectividad y no en detrimento de ésta, por lo que le impone al Estado la obligación de hacer una distribución equitativa de la misma, conformada fundamentalmente por el territorio nacional, lo que va a la par de la imposición de modalidades a la propiedad. Este mandato se tradujo, primeramente, en el reconocimiento a la propiedad de las comunidades, de hecho y de derecho; luego, a partir del establecimiento de límites a la extensión de la propiedad privada,²⁸⁰ se constituyó la causal de afectación de las excedencias de los particulares,²⁸¹ que permitió el reparto de tierras mediante la dotación a los núcleos agrarios.

Para la función económica, desde la Constitución se estableció la obligación de explotar las tierras, pues el propio artículo 27 señalaba el respeto expreso a la pequeña propiedad agrícola, pero en explotación,²⁸² lo que implicó, a *contrario sensu*, su violación, lo cual acarrearía la causal de afectación por el desaprovechamiento sin causa justificada, bajo un tono de reciprocidad hacia la nación por virtud de la transmisión que ésta hizo de la propiedad, a cambio del respeto legal y la actividad productiva generadora de satisfactores.²⁸³ Las consecuencias de esa privación por desaprovechamiento permitió también la aplicación de la función social para el reparto de tierras a campesinos carentes de éstas, creando o ampliando a los ejidos.

²⁷⁹ Derivada ésta de la reforma del 6 de enero de 1992, ya que anteriormente no se permitía que las sociedades mercantiles fueran propietarias de tierras rurales, so pena de privación para su afectación agraria.

²⁸⁰ Artículo 27, fracción XV.

²⁸¹ Fraccionamiento de los latifundios.

²⁸² Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1934.

²⁸³ Productos agropecuarios, alimentación, empleo, impuestos, etc.

Entonces, como consecuencia del derecho de imponer modalidades a la propiedad;²⁸⁴ derivado fundamentalmente de la propiedad privada²⁸⁵ por virtud de su afectación a causa de la función social y económica, y por la impartición de la justicia social, es que se conformó la propiedad social o agraria de los ejidos y las comunidades, conformando un régimen jurídico especial, del orden federal, que constituye un estrato de atención directa del Estado.

Finalmente, es menester referirse a la propiedad pública, así identificada como consecuencia del dominio directo que la nación se reservó respecto del subsuelo y sus recursos, cuerpos de agua, zonas federales y demás inmuebles necesarios para su función, así como aquellas superficies que no salieran de su patrimonio, como es el caso de los terrenos baldíos y nacionales.²⁸⁶ En consecuencia, en los términos constitucionales, la propiedad inmueble se constituye por la propiedad privada, plena, del orden civil, sea individual o societaria; la propiedad social, colectiva,²⁸⁷ del orden agrario, de los ejidos y comunidades; y la propiedad pública, que permanece en el dominio directo de la nación, por sí o de las entidades públicas.

El artículo 27 ha sido sujeto de múltiples reformas, pero en el tema específicamente agrario sólo mencionamos algunas; la reforma ya señalada del 10 de enero de 1934, que incorporó a su texto a la Ley del 6 de Enero de 1915, reguló procedimientos agrarios y garantizó el respeto a la pequeña propiedad en explotación; la del 6 diciembre de 1937, que declaró la plenitud del disfrute comunal de las tierras, bosques y aguas restituidos, y la competencia para resolver conflictos limítrofes de las comunidades indígenas; la del 12 de febrero de 1947, que estableció la unidad individual de dotación con un mínimo de diez hectáreas, al mismo tiempo que estableció el derecho al amparo para los pequeños propietarios afectados agrariamente, ordenando su protección; la del 3 de febrero de 1983, que incorpora el mandato constitucional del desarrollo rural integral; la del 6 de enero de 1992, con la que tiene lugar la reforma modernizadora, parteaguas y de la que se comenta ampliamente en este estudio; la del 13 de octubre de 2011, que ordena al Estado garantizar el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos, y la del 20 de diciembre de 2013, en materia energética, antes mencionada.²⁸⁸

La reforma constitucional del artículo 27 del 6 de enero de 1992

Esta reforma al artículo 27 conforma un parteaguas en el proceso agrario, ya que la consolidación y reparto de tierras a comunidades y ejidos, respectivamente, llegó a su fin en el año 1992. Las razones generales para ello fueron, entre otras: el agotamiento de tierras disponibles para el reparto, al menos con viabilidad económica, pues la

²⁸⁴Con lo cual se retomó el concepto de que la *nuda* propiedad es colectiva, y el uso y usufructo es individual.

²⁸⁵Cabe señalar que también las dotaciones se fincaron en la propiedad pública a partir de los terrenos nacionales.

²⁸⁶También regulados en dispositivos del orden agrario y, ahora, en la Ley Agraria vigente, título noveno.

²⁸⁷La propiedad le corresponde exclusivamente al núcleo agrario, como persona moral; ésta será *nuda* cuando se trate de parcelas, respecto de las cuales los derechos de uso y usufructo han sido asignados en forma individual a sus integrantes.

²⁸⁸Marco Legal de la Reforma Energética, Procuraduría Agraria, México 2015.

disponibilidad era cada vez de más baja calidad, tornándose en casi una distribución de pobreza; el factor económico, que influyó por la urgencia de capitalización del campo para hacerlo productivo y competitivo; la exigencia de lograr la plenitud en la seguridad jurídica en la propiedad, y la prioridad de la regularización y certificación de la propiedad agraria para alcanzar su identidad jurídica y geográfica.

Estructura territorial de la propiedad

Derivado del nuevo rumbo, la propiedad territorial del país cuenta con una estructura tripartita, sustentada en la propiedad civil, en la agraria o social y en la del orden público. La primera, la propiedad privada, a la que se le identifica como plena, está regulada por la normatividad local y los códigos civiles de cada entidad federativa donde se localiza; cuenta con órganos registrales locales, es decir, los registros públicos de la propiedad de cada entidad para su control documental; está sometida a una jurisdicción local para resolver los conflictos que al respecto tengan lugar, como son los tribunales del fuero común y comprende aproximadamente 42 por ciento de la superficie nacional.

La propiedad social o agraria correspondiente a las comunidades y ejidos. Al ser una modalidad del orden federal, cuenta con norma propia: la Ley Agraria. Al igual que su propio órgano registral federal, el Registro Agrario Nacional, y su propia jurisdicción especializada federal, que son los tribunales agrarios; y comprende aproximadamente 52 por ciento de la superficie nacional. La propiedad pública, por su parte, incluye los terrenos baldíos y nacionales y comprende aproximadamente 6 por ciento restante.

Con la tercera etapa, el nuevo régimen agrario ha demostrado claramente que el derecho es causa y efecto de la sociedad; que evolucionan a la par, porque uno es reflejo de la otra, pues en la materia agraria es aún más una realidad socioeconómica. Como premisas fundamentales del campo mexicano podemos apuntar a la seguridad jurídica, la que se conforma con la certeza tanto de la propiedad privada como de la agraria, bajo la coexistencia de ambos regímenes; la solución a la conflictividad agraria, ancestral y derivada; el impulso a la empresariedad agraria; el incremento de los apoyos técnicos y financieros al campo en general, y la promoción de la capacitación y organización rural.

Un tema de trascendencia en este nuevo rumbo es la anulación de las funciones social y económica de la propiedad. En efecto, la conclusión del reparto de tierras a los campesinos carentes de éstas implicó justamente que, por una parte, la distribución de la riqueza nacional significada en las tierras llegaba a su fin al ya no existir la sanción de afectación patrimonial de los particulares por la existencia de excedentes respecto de los límites que permite la ley, puesto que ahora sólo implicará el fraccionamiento o regularización de los mismos en procedimientos a cargo del Estado²⁸⁹ y de las entidades federativas.²⁹⁰ En consecuencia, aunque los latifundios continúan estan-

²⁸⁹ Artículo 132 de la Ley Agraria.

²⁹⁰ Artículo 124 de la Ley Agraria.

do prohibidos, quedan sujetos a disposiciones que no tienen efectos privativos patrimonialmente.²⁹¹

Por otro lado, la función económica deja de existir en la práctica, al cancelarse la afectación por el desaprovechamiento productivo, por más de dos años consecutivos y sin causa justificada; esto es, que la explotación de la tierra dejó de ser una obligación para el propietario, al no existir sanción alguna al respecto. En consecuencia, queda sólo en el papel la función social como meta ya alcanzada y la función económica sin mayores consecuencias. En esta etapa, derivado de la reforma, se expidió la Ley Agraria, que desde un principio ha sido ampliamente señalada como técnicamente insuficiente y superficial, que no está a la altura de la materia que regula, pues, por una parte, es extremadamente generalizadora, y por otra, para cubrir sus deficiencias, adolece de un exceso de supletoriedad. Esto ha dado pie al abuso²⁹² en su interpretación y en el orden procesal, insuficiencias que sólo se han venido paliando mediante pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales del Poder Judicial federal, aunque, desafortunadamente, en muchos casos, no siempre con una atinada concepción agrarista —más bien con sentidos civilistas—, y en otros casos, hasta contradictorias. Justamente, estos aspectos son los que nos llevan a plantear la reforma agraria que sigue, conforme a las ideas vertidas más adelante.

La reforma Agraria que sigue

Hemos dicho que se requiere una urgente actualización del marco legal agrario; señalamos que la reforma de 1992 fue un parteaguas en la cuestión agraria, que liberalizó el régimen y permitió la desamortización de la tierra de los núcleos agrarios. Pero también hemos señalado que la ley reglamentaria fue superficial e insuficiente, que la norma ha tenido que ser suplida por la interpretación judicial, pero que ésta, también, ha sido imprecisa o malinterpretada y que los tiempos y las condiciones sociales y económicas del país exigen claridad y certeza en la titularidad y operaciones contractuales. Es pues, indispensable, pasar a una nueva etapa.

Como en la reforma constitucional de 1992, debemos partir de la premisa del respeto a la conformación tripartita de la propiedad: privada plena, social o agraria y pública. En el caso de la propiedad social, reconocer su existencia ancestral y vinculación directa con la sociedad rural de nuestro país y, por ende, respetar su existencia y voluntad de los directamente titulares. Bajo este orden de ideas estimamos que el marco establecido en el actual texto constitucional es suficiente para abordar esta nueva etapa propuesta, pues sus preceptos sientan las bases claras para ese tránsito, por lo que justamente donde se necesita un cambio es en la legislación que regula la modalidad agraria, ampliando los conceptos y explicaciones de alcances de derechos

²⁹¹M. Fabila, *op. cit.*

²⁹²Isaías Rivera, “El abuso del derecho procesal agrario”, en *Revista de Estudios Agrarios*, México, Procuraduría Agraria, núm. 30, mayo-agosto 2002, pp. 41-60.

y obligaciones; los mecanismos para la toma de decisiones y los procesos de desincorporación del régimen en su caso, lo que desde luego, no es materia del presente estudio.

Como corolario de este compacto análisis, podríamos afirmar que el voto particular del entonces diputado Ponciano Arriaga, que emitió en el siglo antepasado de cara a la Constitución de 1857, se materializó en nuestra Constitución Política vigente, pues ésta finalmente se conformó en la “ley de la tierra” que él proponía,²⁹³ ya que su artículo 27 es el que recogió, en favor del campesino, la justicia social primero, con la consolidación de las comunidades y la dotación de tierras a los ejidos, lo que estimamos fue altamente logrado; y luego, sentando las bases para el desarrollo económico, productivo, de sus titulares, cuyo logro, en gran medida en manos del Estado, sigue siendo parcial y exigible. Sin embargo, efectivamente podemos señalar que éste ha sido *un siglo de constitucionalismo agrario*.

Bibliografía

FABILA, Manuel, *Cinco siglos de legislación agraria (1483-1940)*, México, Procuraduría Agraria, 2005.

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, *El nuevo Derecho agrario mexicano*, México, McGraw Hill Interamericana, 2008.

———, “El abuso del Derecho procesal agrario”, en *Revista de Estudios agrarios*, Procuraduría Agraria, núm. 30, mayo-agosto de 2002.

Ley Agraria

Ley de Hidrocarburos

Ley de Industria Eléctrica

Marco legal de la Reforma Energética, Procuraduría Agraria, México, 2015.

²⁹³ *Materiales de Cultura y Divulgación Ideológica*, Secretaría de Publicaciones-Partido Revolucionario Institucional, México, núm. 101974.

Artículo 27

Trayectoria constitucional

27 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 10-I-1934

XXXV LEGISLATURA (1-IX-1932/31-VIII-1934)

Presidencia de Abelardo Rodríguez Luján, 2-IV-1932/30-XI-1934

Dispone la protección y medios de fortalecimiento al desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación. Incluye el concepto de núcleos de población para comprender pueblos, rancherías y comunidades (párrafo tercero); se deroga la disposición por la que se confirmaban dotaciones de terrenos efectuadas por apego al decreto del 6 de enero de 1915; sustituye el término “fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes” por el de “yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles”. Faculta a las instituciones de beneficencia, sociedades comerciales y bancos para adquirir bienes raíces indispensables para su objeto, así como para la administración, tenencia y adquisición de capitales impuestos sobre aquéllos (fracción III).

Reestructura la declaratoria de nulidad para las resoluciones y operaciones por las que se haya privado total o parcialmente a los núcleos de población de sus tierras o aguas (fracción VIII). Le otorga capacidad a los núcleos de población que guarden estado comunal para tener en propiedad administrativa por sí bienes raíces o capitales (fracción VI). Establece la nulidad de la división o reparto que adolezca de error o vicio, cuando así lo soliciten los vecinos poseedores de parte de los terrenos materia de la división (fracción IX). Regula la dotación de tierras a los núcleos de población para la conformación de ejidos (fracciones X y XI).

Se crean: el Departamento Agrario, el Cuerpo Consultivo, la Comisión Mixta, los Comités Particulares Ejecutivos y los Comisariados Ejidales. Establece la estructura legal del trámite para la restitución o dotación de aguas o tierras. Asigna competencias para la tramitación de las solicitudes de restitución o dotación (fracción XII). Señala la improcedencia del amparo que interpongan los propietarios contra resoluciones dotatorias o restitutorias de tierras o aguas, dictadas en favor de los núcleos de población (fracción XIV). Dispone la inafectabilidad de la pequeña propiedad agrícola en explotación. Otorga la ampliación de las bases para llevar a cabo el fraccionamiento de excedentes: no podrán sancionar, sino cuando hayan quedado satisfechas las necesidades agrarias de los poblados inmediatos.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 6-XII-1937

XXXVII LEGISLATURA (1-IX-1937/31-VIII-1940)

Presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, 2-IX-1934/30-XI-1940

Se establece la Declaración de jurisdicción federal de las controversias limítrofes entre terrenos comunales. El Ejecutivo federal conocerá y resolverá en definitiva.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 9-XI-1940

XXXVII LEGISLATURA (1-IX-1937/31-VIII-1940)

Presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, 2-IX-1934/30-XI-1940

Se designa la “imposibilidad constitucional” para expedir concesiones, tratándose del petróleo y carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 21-IV-1945

XXXIX LEGISLATURA (1-IX-1943/31-VIII-1946)

Presidencia de Manuel Ávila Camacho, 1-XII-1940/30-XI-1946

Se declaran propiedad de la nación las aguas de esteros que se comuniquen con el mar; las de afluentes de los ríos y las de los lagos, lagunas o esteros cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades de la República.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 12-II-1947

LEGISLATURA XL (1-IX-1946/31-VIII-1949)

Presidencia de Miguel Alemán Valdés, 1-XII-1946/30-XI-1952

Establece la extensión mínima de la unidad individual de dotación en diez hectáreas de riego o su equivalente en otras clases de tierras; la procedencia del juicio de amparo interpuesto por los propietarios que posean certificado de inafectabilidad, y determina la superficie de la pequeña propiedad agrícola y ganadera.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-XII-1948

XL LEGISLATURA (1-IX-1946/31-VIII-1949)

Presidencia de Miguel Alemán Valdés, 1-XII-1946/30-XI-1952

Se otorga la autorización a los Estados extranjeros para que adquieran la propiedad privada de inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas.

Séptima reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-I-1960

XLIV LEGISLATURA (1-IX-1958/31-VIII-1961)

Presidencia de Adolfo López Mateos, 1-XII-1958/30-XI-1964

Se declara el dominio directo de la nación sobre los recursos naturales de la plataforma continental y zócalos submarinos de las islas, así como del espacio situado sobre el territorio nacional. Se establece la propiedad de la nación sobre las aguas marinas interiores y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores. Se otorga la facultad del Gobierno federal para establecer o suprimir reservas nacionales, mediante declaratoria del Ejecutivo.

Octava reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-XII-1960

XLIV LEGISLATURA (1-IX-1958/31-VIII-1961)

Presidencia de Adolfo López Mateos, 1-XII-1958/30-XI-1964

Se otorga la competencia exclusiva de la nación para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica.

Novena reforma

Diario Oficial de la Federación: 7-I-1961

XLIV LEGISLATURA (1-IX-1958/31-VIII-1961)

Presidencia de Adolfo López Mateos, 1-XII-1958/30-XI-1964

Se hace una fe de erratas para aclarar el contenido del artículo al cambiar la palabra “general” por “generar”.

Décima reforma

Diario Oficial de la Federación: 8-X-1974

XLIX LEGISLATURA (1-IX-1973/31-VIII-1976)

Presidencia de Luis Echeverría Álvarez, 1-XII-1970/30-XI-1976

Se prohíbe la administración de bienes raíces a instituciones privadas salvo las corporaciones y núcleos de población comunal, facultad que sí se otorga a las entidades estatales y municipales. Se crea la Comisión Mixta para funcionar en cada estado. Se faculta a los gobernadores la resolución sobre las solicitudes de restitución y dotación de tierras y aguas. Se fija la extensión máxima de tierra para la propiedad individual y sociedades legalmente constituidas.

Undécima reforma

Diario Oficial de la Federación: 6-II-1975

XLIX LEGISLATURA (1-IX-1973/31-VIII-1976)

Presidencia de Luis Echeverría Álvarez, 1-XII-1970/30-XI-1976

Se establece la restricción constitucional para otorgar concesiones o celebrar contratos tratándose de minerales radiactivos. Asimismo, dispone la insubsistencia de aquellas operaciones que en esta materia se hubiesen celebrado. Faculta a la nación para el aprovechamiento de combustibles nucleares en la generación de energía nuclear. Dispone el uso de la energía nuclear sólo para fines pacíficos.

Duodécima reforma

Diario Oficial de la Federación: 6-II-1976

XLIX LEGISLATURA (1-IX-1973/31-VIII-1976)

Presidencia de Luis Echeverría Álvarez, 1-XII-1970/30-XI-1976

Se designa la potestad de la nación para afectar los recursos naturales en favor del desarrollo equilibrado del país y del mejoramiento del nivel de vida de la población rural y urbana. De igual manera sucede con la base constitucional para regular los asentamientos humanos y el establecimiento de provisiones, usos, reservas y destinos de las tierras, aguas y bosques a efecto de ejecutar obras públicas y de plantear y regular lo relativo a los centros de población.

Impone las medidas de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial, que demarca la soberanía de la nación, sobre una zona económica exclusiva de doscientas millas náuticas, y designa las bases para la solución de conflictos limítrofes con otros Estados, en relación a la extensión de la zona económica exclusiva.

*Decimotercera reforma**Diario Oficial de la Federación*: 3-II-1983

LII LEGISLATURA (1-IX-1982/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1982/30-XI-1988

En la redacción del tercer párrafo del artículo se incluye el principio de justicia agraria expedita y la promoción del desarrollo integral del campesino.

*Decimocuarta reforma**Diario Oficial de la Federación*: 10-VIII-1987

LIII LEGISLATURA (1-IX-1985/31-VIII-1988)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1982/30-XI-1988

Se adicionan en el párrafo tercero las palabras “para preservar y restaurar el equilibrio ecológico”, inmediatamente después de las palabras “y crecimiento de los centros de población”.

*Decimoquinta reforma**Diario Oficial de la Federación*: 6-I-1992

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se dio fin al reparto agrario iniciado por la Revolución Mexicana, modificándose el párrafo tercero y la fracción XV, y derogando las fracciones X, XI, XII, XIII, XIV y XVI, preceptos que contenían la reglamentación del reparto agrario y señalaban las instituciones encargadas de su aplicación. Se agrega un segundo párrafo a la fracción XIX, que contempla la creación de tribunales federales agrarios dotados de autonomía y plena jurisdicción, integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente. Por otra parte, la propia fracción contempla la creación de la Procuraduría de Justicia Agraria.

El primer párrafo de la fracción VII reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales. También proclama la protección de la integridad de las tierras de los grupos indígenas; reconoce la distinción de la tierra para las actividades productivas, asimismo, los derechos de los ejidatarios sobre sus parcelas y de los comuneros sobre la tierra, y los faculta para decidir sobre las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos.

Como parte de la desaparición del candado de protección que el Estado otorgaba al campo, y con el propósito de lograr la capitalización del mismo a la iniciativa privada, se modifican las fracciones IV y VI. La primera regla de adquisición de terrenos rústicos

por parte de las sociedades mercantiles por acciones, y la segunda suprime la prohibición a las corporaciones civiles de tener en propiedad o administrar bienes raíces.

Si bien se permite a las sociedades por acciones participar en la propiedad y en la producción rural, el nuevo texto constitucional no evita latifundios encubiertos, por lo que establece el límite máximo de tierras que puedan tener en propiedad dichas sociedades, quedando los socios también sujetos a los límites de la pequeña propiedad sin considerar los fideicomisos. Todo ello sujeto a los medios de registro y control que establezca la ley.

Decimosexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 28-I-1992

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Esta reforma se hizo acorde con la modificación del artículo 130 constitucional, que otorga personalidad jurídica a las asociaciones religiosas; las fracciones II y III les otorgan capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria. Con las modificaciones a la fracción III, queda sujeta la adquisición de bienes raíces por las instituciones de beneficencia a lo que determine la ley reglamentaria correspondiente.

Decimoséptima reforma

Diario Oficial de la Federación: 11-VI-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el párrafo sexto del artículo 27 y se establece una salvedad en el otorgamiento de concesiones a particulares o sociedades establecidas conforme a las leyes mexicanas para la explotación, el uso o el aprovechamiento de recursos en materias de radiodifusión y telecomunicaciones, las cuales serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones en lugar del Ejecutivo federal.

Decimooctava reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-XII-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el párrafo sexto y se adiciona un párrafo séptimo al artículo. En el párrafo sexto se establece que el gobierno no podrá otorgar concesiones ni contratos a particu-

lares para el aprovechamiento y explotación de minerales radiactivos, eliminando esta prohibición cuando se trate del petróleo, de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; otrora esencia de la expropiación petrolera. En este mismo párrafo se suprime la obligación y exclusividad del Estado para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer la energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, para establecer que a la nación sólo le corresponde la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; no se otorgarán concesiones, pero el Estado sí podrá celebrar contratos con particulares para participar en actividades de la industria eléctrica.

En el séptimo párrafo del artículo se establece la facultad del Estado para llevar a cabo la privatización de la explotación y extracción del petróleo y demás hidrocarburos estableciendo que estas actividades podrán realizarse mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos de éstas con particulares, con la única salvedad de que, en los contratos, tendrá que señalarse que los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación, más no así los frutos de su explotación o la fabricación de sus derivados, que serán para beneficio de las privadas.

Decimonovena reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-I-2016

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se cambia la redacción del artículo, en concordancia con la reforma que crea la Ciudad de México como una entidad federativa, eliminándose “Distrito Federal” para establecer “entidades federativas”.

Artículo 28

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 28 constitucional señaló en 1917 la prohibición de todo tipo de monopolio o estanco que entorpeciera la economía nacional. Dicho artículo cobró forma a lo largo del siglo XIX como un rechazo a las limitaciones comerciales impuestas por la metrópoli al virreinato novohispano. Durante dicho periodo la economía tuvo fuertes limitantes impuestas, por ejemplo, mediante la prohibición de libre comercio con diversos puntos del orbe, o bien, mediante la aplicación de estancos, como el del tabaco, que estuvieron en manos de la Corona española.¹ Fue durante el siglo XVIII cuando las ideas ilustradas pugnaron por la libertad de comercio, como una forma de impulsar la economía de las naciones. Así lo señaló, por ejemplo, François Quesnay en su *Tabla económica* de 1758:

Que se mantenga la más total libertad de comercio, porque la política más segura de comercio interior y exterior; la más exacta, la más provechosa a la nación y al Estado consiste en la plena libertad de concurrencia.²

De la misma postura fue el inglés Adam Smith, en su famosa obra *La riqueza de las naciones*, publicada en 1776, en la cual defendió el interés común sobre los intereses del soberano quien en nada debía estorbar la libertad de tratos y contratos.³ Estas ideas tendrían su impacto en España y sus colonias pues llevaron a que, en 1789, Carlos IV declarara el Reglamento del Comercio

¹Sobre este tema puede consultarse el trabajo de A. René Barbosa-Ramírez, *La estructura económica de la Nueva España (1519-1810)*, 7a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1981.

²José Luis Vizcarra Cifuentes, *Diccionario de economía. Términos, ideas y fenómenos económicos* [Edición en E-book], México, 2014, pp. 153-154.

³Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, disponible en http://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02_Smith.pdf.

28

Sumario Artículo 28

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	593
Texto constitucional vigente.	596
Comentario Daniel Márquez Gómez Marco teórico conceptual.	604
Reconstrucción histórica.	609
Análisis exegético.	612
Desarrollo legislativo	626
Desarrollo jurisprudencial.	642
Derecho comparado	650
Bibliografía	660
Trayectoria constitucional	662

Libre. A partir de entonces, se buscó promover los mecanismos necesarios para el impulso del comercio, la industria y la agricultura. Así se asentó en la Constitución de Cádiz de 1812, al poner estos ramos bajo el cuidado de las diputaciones provinciales (art. 335).⁴ Asimismo, la Constitución de Apatzingán señaló, en 1814, en su artículo 38, que a ningún ciudadano se le podría prohibir ningún género de cultura, industria o comercio, salvo aquellos que formaran la subsistencia pública.⁵

Por su parte, el Reglamento Provisional Político, promulgado en 1822 por Agustín de Iturbide, señaló que si bien subsistirían los consulados, éstos sólo deberían ejercer el oficio de jueces conciliadores en asuntos mercantiles (art. 58).⁶ Asimismo, garantizó la libertad de dedicarse a cualquier industria, incluso por parte de los extranjeros, siempre que pagaran las debidas contribuciones al Estado (art. 8). En los ordenamientos jurídicos posteriores lo que se precisó fue la facultad de quién podría normar en materia de comercio. Se había dejado de lado el problema de los monopolios y estancos, y lo que estuvo entonces en juego fue fortalecer al Estado como rector de la economía nacional.

El Acta Constitutiva de 1823, por ejemplo, señaló al Congreso como el responsable de emitir leyes y decretos “para arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes estados de la federación y tribus de los indios”.⁷ Misma disposición se mantuvo en la Constitución Federal del mismo año, en su artículo 49, fracción XI,⁸ y se conservaría todavía en el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842. En el artículo 79, fracción XXVI de este último texto se señaló como tarea del Congreso Nacional promover y proteger la industria nacional, concediendo exenciones y prohibiendo la importación de artículos y efectos que se manufacturen o exploten en la República.⁹ Este punto tuvo una clara intención de proteger el mercado mexicano.

Medidas como éstas buscaban fomentar la economía del recién independizado país. Más claro aún, respecto a la libertad de comercio, fue el Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del mismo año de 1842.¹⁰ En su artículo 13, fracción IV, dicho ordenamiento prohibió “todo privilegio para ejercer exclusivamente cualquier género de industria o comercio”, salvo aquellos establecidos a favor de autores, introductores o perfeccionadores de algún arte. Asimismo, la fracción V, ordenó la abolición de todo tipo de monopolios en la enseñanza y demás profesiones.

⁴Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>

⁵“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

⁶Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁷Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, artículo 13, fracción 10, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

⁸Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁹Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

¹⁰Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi__1428_printer.shtml.

También el artículo 70, fracción XXIV, señaló como facultad del Congreso Nacional el “fomentar y proteger la industria nacional, concediendo exenciones, o prohibiendo la importación de los artículos y efectos que la perjudiquen”. Al igual que este proyecto de constitución, el Estatuto Orgánico Provisional de la República, de 1856, señaló la prohibición de monopolios y agregó, en su artículo 68, que no habría otros:

[...] privilegios para el uso y aprovechamiento de la propiedad, que los que se concedan según las leyes por tiempo determinado a los inventores y perfeccionadores de algún ramo de industria, y a los autores de obras literarias o artísticas.¹¹

De manera que, cuando en 1857 se elaboró la Constitución, ya estaban consensados los principales puntos que darían forma al derecho de libertad de comercio y abolición de monopolios, y lo contempló así en su artículo 28:

No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.¹²

Como puede observarse, se plasman ya los puntos que se mantendrán hasta la Constitución de 1917. A lo largo del siglo XIX, el gobierno sólo precisó aspectos relacionados con los impuestos; si bien nadie podía ser exento de éstos, el gobierno podría dar ciertos privilegios por tiempos limitados. Así sucedió, por ejemplo, con la creación del Banco de México en 1856, el cual quedó libre de todo tipo de impuestos por diez años.¹³ Este derecho fue bien conservado por los diversos gobiernos, incluso, bajo el Segundo Imperio, Maximiliano de Habsburgo decretó en su Estatuto Provisional, en el artículo 75, que “ninguna exención ni modificación de impuestos puede hacerse sino por una ley”.¹⁴

Para fines del XIX, la Constitución de 1857 continuó con toda su vigencia, por lo que el contenido del artículo 28 siguió marcando la pauta en materia económica. Cuando en 1917 se elaboró una nueva Constitución, muy poco cambió, respetándose la prohibición de monopolios y todo tipo de acaparamiento que fuera en contra de la libertad de comercio y de la libertad de los individuos, por dedicarse a una profesión y explotación de sus propiedades. En el artículo 28 de 1917 se sumó, además, la clarificación de que ni las organizaciones de trabajadores, ni las asociaciones cooperativas de productores podrían ser consideradas como tales.

¹¹Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

¹²Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹³*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 738.

¹⁴Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

Artículo 28

Texto constitucional vigente

28 *Artículo 28.* En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (*sic*, *DOF*: 03-02-1983) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a los (*sic*, *DOF*: 03-02-1983) prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.¹⁵

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.¹⁶

¹⁵Párrafo reformado, *DOF*: 11-06-2013.

¹⁶Párrafo reformado, *DOF*: 20-08-1993, 02-03-1995 y 20-12-2013.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento. El Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuya Institución Fiduciaria será el banco central y tendrá por objeto, en los términos que establezca la ley, recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, con excepción de los impuestos.¹⁷

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia (*sic*, *DOF*: 20-08-1993). Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.¹⁸

El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley.¹⁹

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de las entidades federativas, y previa autorización que al efecto se obtenga de las Legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a

¹⁷Párrafo adicionado, *DOF*: 20-08-1993. Reformado, *DOF*: 20-12-2013.

¹⁸Párrafo adicionado, *DOF*: 20-08-1993. Fe de erratas, *DOF*: 23-08-1993.

¹⁹Párrafo adicionado, *DOF*: 20-12-2013.

propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.²⁰

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.²¹

El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijan las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6° y 7° de esta Constitución.²²

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes

²⁰Párrafo reformado, *DOF*: 29-01-2016.

²¹Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²²Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de esta Constitución.²³

Corresponde al Instituto, el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto notificará al Secretario del ramo previo a su determinación, quien podrá emitir una opinión técnica. Las concesiones podrán ser para uso comercial, público, privado y social que incluyen las comunitarias y las indígenas, las que se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2°, 3°, 6° y 7° de esta Constitución. El Instituto fijará el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, así como por la autorización de servicios vinculados a éstas, previa opinión de la autoridad hacendaria. Las opiniones a que se refiere este párrafo no serán vinculantes y deberán emitirse en un plazo no mayor de treinta días; transcurrido dicho plazo sin que se emitan las opiniones, el Instituto continuará los trámites correspondientes.²⁴

Las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final; en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico. Las concesiones para uso público y social serán sin fines de lucro y se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa conforme a lo previsto por la ley y en condiciones que garanticen la transparencia del procedimiento. El Instituto Federal de Telecomunicaciones llevará un registro público de concesiones. La ley establecerá un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopólicas. En la revocación de las concesiones, el Instituto dará aviso previo al Ejecutivo Federal a fin de que éste ejerza, en su caso, las atribuciones necesarias que garanticen la continuidad en la prestación del servicio.²⁵

El Instituto Federal de Telecomunicaciones garantizará que el Gobierno Federal cuente con las concesiones necesarias para el ejercicio de sus funciones.²⁶

²³Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²⁴Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²⁵Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²⁶Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:

- I.** Dictarán sus resoluciones con plena independencia;
- II.** Ejercerán su presupuesto de forma autónoma. La Cámara de Diputados garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias;
- III.** Emitirán su propio estatuto orgánico, mediante un sistema de votación por mayoría calificada;
- IV.** Podrán emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;
- V.** Las leyes garantizarán, dentro de cada organismo, la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio;
- VI.** Los órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información. Deliberarán en forma colegiada y decidirán los asuntos por mayoría de votos; sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público con las excepciones que determine la ley;
- VII.** Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;
- VIII.** Los titulares de los órganos presentarán anualmente un programa de trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión; comparecerán ante la Cámara de Senadores anualmente y ante las cámaras del Congreso en términos del artículo 93 de esta Constitución. El Ejecutivo Federal podrá solicitar a cualquiera de las cámaras la comparecencia de los titulares ante éstas;
- IX.** Las leyes promoverán para estos órganos la transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos;
- X.** La retribución que perciban los Comisionados deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 127 de esta Constitución;

- XI.** Los comisionados de los órganos podrán ser removidos de su cargo por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones, en los términos que disponga la ley, y
- XII.** Cada órgano contará con un órgano interno de control, cuyo titular será designado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, en los términos que disponga la ley.²⁷

Los órganos de gobierno, tanto de la Comisión Federal de Competencia Económica como del Instituto Federal de Telecomunicaciones se integrarán por siete Comisionados, incluyendo el Comisionado presidente, designados en forma escalonada a propuesta del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado.²⁸

El presidente de cada uno de los órganos será nombrado por la Cámara de Senadores de entre los comisionados, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, por un periodo de cuatro años, renovable por una sola ocasión. Cuando la designación recaiga en un comisionado que concluya su encargo antes de dicho periodo, desempeñará la presidencia sólo por el tiempo que falte para concluir su encargo como comisionado.²⁹

Los comisionados deberán cumplir los siguientes requisitos:

- I.** Ser ciudadano mexicano por nacimiento y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;
- II.** Ser mayor de treinta y cinco años;
- III.** Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión por más de un año;
- IV.** Poseer título profesional;
- V.** Haberse desempeñado, cuando menos tres años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones, según corresponda;
- VI.** Acreditar, en los términos de este precepto, los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo;
- VII.** No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal o local, Gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, durante el año previo a su nombramiento, y³⁰
- VIII.** En la Comisión Federal de Competencia Económica, no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas que hayan estado sujetas a alguno de los procedimientos sancionatorios que sustancia el citado órgano. En el Instituto Federal de Telecomunicaciones no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las

²⁷Fracción reformada, *DOF*: 27-05-2015. Párrafo con fracciones adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²⁸Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

²⁹Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁰Fracción reformada, *DOF*: 10-02-2014 y 29-01-2016.

empresas de los concesionarios comerciales o privados o de las entidades a ellos relacionadas, sujetas a la regulación del Instituto.³¹

Los Comisionados se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes; estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto, en los términos que la ley determine, y serán sujetos del régimen de responsabilidades del Título Cuarto de esta Constitución y de juicio político. La ley regulará las modalidades conforme a las cuales los Comisionados podrán establecer contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados.³²

Los Comisionados durarán en su encargo nueve años y por ningún motivo podrán desempeñar nuevamente ese cargo. En caso de falta absoluta de algún comisionado, se procederá a la designación correspondiente, a través del procedimiento previsto en este artículo y a fin de que el sustituto concluya el periodo respectivo.³³

Los aspirantes a ser designados como Comisionados acreditarán el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales anteriores, ante un Comité de Evaluación integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Para tales efectos, el Comité de Evaluación instalará sus sesiones cada que tenga lugar una vacante de comisionado, decidirá por mayoría de votos y será presidido por el titular de la entidad con mayor antigüedad en el cargo, quien tendrá voto de calidad.³⁴

El Comité emitirá una convocatoria pública para cubrir la vacante. Verificará el cumplimiento, por parte de los aspirantes, de los requisitos contenidos en el presente artículo y, a quienes los hayan satisfecho, aplicará un examen de conocimientos en la materia; el procedimiento deberá observar los principios de transparencia, publicidad y máxima concurrencia.³⁵

Para la formulación del examen de conocimientos, el Comité de Evaluación deberá considerar la opinión de cuando menos dos instituciones de educación superior y seguirá las mejores prácticas en la materia.³⁶

El Comité de Evaluación, por cada vacante, enviará al Ejecutivo una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes, que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas. En el caso de no completarse el número mínimo de aspirantes se emitirá una nueva convocatoria. El Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes, al candidato que propondrá para su ratificación al Senado.³⁷

La ratificación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de

³¹Párrafo con fracciones adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³²Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³³Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁴Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁵Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁶Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁷Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

la presentación de la propuesta; en los recesos, la Comisión Permanente convocará desde luego al Senado. En caso de que la Cámara de Senadores rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, el presidente de la República someterá una nueva propuesta, en los términos del párrafo anterior. Este procedimiento se repetirá las veces que sea necesario si se producen nuevos rechazos hasta que sólo quede un aspirante aprobado por el Comité de Evaluación, quien será designado comisionado directamente por el Ejecutivo.³⁸

Todos los actos del proceso de selección y designación de los Comisionados son inatacables.³⁹

³⁸Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013.

³⁹Párrafo adicionado, *DOF*: 11-06-2013. Artículo reformado, *DOF*: 17-11-1982 y 03-02-1983. Reforma, *DOF*: 27-06-1990: derogó del artículo el entonces párrafo quinto.

Artículo 28

Comentario por **Daniel Márquez Gómez**

28

Marco teórico conceptual

La palabra economía proviene de las voces griegas: *Oikos*, casa y *Nomos*, ley, alude al orden y regla que se observan en los ingresos y egresos de un hogar.⁴⁰ La economía se ocupa de los temas relacionados con la producción, distribución y consumo de bienes, por lo anterior, se le define como la ciencia que se ocupa de distribuir los recursos escasos para satisfacer las necesidades ilimitadas.⁴¹ La terna “producción, distribución y consumo” responde a las preguntas: ¿Qué producir? ¿Cómo producir? ¿Para quién producir? En este sentido, la economía dentro del campo de las ciencias sociales estudia las actividades humanas realizadas en sociedad siempre que se encaminen a satisfacer necesidades materiales. Por lo anterior se relaciona con la administración, la psicología, la historia, la sociología, los métodos cuantitativos, y, por supuesto, con el derecho.⁴²

La economía se divide en sectores o ramas: el primario o agropecuario; el secundario o industrial, subdivido en industria extractiva [petróleo y minería] y de transformación [todas las otras ramas industriales], y el terciario o servicios [comercio, restaurantes, hoteles, transporte, comunicaciones, educación, que incluye al gobierno], cada uno de estos sectores tiene relaciones interdependientes.⁴³ Héctor Cuadra afirma que existe un modelo normativo de la acción rectora del Estado en la economía cuando se presentan estos tres supuestos:

- a) Existe una participación relevante del Estado en las actividades económicas, directa e indirectamente;
- b) Cuando la problemática del desarrollo económico forma parte de la ideología dominante del Estado y le impulsa a gobernar con tal ideal como meta y a someter otras de sus tradicionales tareas a las prioridades correspondientes; y
- c) La instauración y perfeccionamiento de la democracia económica.⁴⁴

⁴⁰Juan José Ávila Macedo, *Economía*, ed. act., México, Umbral, 2003, p. 8.

⁴¹Paschoal José Rossetti, *Introducción a la Economía*, México, Harla, 1994, p. 25.

⁴²Juan José Ávila Macedo, *Economía*, op. cit., p. 11.

⁴³*Ibidem*, pp. 18-19.

⁴⁴Héctor Cuadra, “El Modelo Normativo de la Rectoría Económica del Estado. 1917-1987”, en *México: setenta y cinco años de revolución III*, Desarrollo Político 2, editado por la Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, México, INEHRM-FCE, 1988, pp. 587-588.

En el campo normativo, el fenómeno económico es objeto de estudio de una rama del conocimiento jurídico que se denomina derecho económico, a la que se considera como la parte de la ciencia jurídica que tiene por objeto: “estudiar la organización y la acción económica del Estado tendiente a la realización de los objetivos de la democracia económica, tal como son fijados por los poderes públicos”.⁴⁵ Sin embargo, Jorge Witker delimita el *derecho económico mexicano*, en el modelo neoliberal, como el conjunto de normas específicas de regulación cuyo objeto o finalidad es enmarcar los comportamientos económicos de las personas físicas o morales, tutelando intereses generales con criterios de economicidad y simplificación en el contexto de un mercado zonal o tratado de libre comercio.⁴⁶

Sin embargo, esa rama del derecho no está exenta de problemas, puesto que requiere de una metodología interdisciplinaria amplia no formalista, considerando las normas jurídicas específicas como instrumentos que cumplen contenidos y finalidades económicas y sociales, porque es una rama del derecho que se integra por categorías jurídicas como elemento formal y categorías económicas como elemento material.⁴⁷ La Constitución en México no es ajena a los fenómenos de naturaleza económica, según Héctor Cuadra:

La Constitución de 1917 se puede definir como la respuesta global al desfase institucional y el nuevo marco de acción de las relaciones de los grupos sociales en el México que inaugura el siglo XX, en donde el principio de la participación popular para el cambio político determinó la orientación del Estado al forzarlo a abandonar su estructura oligárquica y marcó su orientación actual que sentó las bases para el nacimiento de un modelo normativo de la acción rectora del Estado en la economía, que hoy en día la doctrina conoce como derecho económico.⁴⁸

Desde el punto de vista objetivo, el derecho económico es la rama especializada del derecho que está conformada por el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad económica entre el Estado y los particulares, orientada a objetivos de bienestar social. Desde el punto de vista subjetivo, se puede entender como la facultad estatal para establecer los objetivos de la política económica, como presupuestos de su propio fin, así como las reglas de conducta de sus organismos y los particulares para la política económica y para imputar dispositivos de seguridad contra una actitud contraria.⁴⁹

En nuestro país la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema que orienta las decisiones políticas, sociales y, por supuesto, económicas. A

⁴⁵Héctor Cuadra, “Reflexiones sobre el derecho económico”, en Héctor Cuadra (coord.), *Estudios de derecho económico I*, México, IJ-UNAM, 1977, p. 35.

⁴⁶Cfr. Jorge Witker, *Introducción al derecho económico*, 4a. ed., México, UNAM/McGraw-Hill, 1999, p. 6.

⁴⁷Cfr. *Id. Derecho económico, op. cit.*, p. 4, y Jorge Witker, *Introducción al Derecho económico, op. cit.*, p. 12.

⁴⁸Héctor Cuadra, “El Modelo Normativo de la Rectoría Económica del Estado. 1917-1987”, *op. cit.*, pp. 587-588.

⁴⁹*Idem*, p. 27.

la pregunta de: ¿Por qué la Constitución debe ocuparse de la economía?, Jorge Carpi-
zo y Miguel Carbonell responden que:

En general, se considera que la regulación constitucional de la economía supone una ma-
nifestación peculiar de los dos principales objetos de la regulación del constitucionalismo
moderno: los derechos fundamentales y la división de poderes.⁵⁰

Criterio con el que coincidimos porque no podemos entender al individuo en las
relaciones económicas sin la protección en su integridad como ente, frente al Estado
u otros particulares, y tampoco comprenderíamos un esquema de protección a la inte-
gridad individual o colectiva, sin la contención al poder, que constituye el *telos* de la
separación o división de las funciones públicas. Estas ideas sirven para estimar que
los derechos humanos y la división de poderes integran un binomio que, en el marco
de la economía, permiten establecer un marco especial de tutela de los derechos de los
sujetos que intervienen en la relación económica. Por otra parte, está integrada por
normas de derecho administrativo en lo general.

La economía de libre mercado orienta los cambios que ha sufrido este precepto.
Estos cambios muestran una de las transformaciones de mayor impacto al “capítulo
económico” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contenida
en los artículos 3°, 5°, 11, 25, 26, 27 y 28 de la Ley fundamental. Al lado de las ins-
tituciones perfiladas por el Constituyente de 1916-1917 surgen nuevas estructuras
que orientan el contexto económico del país. Originalmente el artículo constitucional
en análisis solamente se ocupaba de los monopolios y sus excepciones. En la actualidad,
los diversos cambios que sufre la economía mundial a partir de la década de 1980 —que
trascienden al siglo XXI— obligan a reestructurar el contenido del precepto.

Para Antonio Carrillo Flores las bases de la rectoría económica del Estado se en-
cuentran en el artículo 3° constitucional.⁵¹ Al Estado le corresponde la rectoría⁵² del
desarrollo nacional garantizando que sea integral y sustentable. Según Miguel Acosta
Romero:

La Rectoría Económica del Estado es el ejercicio de la responsabilidad gubernamental en
el ámbito económico. El Estado promueve, induce y orienta la acción hacia los objetivos
del desarrollo, lo que hace mediante los instrumentos y políticas como la acción tributaria,
el gasto público, la arancelaria, la financiera y precios oficiales. En México, la Rectoría

⁵⁰Jorge Carpi-
zo y Miguel Carbonell, *Derecho constitucional*, México, Porrúa/UNAM, 2003, p. 137.

⁵¹Antonio Carrillo Flores, “Límites y perspectivas de la economía mixta”, en *La Constitución mexicana. Rectoría del
Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 1985, pp. 453 y 462. Artículo 3°, párrafo segundo, fracción II, inciso
a): “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fo-
mentará en él, a la vez, el amor a la Patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la
justicia: Fracción II (...) a) Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y
un régimen político, sino como una forma de vida fundada en el constante mejoramiento económico, social y cultural del
pueblo”.

⁵²Carpizo y Carbonell, *op. cit.*, pp. 139-140.

Económica del Estado se ejerce dentro de un régimen de economía mixta mediante la participación directa en la actividad productiva.⁵³

Al desarrollo económico nacional deben concurrir con “responsabilidad social”⁵⁴ los sectores público, social y privado, lo que en la doctrina se denomina economía mixta, que supone incorporar elementos de los modelos económicos de centralización y libre mercado.⁵⁵ Jorge Witker considera el derecho económico como un derecho de síntesis e instrumental, inspirado en tres principios: a) rectoría económica del Estado (arts. 25-27); b) economía mixta (arts. 5, 11, 16, 25 y 28), y c) planeación democrática (art. 26).⁵⁶

Así, en un régimen de economía mixta como el nuestro, el Estado en general se justifica en la medida en que equilibra las desigualdades económicas y propicia el bienestar general de sus integrantes. Sin embargo, la idea de la economía mixta no es estable, en atención a que, con los fenómenos globales de la economía, la idea de lo mixto se rompe. Así, para Jorge Witker tenemos en México una visión dual del derecho económico. En efecto, un marco constitucional volcado al mercado interno y un marco legislativo secundario, desregulador y consagrado a la economía y los mercados internacionales.⁵⁷

Cabe aclarar que aunque no se puede negar la existencia de los fenómenos globales, y el fuerte impacto que producen en la legislación secundaria en nuestro país, tampoco se puede soslayar que carecen todavía de la fuerza necesaria como para imponerse y eliminar los principios de economía mixta y rectoría económica del Estado. En este sentido, si bien el mercado tiende a la interdependencia mundial, también siempre deberá orientar parte de su desarrollo a satisfacer las necesidades del mercado interno.

En México, el ejercicio del poder se justifica en la medida en que los gobiernos federal, estatales y municipales realizan sus obligaciones de respetar los derechos humanos, otorgar un alto valor al concepto de libertad y de hacer fructificar en los hechos las libertades concretas de los mexicanos. En este tejido de definiciones políticas fundamentales debe entenderse la atribución, la estrategia y las finalidades de la intervención del Estado en la economía, y las diversas responsabilidades y derechos de la sociedad en dicho campo.⁵⁸ Lo anterior es compatible con la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la vigencia de instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde el compromiso de los Estados parte de asegurar a hombres y mujeres el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

Héctor Fix-Zamudio analiza la evolución que han sufrido las normas con enfoque económico en la Constitución, y afirma que:

⁵³Miguel Acosta Romero, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.

⁵⁴Véase el contenido del artículo 25, párrafo tercero, de la CPEUM.

⁵⁵Carpizo y Carbonell, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁶Jorge Witker, *Introducción al derecho económico*, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁷*Idem*, *Derecho económico*, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸Cfr. Pedro G. Zorrilla Martínez, “Planeación democrática del desarrollo, federalismo y municipio libre”, en *La Constitución Mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-Porrúa, 1985, p. 341.

Las recientes reformas a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución federal deben considerarse como un verdadero capítulo económico de ésta, aun cuando se les hubiere situado, tal vez por razones de premura, en el capítulo relativo a las llamadas garantías individuales.⁵⁹

Como lo sostiene este autor y lo refrenda la doctrina nacional, este precepto forma parte del llamado *capítulo económico de la constitución*.⁶⁰ Así, es comprensible la existencia de un capítulo económico en las constituciones de los países, por la participación estatal en la economía, también, porque el tema de los derechos económicos trasciende de la simple acción del Estado e impactan en procesos globales, y, por último, porque uno de los problemas actuales más significados es el de la distribución del ingreso.

En el apartado económico de la Constitución federal también se encuentran los artículos 3° (mejoramiento económico de la población); 5° (libertad de profesión, industria, comercio o trabajo); 25 (rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional, fomento del crecimiento económico, régimen de economía mixta con la participación de los sectores público, privado y social); 26 (planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez a la economía); 27, párrafo segundo (expropiación por causa de utilidad pública); 3° (imposición a la propiedad privada de las modalidades que dicte el interés público); 4° y 6° (dominio directo de la nación sobre ciertos productos naturales y la autorización o limitación de las concesiones según se trate de productos como los hidrocarburos); 7° (el aprovechamiento por parte de la nación de la energía nuclear de fuerte impacto económico); 8°, fracción XX (incidencia del Estado en el desarrollo rural); 123 (derechos de los trabajadores); 131 (la facultad del Congreso de la Unión para gravar las mercancías que se importen o exporten, o estén en tránsito en el territorio nacional), y 134 (principios que se deben seguir en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras).⁶¹

Como se advierte, estas normas en conjunción con el precepto en análisis forman el *capítulo económico de la constitución*, y constituyen el cúmulo de principios y normas que orientan a la legislación secundaria en la búsqueda del desarrollo económico integral de la nación, y proporcionan el marco referencial al que puede acudir la autoridad ejecutiva en la toma de decisiones en la materia. También es importante mencionar que a través de los instrumentos que le proporciona el capítulo económico de la nación: “El Estado asume las tareas de pilotaje global de la economía, de prevención y superación de la crisis, de promoción del crecimiento y la modernización, de desarrollo y planificación”.⁶²

⁵⁹Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “El Estado social de derecho y la Constitución Mexicana”, en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, op. cit., p. 111. Actual “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

⁶⁰Cfr. Diego Valadés, “El capítulo económico de la Constitución”, en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, op. cit., p. 27. Criterio con el que también coinciden Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, véase *Derecho constitucional*, op. cit., p. 138.

⁶¹Coincide con este criterio Cuadra, op. cit., p. 591.

⁶²Cfr. Marcos Kaplan, “Rectoría del Estado y desarrollo en América Latina”, en *La Constitución Mexicana...*, op. cit., p. 45.

Reconstrucción histórica

Delinear la evolución del artículo 28 de la Constitución federal es una labor grata, aunque ardua, porque algunas de las instituciones que actualmente regula carecen de referentes específicos en nuestro constitucionalismo y el desarrollo normativo que aparece en la Constitución federal de 1857 solamente se ocupa de los monopolios, de los que exceptúa la acuñación de moneda y correos, y a los privilegios otorgados a inventores o perfeccionadores de una mejora. Además, su evolución es producto de los cambios económicos que se dan en el ámbito mundial después de la Segunda Guerra Mundial. Esto explica las dificultades para la reconstrucción histórica del precepto. Por lo que para los efectos de este estudio únicamente abordaremos aquellos antecedentes que desde nuestra perspectiva sean más significativos en la evolución.

En la Constitución de Cádiz de 1812, los antecedente del precepto en estudio los encontramos en los artículos 171, fracción XI, 172, fracción IX, y 335, apartado quinto, que establecían la facultad del rey para cuidar la fabricación de la moneda y la prohibición al rey de otorgar privilegios exclusivos a persona o corporación alguna, así como la obligación a cargo de las diputaciones provinciales para fomentar la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en esas dos ramas, respectivamente.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, encontramos otros antecedentes de la norma que nos ocupa. Tal es el caso de los artículos 67, fracción I, y 87, fracción XXVII, de esas Bases. El primero establecía que el Congreso no puede derogar ni suspender las leyes prohibitivas de la introducción de géneros y efectos judiciales a la industria nacional sin el consentimiento de las asambleas departamentales; el segundo, le otorgaba al presidente de la República la facultad de otorgar privilegios exclusivos a los inventores, introductores o perfeccionadores de algún arte o industria útil a la nación.

En 1856 el gobernador del Distrito Federal, don Juan J. Baz emitió un bando prohibiendo a los comerciantes aumentar los precios de sus productos. En ese mismo año, en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo, se prohibían todos los monopolios relacionados con la enseñanza (art. 38) y se concedían privilegios a los inventores y perfeccionadores de algún ramo de la industria, al igual que los autores de obras literarias o artísticas (art. 68). Otro antecedente lo encontramos en el texto del artículo 28 de la Constitución mexicana de 1857, que señalaba:

No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

Esta evolución llega al texto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, en el que se establecía que en los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni

exención de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria; sin embargo, exceptuaba la acuñación de moneda, los correos, telégrafos y radiotelegrafía, la emisión de billetes por medio de un banco bajo el control del gobierno federal, los privilegios que se concedieran a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorgaran a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El precepto señalaba que se sancionaría severamente toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, todo acuerdo o combinación de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y, en general, todo lo que constituyera una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas en perjuicio del público en general o de alguna clase social. Esta norma excluía de los monopolios a las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y a las asociaciones o sociedades cooperativas de productores.

El artículo 28 se reformó el 17 de noviembre de 1982, en el marco de la llamada *nacionalización de la banca*, durante el gobierno de José López Portillo, adicionando un párrafo quinto, para establecer que el servicio público de banca y crédito no sería objeto de concesión a particulares y que lo prestaría el Estado de manera exclusiva.

La segunda reforma fue del 3 de febrero de 1983, durante la presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado. Es la más amplia que ha sufrido este precepto, puesto que fijó las bases del actual artículo 28 constitucional, mejoró la redacción del texto e incorporó la protección a los derechos de los consumidores, así como las funciones que el Estado ejercería sobre las áreas estratégicas y prioritarias, como son: comunicación vía satélite, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles y las actividades que señalen las leyes que expresamente emita el Congreso de la Unión; se fusionó el párrafo tercero con el cuarto, se adicionó el párrafo tercero para establecer la regulación de precios, el párrafo quinto sobre la creación de los organismos y empresas que establezca el Estado para el manejo de las áreas estratégicas y prioritarias; también se crearon los párrafos octavo y noveno sobre la concesión de algunos servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público, y se aumentó el párrafo décimo, sobre subsidios.

La tercera reforma se publicó el 27 de junio de 1990, durante el mandato de Carlos Salinas de Gortari, con la cual se derogó el párrafo quinto del artículo 28, para revocar la nacionalización bancaria y permitir que el servicio de banca y crédito fuese prestado por el Estado y los particulares.

La cuarta reforma es del 20 de agosto de 1993; ésta modificó el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y recorre en su orden los párrafos sexto a décimo, para pasar a ser octavo a décimo segundo, y se adicionan los párrafos sexto y séptimo del propio artículo, para incorporar al texto constitucional la figura del Banco Central autónomo.

La quinta reforma es del 2 marzo de 1995, durante la presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, que cambió el cuarto párrafo del artículo 28 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer cuáles actividades correspondían a las áreas prioritarias y estratégicas, destacando que en la comunicación vía satélite y los ferrocarriles, como áreas prioritarias para el desarrollo nacional, el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos, mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

La sexta reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de junio de 2013, para incorporar el tema de la libre competencia, dándole protección constitucional a la Comisión Federal de Competencia Económica, como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es garantizar la libre competencia y concurrencia, prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Esta reforma también creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones como un órgano autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado del desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, al que se elevó al rango de “autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones”, con facultades para regular asimétricamente a los participantes en estos mercados, eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia, imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, a las concesiones y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones, que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes sociales.

También se le dieron facultades para otorgar, revocar y autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, y para fijar el monto de las contraprestaciones. El precepto destaca que las concesiones en materia de espectro radioeléctrico se otorgarán mediante licitación pública. Además, se destacan algunos aspectos operativos de la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

La séptima reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 2013, en donde el precepto en análisis sufrió un cambio significativo, resultado de la llamada “reforma energética”, donde, alineado con el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se destaca que la nación realizará sus actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares; además, se crean el fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo y los órganos reguladores coordinados en materia energética: Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía. Algo que no debe omitirse es el contenido de los veintiún artículos transitorios, que desarrollan más ampliamente el contenido de esta reforma constitucional.

La octava reforma al artículo 28 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de febrero de 2014; en ella, se modificó la fracción VII, relacionada con los requisitos para ser comisionado, destacando que, quien aspire a esa posición no debe ser secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal o local, gobernador de algún estado o jefe de gobierno del Distrito Federal, durante el año previo a su nombramiento.

La novena reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de mayo de 2015, con motivo de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, para incorporar a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Federal de Telecomunicaciones un órgano interno de control, designado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados. La última modificación al artículo 28 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de enero de 2016, con motivo de la reforma política de la “Ciudad de México”, e impactó el tema de las *asociaciones de trabajadores*, con lo anterior el precepto queda en sus términos actuales.

Análisis exegético

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que analizaremos, se ubica en el Título Primero, Capítulo I “De Las Garantías Individuales”, de lo que se desprende la trascendencia de su contenido en el régimen jurídico nacional, aunque como ya se destacó, en la opinión de Héctor Fix-Zamudio, debería ubicarse en el “capítulo económico”. Así, su ubicación es engañosa puesto que más que establecer una garantía individual se podría decir que consigna garantías económicas y sociales.

Lo anterior se advierte de las materias que regula, entre ellas:

- a) La prohibición de monopolios, estancos, acaparamiento y concentración;
- b) Las exenciones de impuestos;
- c) Los derechos de los consumidores y la regulación de precios de ciertos productos;
- d) Las funciones exclusivas del Estado que no constituyen monopolios, relacionadas con las áreas estratégicas, lo que relaciona a este precepto con el artículo 25, párrafo cuarto, de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- e) Las áreas prioritarias estratégicas,
- f) La creación del llamado “sector paraestatal” de la administración;
- g) La regulación del banco central (Banco de México);
- h) La creación de órganos reguladores coordinados en materia energética;
- i) Las asociaciones y cooperativas de trabajadores;
- j) Los privilegios a los inventores, artistas y perfeccionadores;
- k) La regulación de las concesiones de servicios públicos;
- l) La regulación de los subsidios;
- m) La creación de la Comisión Federal de Competencia Económica, y
- n) La creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones, además de las disposiciones aplicables a ambos organismos.

De la lectura de este precepto constitucional se desprende su carácter complejo por el conjunto de materias que regula, sin embargo, todas tienen una constante, lo que explica el porqué se le considera parte del capítulo económico de la Constitución y objeto de estudio del derecho económico, a pesar de que contiene instituciones de carácter social, cuyo contenido se vincula, de una u otra manera, con el desarrollo económico del país. En este sentido, para el análisis exegético utilizaremos el siguiente orden de materias.

a) *La prohibición de monopolios, estancos, acaparamiento y concentración.* Para los propósitos de nuestra exposición, por monopolio (del latín *monopolium*, y éste del griego *μονοπωλιον*) se entiende cualquiera de estas tres situaciones: 1. Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que ésta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio. 2. Convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio. 3. Acaparamiento de bienes con propósitos de especulación comercial.

El monopolio es una estructura de mercado en la cual existe un único productor, no existen bienes sustitutos para el bien que éste produce y se imponen barreras a la entrada. Sus causas son la propiedad exclusiva de materias primas o el conocimiento de técnicas de producción, patentes, licencias gubernamentales o barreras de entrada, carencia o inexistencia de bienes sustitutos.⁶³ En este sentido, el monopolio consiste en una situación de un mercado en la cual una mercancía o servicio es provista por un solo vendedor.

Así, el monopolio propicia una serie de fenómenos indeseables en la economía: impide la libre competencia; al disponer de un producto único para el que no existen bienes sustitutos, puede acaparar un mercado; puede imponer barreras de entrada a ese mercado a los competidores; puede manipular el mercado para imponer una necesidad artificial de su bien o servicio, e impacta en los consumidores, porque —dependiendo de su necesidad— puede imponer precio a su bien o servicio escaso.

Ahora bien, como lo previene el artículo 5° de nuestra Constitución federal, a nadie se le puede impedir el ejercicio de profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siempre y cuando sean lícitos. Esta libertad solamente puede vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa. Sin embargo, en algunos casos esta libertad puede restringirse por causas de interés público. No debemos olvidar que en términos del artículo 27 de la propia ley fundamental, la nación puede imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

Un caso de prohibición de comercio lícito, porque se vulneran los derechos de terceros, está plasmado en el artículo 28 constitucional, en su primer párrafo, que prohíbe los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las “prohibiciones a título de protección a la industria”. Lo que llamamos monopolio o prácticas monopó-

⁶³Cfr. Ramón Fuentes Pascual y Carmen Martínez Mora, *Introducción a la economía*, 2a. ed., España, Club Universitario, 2001, p. 183.

licas a las que alude nuestro régimen jurídico consisten en una serie de actos que afectan la libre competencia, propician concentración, acaparamiento de mercancías y ponen en situación precaria a la parte más débil de la relación mercantil: el consumidor. Lo anterior explica por sí mismo el porqué se prohíben estas prácticas en nuestro régimen legal.

Otro concepto que emplea nuestra Constitución en sentido prohibitivo es el de “*estanco, ca*” (de *estancar*), que significa embargo o prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace para reservar exclusivamente las ventas de mercancías o géneros, fijando los precios a que se hayan de vender; también se considera el “estanco” como el monopolio que ejerce el Estado o el que él mismo concede a particulares para que comercien con determinadas mercancías. Como se advierte en su contenido, es claro por qué nuestra norma constitucional prohíbe esta clase de conducta, pues en los hechos se traduce en una limitación de la libre competencia.

La prohibición de los monopolios, prácticas monopólicas y estancos no se queda en el nivel dogmático en nuestra Constitución, puesto que, como se establece en el segundo párrafo de la norma en estudio, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

De lo que se advierte el impulso que nuestra norma constitucional otorga a las actividades mercantiles sustentadas en la libre competencia y la protección que otorga a los consumidores. Además, con vocación social, nuestra Constitución federal protege los derechos del público en general, entendido el concepto “público general” como todos los habitantes de nuestra República, en sus relaciones comerciales. También protege los derechos de ciertas clases sociales en particular, con lo que se evitan los abusos históricos como aquellos que a finales del siglo XIX y principios del XX se daban en las llamadas *tiendas de raya*, en las cuales se obligaba a comprar a los campesinos determinados productos a precios por encima de su valor.

Además, aunque la regla en las relaciones comerciales es la ganancia o lucro, en determinadas circunstancias se atempera el lucro asociado a las actividades comerciales, al permitir al Estado, a través de “leyes”, fijar las bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, con el fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. Lo que se traduce en una medida de protección al consumidor.

b) *Las exenciones de impuestos.* Como lo prescribe el artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal, todo mexicano debe contribuir para los gastos públicos de manera proporcional y equitativa, aquí está presente la obligación de pagar impuestos. En este sentido, la exención de impuestos impide el nacimiento de la obligación tributaria, desgrava un patrimonio de la obligación tributaria, así, excluye la aplicación de la norma tributaria a determinado hecho imponible. Puede ser objetiva y subjetiva. En el primer caso, ciertos hechos, situaciones o actividades se excluyen del ámbito de aplicación de la norma, a pesar de estar comprendidos en sus supuestos, en el segundo, se excluye a ciertas personas o grupos de personas a pesar de estar comprendidas en los supuestos fácticos del tributo.⁶⁴

Para la interpretación de esta parte del precepto debemos acudir al principio jurídico que establece que donde la ley no distingue no se debe distinguir y, desde ese contexto, debemos establecer que lo que se prohíbe, por regla general, son las exenciones de impuestos, porque podrían constituir una ventaja indebida a favor de un comerciante y en detrimento de la libre competencia. En lo que se refiere a la prohibición de “las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes”, debemos criticar esta construcción por ambigua, puesto que no deja en claro qué es lo que se prohíbe, si las exenciones de impuestos que constituyen o ayudan a generar monopolios o prácticas monopólicas que estén reguladas en la ley, o las exenciones de impuestos como regla general. Otro aspecto criticable es que no se refiere a las exenciones “objetivas” y “subjetivas”, además, existe una práctica más nociva, amparada en la paraofiscalidad, que es la condonación de impuestos.

c) *Los derechos de los consumidores y la regulación de precios de ciertos productos.* En su carácter de rector de la economía, el Estado mexicano, a pesar de que alienta la “libre competencia”, característica del “libre mercado”, cuenta también con las herramientas jurídicas que le permiten tutelar los derechos del pueblo y de las clases vulnerables; es lo que se conoce como “liberalismo social”. En este precepto en estudio se establece que: *La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.*

Así, constitucionalmente se establece una economía con sentido social, en atención a que en el párrafo tercero ordena que las leyes fijarán las bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular; así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, con el fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. Aquí tenemos un precepto que aparentemente rompe con la libertad de comercio, al establecer el llamado “control de precios” de algunos productos relacionados con la producción económica y el consumo popular

⁶⁴Cfr. Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, “Los decretos de exención de impuestos en México: el Congreso de la Unión y el Ejecutivo federal frente a frente”, en César Albiñana García-Quintana, Eusebio González García, Juan Ramallo Massanet, Ernesto Lejeune Valcárcel y Ana Yábar Sterling (coords.), *Estudios en Homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 916.

—como en su momento lo fue el huevo, la tortilla, la carne, etcétera—, el llamado “control de precios”, con esta intervención oficial en el mercado se fijan valores determinados a las mercancías, de acuerdo con la opinión que sobre ellos tenga el Estado.

El control de precios se establece, por lo general, para evitar la inflación o la carestía de la vida, en un intento por abaratar el consumo de los sectores populares; además, evita que acaparadores o intermediarios, en su afán de lucro, se apoderen con prácticas poco claras del mercado. Sin embargo, la ruptura es aparente puesto que las restricciones se vinculan con la protección de bienes jurídicos superiores y, por el otro lado, porque en última instancia la intermediación excesiva y el alza de precios también afectan la libertad de comercio. Además, tutela los derechos de los consumidores al garantizarles una existencia en el mercado nacional de los productos que requieran para su consumo.

En el mismo precepto en estudio se asienta que la ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. Con lo que se crea una rama del denominado “derecho social”, que tutela los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores de bienes y prestadores de servicios, con lo cual el Estado cuenta con una herramienta jurídica que le permite equilibrar las relaciones entre consumidores y oferentes de bienes y servicios.

Las funciones exclusivas del Estado que no constituyen monopolios

i. Actividades relacionadas con las áreas estratégicas y prioritarias. En el párrafo quinto del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que el sector público tendrá a su cargo de manera exclusiva las áreas estratégicas que señala el artículo 28, párrafo cuarto, de la propia Constitución, manteniendo el Gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan. En este sentido, el mencionado párrafo cuarto del precepto que nos ocupa establece que:

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas:

- 1) Correos;
- 2) Telégrafos y radiotelegrafía;
- 3) Minerales radiactivos y generación de energía nuclear;
- 4) La planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica;
- 5) La exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de la Constitución, y
- 6) Las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

Ahora bien, ¿qué se entiende por áreas estratégicas? El artículo 6º, párrafo primero, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales señala que se consideran áreas estratégicas las expresamente determinadas en el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. Lo que evidentemente se

limita a reproducir el contenido constitucional. Por otra parte, el artículo 14, fracción I, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, prescribe que las actividades estratégicas o prioritarias se realizan a través de organismos descentralizados.

Así, en una aproximación al concepto, se entiende por áreas estratégicas al conjunto de actividades económicas de especial importancia para el desarrollo público de los mexicanos, reservadas exclusivamente al Estado, bajo la regulación y el control del gobierno federal, para producir bienes y servicios, o explotar recursos fundamentales de la colectividad.⁶⁵ En este sentido, las áreas estratégicas son aquellas parcelas o espacios de la actividad económica que, por su importancia y trascendencia en el desarrollo y la vida social del país, aunado a su impacto en la soberanía de la nación, se reserva su explotación de manera exclusiva al Estado.

Otra cuestión es la que se relaciona con las llamadas áreas prioritarias del desarrollo nacional. El artículo 6º, párrafo segundo, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, destaca que se consideran áreas prioritarias las que se establezcan en los términos de los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución federal, particularmente las tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares.

En este sentido, como lo establece el artículo 25, párrafo sexto, en esas áreas podrá participar el Estado por sí, o a través de los sectores social y privado; el artículo 26, apartado A, destaca el tema de la planeación democrática, y el 28 prescribe que la comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias. Ahora bien, la rectoría del Estado en las áreas prioritarias no es absoluta, puesto que al ejercerla debe proteger la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos, mantendrá o establecerá que las vías de comunicación son bienes del dominio público de acuerdo con las leyes de la materia.

La importancia para la vida económica y social de la nación de las áreas estratégicas o de las actividades prioritarias se advierte del contenido del párrafo quinto del precepto en estudio, puesto que ahí se establece que el Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario, donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado. Este párrafo permite establecer todo el aparato de las denominadas empresas del Estado y crea lo que la doctrina llama administración pública paraestatal.⁶⁶

En este sentido se genera un conjunto de organismos y empresas a cargo del Estado para el eficaz manejo de las áreas estratégicas y su participación en las actividades de carácter prioritario en las que participe por sí o con los sectores social y privado. Aquí es prudente destacar que el artículo 90 de la Constitución federal establece una administración pública “centralizada y paraestatal”, y que en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la administración centralizada se integra por la Oficina de la Presidencia, las secretarías de Estado, la Consejería Jurídica y los

⁶⁵Véase Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho administrativo II*, México, Red Tercer Milenio, 2012, p. 26.

⁶⁶Consúltese el artículo 90 de la CPEUM. *Cfr.* José Francisco Ruiz Massieu, “Bases constitucionales del derecho administrativo”, en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, *op. cit.*, p. 290.

órganos reguladores coordinados; en cambio, en la paraestatal se encuentran los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos.

Con estas consideraciones es prudente dar luz sobre un debate que se verifica en los ámbitos administrativos sobre el carácter de los fideicomisos que el Estado crea en el ejercicio de sus funciones. Atendiendo a la distinción de administración pública que contiene el artículo 90 de la Constitución federal, en el sentido de que será centralizada y paraestatal, no existe ninguna duda de que cualquier entidad en la que participe el Estado, sin importar el régimen legal de su creación (sea éste público o privado), tendrá la naturaleza jurídica de una entidad pública y le serán aplicables las normas jurídicas relacionadas con su acto de creación a la par de las que se apliquen en el servicio público.

ii. *La función de banca central.* Continuando con nuestro estudio, en el párrafo sexto se establece lo que se considera una de las reformas más trascendentes en materia económica que “significó un importante paso adelante en el camino de la reforma y modernización del Estado mexicano”:⁶⁷ la creación de un banco central autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. El objetivo prioritario de ese banco será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado.

Atendiendo a las amargas experiencias del pasado, se establece que “ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento”. Detrás de esta mención están presentes las épocas de inflación que sufrió nuestro país en las décadas de 1960, 1970, 1980 y 1990, en las cuales los presidentes en turno ponían a funcionar la “maquinita de hacer dinero” para enfrentar sus problemas de liquidez, lo que devaluaba nuestra moneda con la consecuencia de pérdida del poder adquisitivo de la población en general, y en consecuencia sumía al país en fuertes crisis económicas.

Ahora, por imperativo constitucional, se prohíbe a las autoridades obligar al banco central a otorgar financiamiento, lo que implica que en ejercicio de su autonomía, el banco central solamente deberá proporcionar recursos cuando se cumplan los propósitos que establece el mismo artículo 28 de la Constitución, esto es, procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional. Sobre este tema, se afirma que “la vulnerabilidad monetaria y la fragilidad del valor de unas monedas frente a otras requieren de un manejo muy escrupuloso del sistema crediticio y, en general, financiero del cada país”.⁶⁸

Como destacamos, existen actividades económicas específicas en las que a pesar de que existe un agente único, legalmente se establece que no constituyen monopolios. Así, el artículo 28 de la Constitución federal destaca que no constituyen monopolios: “las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas

⁶⁷Cfr. Ruperto Patiño Manffer, “Comentario al artículo 28 constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo V: “Artículos 28-26”, 6a. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Porrúa, 2003, p. 17.

⁶⁸Carpizo y Carbonell, *op. cit.*, p. 146.

estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes”. Como se advierte, dos de las actividades que se encomiendan a este banco son “prioritarias”: la acuñación de moneda y emisión de billetes, o sea, la emisión de moneda de curso legal.

El banco central cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones y en su administración, y su objetivo prioritario es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Además, ese banco central tiene facultades para regular los cambios de intermediación y de prestación de servicios financieros, al igual que “atribuciones de autoridad [para] llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia”. Esto significa que en las materias de cambio de divisas, intermediación y servicios financieros, el Banco de México es autoridad financiera al lado de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El modelo de banco central exige que las personas encargadas de su operación cuenten con amplios márgenes de maniobra, puesto que tienen en sus manos la conducción de la política financiera del país y el manejo de los diversos recursos que el Estado les otorga; en este sentido, se establece una serie de requisitos de nombramiento para las personas que estén a cargo de la dirección del banco central, y para ocupar puestos directivos en el mismo, se requiere la designación del presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; además, desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones y solamente podrán ser removidas por causa grave.

Para garantizar la imparcialidad, se establece que no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, a excepción de aquellos que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. En lo que se refiere a sus responsabilidades, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de la Constitución federal.

iii. *Asociaciones de trabajadores.* Por su parte, el párrafo octavo del mismo precepto menciona que:

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de las entidades federativas, y previa autorización que al efecto se obtenga de las Legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

En este párrafo encuentra su fundamento el sector social de la economía. Aquí están presentes las asociaciones de trabajadores, las asociaciones y sociedades cooperativas

de productores. Este sector se caracteriza como aquel integrado por organizaciones de campesinos, obreros o trabajadores de cualquier otra ascendencia, que tengan como factor coadyuvante y actuante el trabajo en conjunto⁶⁹ para la defensa de sus intereses comunes.

Desde el punto de vista de su contenido económico-jurídico, el párrafo se debe entender en distintas vías: por un lado, la actividad económica de esas asociaciones impacta favorablemente en la economía nacional al generar divisas, atendiendo a la posibilidad de exportar sus productos; también puede entenderse desde su contribución al desarrollo nacional, regional, estatal o municipal. Asimismo puede destacarse como ventaja que estas empresas del sector social no generan competencia al interior del país, puesto que comercializan su producción en el extranjero, lo que evita distorsiones en los mercados económicos.

Por último, para evitar su mal uso, la constitución de monopolios u otros aspectos económicos negativos, como acaparamientos de mercados, se rodea de una serie de salvaguardas como son la vigilancia gubernamental y la necesidad de una autorización “derogable”, porque se puede considerar que se le está asimilando a un acto legislativo; sin embargo, hay que destacar que como el acto jurídico es particular, es más correcto considerar estas autorizaciones como revocables, puesto que la autorización es un acto administrativo. La “derogación” como dice el precepto, o la revocación, como estimamos correcto, puede realizarse por causa de “necesidad pública”, aunque tal vez, más adecuadamente, se refiera al “interés público”.

iv. Propiedad intelectual e industrial. En el párrafo noveno se establece que: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”. Lo que abre el espectro al llamado derecho de la propiedad intelectual e industrial. La primera es una manifestación especial del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales o incorpóreos.⁷⁰ Así se destaca que la propiedad intelectual abarca dos sectores: la propiedad industrial, que consiste sobre todo en inventos, marcas registradas, diseños industriales y denominaciones de origen; y los derechos de autor, relacionados sobre todo con obras literarias, musicales, artísticas, fotográficas y audiovisuales.⁷¹

También pueden tener ropaje constitucional en este apartado las llamadas “denominaciones de origen”, entendidas como la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos.⁷² No obstante, también se

⁶⁹Cfr. Víctor Manuel Barceló, “El sector social en la perspectiva del desarrollo económico”, en Armando Labra (coord.), *El sector social de la economía, una opción ante la crisis*, México, Siglo XXI, 1988, p. 44.

⁷⁰Rafael Natera Hidalgo (coord.), *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Fundamentos y formularios*, 3a. ed., España, CISS Grupo Wolters Kluwer, 2007, p. 541.

⁷¹ONU-Departamento de Información Pública, *Las Naciones Unidas hoy*, Nueva York, Naciones Unidas, 2009, p. 73.

⁷²Leonardo Gabriel Granados Rojas, *Indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Un aporte para su implementación en Costa Rica*, Costa Rica, MAG-CNP, 2004, p. 23.

acepta que las denominaciones de origen pueden proteger un “producto agrícola o alimenticio de una región”.⁷³ Así, en México tiene “denominación de origen”: la bebida Charanda, las artesanías de Olinalá, la bebida Bacanora, el café de Chiapas, el Sotol, el café de Veracruz, el tequila, la vainilla de Papantla, entre otros.

e) *Régimen de servicio público y concesiones.* En el párrafo décimo se establecen las bases del régimen de concesiones de la prestación de servicios públicos y de la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público de la Federación. La concesión es el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para usufructuar un servicio público.⁷⁴

En este sentido, en el párrafo que se comenta se asienta que el Estado, sujetándose a las leyes, podrá, en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Como se advierte, la autorización concedida por la norma constitucional en materia de concesiones no es absoluta, se debe cumplir una serie de requisitos, como son: a) sujetarse a las leyes, y b) surtir al interés general.

Además, ese mismo párrafo menciona que las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público. Ahora bien, el párrafo undécimo señala que la sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y solamente podrá llevarse a cabo mediante ley.

La teoría de los servicios públicos tiene fuerte aceptación en el derecho administrativo desde el año de 1790 en Francia. El servicio público consiste en la institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de manera regular, continua y uniforme las necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas, las cuales se pueden proporcionar por el Estado o particulares mediante concesión; el servicio público está sujeto a normas y principios de derecho público.⁷⁵ Como se advierte, el servicio público en nuestro país es de gran importancia, puesto que se relaciona con todas aquellas prestaciones que otorgan el Estado o particulares y que son necesarias para nuestra vida cotidiana, tal es el caso de la educación, el servicio de agua potable y alcantarillado, etcétera.

f) *Subsidios.* Los subsidios se definen como las trasferencias unilaterales que una persona o institución da a otras; el término se usa, generalmente, para designar las trasferencias de los gobiernos a los particulares. Los subsidios son lo contrario a los impues-

⁷³*Ibidem*, p. 24.

⁷⁴Jorge Fernández Ruiz (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 56.

⁷⁵*Ibidem*, p. 251.

tos, que implican transferencias del sector privado hacia el sector público de la economía.⁷⁶ Así, atendiendo a su trascendencia económica, el párrafo undécimo regula los subsidios al señalar que éstos se podrán otorgar a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta. En este sentido, el Estado se reserva verificar la aplicación de los subsidios y evaluar sus resultados.

g) *Competencia económica: Comisión Federal de Competencia Económica.* En el terreno económico, desde la década de 1980, nuestro país se acercó a las posturas de libre mercado. Lo anterior implica que las empresas actúan libremente, buscando maximizar sus beneficios, sin que la planificación estatal o los controles de precios les impidan tomar las decisiones que más les convienen, lo que también impacta en el consumidor, quien es libre para escoger los bienes y servicios que ha de comprar, sin restricciones a su movilidad, ni limitaciones jurídicas o políticas.⁷⁷

Así, se destaca que la libre competencia se caracteriza por el esfuerzo de cada empresa del mercado por desempeñarse mejor que sus competidores para obtener mayores beneficios económicos, promueve la competitividad, exige que las empresas identifiquen lo que el consumidor necesita y desea, obliga a revisar la calidad, costos y precios de los productos que se ofrecen en el mercado, además, de mejorar en su organización y estrategias empresariales.⁷⁸ En este contexto, a partir de la reforma de 11 de junio de 2013 se elevó a rango constitucional el tema del regulador en materia de competencia económica. Así, en el artículo 28 en análisis se creó un organismo del Estado denominado Comisión Federal de Competencia Económica, como órgano constitucional “autónomo”, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

El objeto de esa Comisión es garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, sujeta a la Constitución y las leyes. A la Comisión se le otorgan las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

h) *Competencia económica, concesiones sobre el espectro radioeléctrico e interés público: Instituto Federal de Telecomunicaciones.* En el siglo XXI existe una fuerte relación entre una economía mundial y los adelantos tecnológicos, los cuales apoyan las actividades

⁷⁶Véase eumed.net, Enciclopedia virtual, *Diccionario de economía y finanzas, voz: subsidios*, disponible en <http://www.eumed.net/coursecon/dic/S.htm#subsidio>.

⁷⁷Véase eumed.net, Enciclopedia virtual, *Diccionario de economía y finanzas, voz: libre mercado*, disponible en [http://www.eumed.net/coursecon/dic/L.htm#libre mercado](http://www.eumed.net/coursecon/dic/L.htm#libre%20mercado), consultada el 30 de mayo de 2016.

⁷⁸Cfr. Flint Blanck, Pinkas, *Tratado de defensa de la libre concurrencia. Estudio exegético del D.L. 701*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 29.

industriales, comerciales, financieras y otras. Así, el desarrollo económico y las telecomunicaciones están interrelacionadas. Las telecomunicaciones consisten en la transmisión a distancia de información a través de procedimientos electromagnéticos.⁷⁹

Para regular este sector de la economía, con la reforma de 11 de junio de 2013, surge el Instituto Federal de Telecomunicaciones, al que también se le otorga autonomía constitucional, personalidad jurídica y patrimonio propio. Su objeto es el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, en términos constitucionales y legales. Para el logro de su objetivo se le encomienda la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución, en materia de libre manifestación de las ideas, derecho a la información, la radiodifusión y las telecomunicaciones como servicios públicos de interés general, y la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio.

Además, se le otorga el carácter de autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que ejerce en ellos las facultades que se otorgan a la Comisión Federal de Competencia Económica. Así, puede regular asimétricamente a los participantes en estos mercados, para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impone límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al “concesionamiento” y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordena la desincorporación de activos, derechos o partes necesarios para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6° y 7° constitucionales.

Por lo anterior, este Instituto cuenta con facultades para otorgar, revocar y autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones; además, debe notificar previo a su determinación al secretario del ramo, quien puede emitir una opinión técnica. El precepto dispone que las concesiones son para uso comercial, público, privado y social, que incluyen las comunitarias y las indígenas, que estarán sujetas a los principios establecidos en los artículos 2°, 3°, 6° y 7° constitucionales. También se otorga competencia al Instituto para fijar el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, la autorización de servicios relacionados con éstas, previa opinión no vinculante de la autoridad hacendaria, que debe emitirse en un plazo no mayor de treinta días; si no se difunde en ese plazo, el Instituto continuará los trámites para otorgar la concesión.

También, este párrafo del precepto en análisis destaca que las concesiones del espectro radioeléctrico se otorgarán mediante licitación pública, para asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración y asegurando el menor

⁷⁹Cfr. Enrique Herrera Pérez, *Introducción a las telecomunicaciones modernas*, prefacio, México, Limusa/Grupo Noriega, 2004, pp. 10 y 21.

precio de los servicios al usuario final; además, se prescribe que en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será el económico. En el caso de las concesiones para uso público y social, se establece que serán sin fines de lucro y se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa y en condiciones que garanticen la transparencia del procedimiento. También se obliga al Instituto a garantizar que el Gobierno Federal cuente con las concesiones necesarias para el ejercicio de sus funciones y a llevar un registro público de ellas.

El precepto destaca que la ley establecerá un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopólicas. Por último, destaca que en la revocación de las concesiones se dará aviso previo al Ejecutivo federal para que ejerza las atribuciones que garanticen la continuidad en la prestación del servicio.

i) *Disposiciones comunes para la Cofeco e Ifotel.* Los órganos de gobierno de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones se integrarán por siete comisionados, incluyendo el comisionado presidente, designados en forma escalonada a propuesta del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado.

Al presidente de cada uno de los órganos lo nombra la Cámara de Senadores, de entre los comisionados, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, por un periodo de cuatro años, renovable por una sola ocasión. Cuando la designación recaiga en un comisionado que concluya su encargo antes de dicho periodo, desempeñará la presidencia solamente por el tiempo que falte para concluir su encargo como comisionado.

Además, se destaca que ambos organismos son independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y:

- a) Dictarán sus resoluciones con plena independencia;
- b) Ejercerán su presupuesto de forma autónoma;
- c) Emitirán su propio estatuto orgánico, mediante un sistema de votación por mayoría calificada;
- d) Pueden emitir disposiciones administrativas de carácter general para el cumplimiento de sus funciones;
- e) La separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio;
- f) Cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información;
- g) Deliberación colegiada y decisiones por mayoría de votos;
- h) Impugnación de sus decisiones a través del juicio de amparo indirecto y no son objeto de suspensión;
- i) Creación de jueces y tribunales especializados;
- j) No se admiten recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;
- k) Programa anual de trabajo y un informe trimestral de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión; y,
- l) Transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos.

También se establece que la retribución de los comisionados se ajustará a lo previsto en el artículo 127 constitucional. En lo que se refiere a su remoción, la Constitución destaca que podrán ser removidos de su cargo por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones. Además, se les obliga a contar con un órgano interno de control designado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados.

Los requisitos para ser comisionado son: *a)* ser ciudadano mexicano por nacimiento y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; *b)* ser mayor de treinta y cinco años; *c)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión por más de un año; *d)* poseer título profesional; *e)* haberse desempeñado, cuando menos tres años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones; *f)* acreditar, en los términos de este precepto, los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo; *g)* no haber sido secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal o local, gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, durante el año previo a su nombramiento; *h)* en la Comisión Federal de Competencia Económica, no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas que hayan estado sujetas a alguno de los procedimientos sancionatorios que sustancia el citado órgano; *i)* en el Instituto Federal de Telecomunicaciones no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas de los concesionarios comerciales o privados o de las entidades a ellos relacionadas, sujetas a la regulación del Instituto.

Los comisionados duran en su encargo nueve años y no pueden ser reelectos; en caso de falta absoluta de algún comisionado, se procede a la designación correspondiente a través del procedimiento constitucional, para que el sustituto concluya el periodo respectivo.

Los aspirantes a comisionados deben acreditar el cumplimiento de los requisitos constitucionales ante un Comité de Evaluación, integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, que sesionará cada que exista una vacante de comisionado; decide por mayoría de votos y lo preside el titular de la entidad con mayor antigüedad en el cargo, quien tiene voto de calidad.

Ese Comité debe emitir una convocatoria pública para cubrir la vacante, verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y aplicar un examen de conocimientos, observando los principios de transparencia, publicidad y máxima concurrencia. Para formular el examen, se debe considerar la opinión de cuando menos dos instituciones de educación superior y seguir las mejores prácticas en la materia.

El Comité de Evaluación, por cada vacante, enviará al Ejecutivo una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes, que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas. En caso de no completarse el número mínimo de aspirantes, se emitirá una nueva convocatoria. El Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes al candidato que propondrá para su ratificación al Senado. La ratificación

se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la presentación de la propuesta; en los recesos, la Comisión Permanente convocará, desde luego, al Senado. En caso de que la Cámara de Senadores rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, el presidente de la República someterá una nueva propuesta, en los términos del párrafo anterior. Este procedimiento se repetirá las veces que sea necesario si se producen nuevos rechazos hasta que solamente quede un aspirante aprobado por el Comité de Evaluación, quien será designado comisionado directamente por el Ejecutivo.

Todos los actos del proceso de selección y designación de los comisionados son inatocables. Además, se les prohíbe desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, a excepción de los cargos docentes; tienen impedimento para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto, y están sujetos al régimen de responsabilidades constitucionales. También se debe regular legalmente las modalidades para que los comisionados establezcan contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados.

j) *Fideicomiso Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo*. El artículo 28 también prescribe que el Estado cuenta con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, su fiduciario es el banco central y su objeto es recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, a excepción de los impuestos.

La exégesis de este apartado exige el análisis de los veintiún artículos transitorios del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 2013; sin embargo, esta labor se realiza mejor al estudiar los artículos 25 y 27 constitucionales.

k) *Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía*. También se establece en el artículo 28 que el Poder Ejecutivo cuenta con dos órganos reguladores coordinados en materia energética: la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley, cuyo análisis también exige revisar los veintiún transitorios del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 2013.

Desarrollo legislativo

En materia de monopolios y sus excepciones. En esta materia existen diversas normas que regulan las cuestiones vinculadas con los monopolios y sus excepciones. Por razones de espacio, la enumeración que mencionamos pretende ser ejemplificativa y no

enumerativa, por lo que el lector deberá acudir a las fuentes doctrinales y legislativas para obtener información más exhaustiva en la materia.

El desarrollo legislativo del artículo 28 de la Constitución de 1917 tiene antecedentes que se remontan al siglo XIX. En efecto, uno de los primeros antecedentes legislativos es la Ley de Patentes de Invención o Perfeccionamiento de 7 de junio de 1890, emitida durante el gobierno de Porfirio Díaz, en la que se regulaba el artículo 28 de la Constitución de 1857, otorgando a los inventores o perfeccionadores de alguna industria o arte, o de objetos destinados a ellas, la explotación exclusiva.

Posteriormente, se regularon en alguna forma al artículo 28 de la Constitución federal: la Ley de 18 de agosto de 1931, la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1934 y sus reformas,⁸⁰ la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1950 y sus reformas; la Ley de Industrias de Transformación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de mayo de 1941, y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 1937.

Cabe mencionar que, por razones de espacio, omitiremos dos normas que, aunque no regulan directamente las materias que nos ocupan, establecen la estructura y el funcionamiento de algunas de ellas. Hablamos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, cuyo desarrollo debe hacerse al estudiar el artículo 90 constitucional.

Ley Federal de Competencia Económica. Otra norma importante que reglamenta el párrafo primero del artículo 28 constitucional es la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014, que abroga a la ley del 24 de diciembre de 1992 y está vigente a partir del 7 julio de 2014. De su artículo 1° se desprende que la ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de libre competencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones; es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República.

Además, como lo previene su artículo 2°, su objeto es promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Contiene un artículo de definiciones, el 3°, entre las que destacan: agente económico, autoridad investigadora, barreras a la competencia y la libre competencia, y disposiciones regulatorias. En su artículo 4° sujeta a sus disposiciones a todos los agentes económicos; su artículo 5° destaca que el Instituto Federal de Telecomunica-

⁸⁰Véase Ruperto Patiño Manferrer, “Comentario al artículo 28 constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, op. cit., p. 23.

ciones es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radio-difusión y telecomunicaciones. En su artículo 10 establece la naturaleza jurídica de la Comisión Federal de Competencia Económica como órgano autónomo. En el artículo 12 establece sus “atribuciones”. En su Libro Segundo establece las “conductas anti-competitivas”, el artículo 52 prescribe que:

Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.

En términos del artículo 53, las prácticas monopólicas absolutas son los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- b) Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, e
- e) Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

En cambio, las prácticas absolutas relativas son cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

- a) Encadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;
- b) Lleve a cabo uno o más agentes económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y
- c) Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos.

Además, aborda temas como la prevención y la eliminación de las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica; la determinación del mercado relevante; la determinación de poder sustancial en el mismo, las condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante y otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia; la existencia de insumo esencial; las concentraciones, a las que define en el artículo 61 como: “la fusión, ad-

quisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”.

Además, en el Libro Tercero “De los procedimientos”, artículos 66 y siguientes, regula los procedimientos de investigación; seguidos en forma de juicios, notificación de concentraciones, especiales, y las reglas especiales aplicables a los procedimientos. También contiene normas relacionadas con la información, las medidas de apremio y sanciones, reparación, prescripción y medidas cautelares.

Propiedad intelectual. La Ley de la Propiedad Industrial, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de junio de 1991, vigente a partir del 28 de junio de 1991, en términos de su artículo 1° establece que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales de los que México sea parte. Además, en el artículo 6°, crea una autoridad administrativa para su aplicación: el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Como lo previene su artículo 2°, la ley tiene por objeto:

- I. Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos;
- II. Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos;
- III. Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores;
- IV. Favorecer la creatividad para el diseño y la presentación de productos nuevos y útiles;
- V. Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales,
- VI. Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos, y
- VII. Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

El artículo 3° establece una serie de definiciones, de las cuales, la más importante es la de “Tratados Internacionales”, a los que se describe como “los celebrados por México de conformidad con la Ley Sobre la Celebración de Tratados”. Para nuestra exposición es trascendente el contenido del artículo 9°, que señala: “La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamento”. Precepto que se debe vincular con el artículo 10, que señala: “El derecho a que se refiere el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones y de registros por lo que hace a los modelos de utilidad y diseños industriales”.

Por su parte, el artículo 10 bis establece que el derecho a obtener una patente o un registro pertenecerá al inventor o diseñador, según el caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley. Si la invención, modelo de utilidad o diseño industrial hubiese sido realizado por dos o más personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente o el registro les pertenecerá a todos en común. Además, si varias personas hicieran la misma invención o modelo de utilidad independientemente unas de otras, tendrá mejor derecho a obtener la patente o el registro aquella que primero presente la solicitud respectiva o que reivindique la prioridad de fecha más antigua, siempre que la solicitud no sea abandonada ni denegada.

Por su parte, el mismo artículo 10 bis, párrafo final, establece el carácter patrimonial de los derechos vinculados con la propiedad industrial, al determinar que: “El derecho a obtener una patente o un registro podrá ser transferido por actos entre vivos o por vía sucesoria”.

El artículo 12 contiene una serie de definiciones, entre las que destacan:

- a) Nuevo, que se refiere a todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica;
- b) Estado de la técnica, entendido como el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero;
- c) Actividad inventiva, que consiste en el proceso creativo cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para un técnico en la materia.

El artículo 13 es de importancia en la materia, puesto que en él se establece que se presume inventor a la persona o personas físicas que se ostenten como tales en la solicitud de patente o de registro. El inventor o inventores tienen derecho a ser mencionados en el título correspondiente u oponerse a esta mención. Es evidente que la presunción que contiene este precepto es legal, sin embargo, admite prueba en contrario, es decir, si alguien estima tener mejor derecho que la persona que promueve la solicitud de patente o registro, deberá deducir sus derechos ante las instancias competentes.

Cabe destacar que los inventos de los trabajadores tienen un tratamiento diverso, puesto que, como lo previene el artículo 14, a las invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales realizados por personas que estén sujetas a una relación de trabajo, les será aplicable lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley Federal del Trabajo. Por su parte, el artículo 163 de la Ley Federal del Trabajo señala que:

La atribución de los derechos al nombre y a la propiedad y explotación de las invenciones realizadas en la empresa, se regirá por las normas siguientes:

- I. El inventor tendrá derecho a que su nombre figure como autor de la invención;
- II. Cuando el trabajador se dedique a trabajos de investigación o de perfeccionamiento de los procedimientos utilizados en la empresa, por cuenta de ésta la propiedad de la invención y el derecho a la explotación de la patente corresponderán al patrón. El inventor, independientemente del salario que hubiese percibido, tendrá derecho a una compensación complementaria, que se fijará por convenio de las partes o por la Junta de Conciliación y Arbitraje cuando la importancia de la invención y los beneficios que puedan reportar al patrón no guarden proporción con el salario percibido por el inventor; y

III. En cualquier otro caso, la propiedad de la invención corresponderá a la persona o personas que la realizaron, pero el patrón tendrá un derecho preferente, en igualdad de circunstancias, al uso exclusivo o a la adquisición de la invención y de las correspondientes patentes.

Otra ley trascendente en nuestro estudio es la Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1996, y en vigor a partir del 24 de marzo de 1997. En su artículo 1° establece que es reglamentaria del artículo 28 constitucional; su objeto es la salvaguarda y la promoción del acervo cultural de la nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

En su artículo 2° señala que sus disposiciones son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, y que su aplicación administrativa corresponde al Ejecutivo federal por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor o por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, según sea el caso. En el artículo 3° estatuye que las obras protegidas son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio. Complementa esta norma el contenido del artículo 4°, que contiene un catálogo de las obras que pueden ser objeto de protección, y las clasifica:

A. Según su autor:

I. Conocido: Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor;

II. Anónimas: Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación, y

III. Seudónimas: Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor.

B. Según su comunicación:

I. Divulgadas: Las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma;

II. Inéditas: Las no divulgadas, y

III. Publicadas, entre las que se encuentran:

a) Las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra, y

b) Las que han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares.

C. Según su origen:

I. Primigenias: Las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad, y

II. Derivadas: Aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia.

D. Según los creadores que intervienen:

I. Individuales: Las que han sido creadas por una sola persona;

II. De colaboración: Las que han sido creadas por varios autores, y

III. Colectivas: Las creadas por la iniciativa de una persona física o moral que las publica y divulga bajo su dirección y su nombre y en las cuales la contribución personal de los diversos autores que han participado en su elaboración se funde en el conjunto con vistas al cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de ellos un derecho distinto e indiviso sobre el conjunto realizado.

En el artículo 5° se establece que la protección legal se “concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión”. El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro, ni documento de ninguna especie, ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna. Además, la protección se hace extensiva a los “extranjeros autores o titulares de derechos y sus causahabientes gozarán de los mismos derechos que los nacionales, en los términos de la presente Ley y de los tratados internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México” (artículo 7°):

Artículo 8°. Los artistas intérpretes o ejecutantes, los editores, los productores de fonogramas o videogramas y los organismos de radiodifusión que hayan realizado fuera del territorio nacional, respectivamente, la primera fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, la primera fijación de los sonidos de estas ejecuciones o de las imágenes de sus videogramas o la comunicación de sus emisiones gozarán de la protección que otorgan la presente Ley y los tratados internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.

En materia de derecho de autor, los plazos establecidos para determinar la protección de la obra que otorga la ley se computarán a partir del 1 de enero del año siguiente al respectivo en que se hubiera realizado el hecho utilizado para iniciar el cómputo, salvo que este propio ordenamiento establezca una disposición en contrario (art. 9°). Además, en términos del artículo 10, se aplica supletoriamente la legislación mercantil, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. El artículo 11 es importante, pues en él se define que:

El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

Vinculado con el precepto anterior, en el artículo 12 se establece que autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística. Por su parte, el artículo 13 delimita a los derechos de autor a través de las ramas creativas que confluyen en la generación de las obras, entre las que se encuentran:

- I. Literaria;
- II. Musical, con o sin letra;
- III. Dramática;
- IV. Danza;
- V. Pictórica o de dibujo;
- VI. Escultórica y de carácter plástico;
- VII. Caricatura e historieta;
- VIII. Arquitectónica;
- IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales;
- X. Programas de radio y televisión;
- XI. Programas de cómputo;
- XII. Fotográfica;
- XIII. Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y
- XIV. De compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual. Y las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza.

Ley de la Casa de Moneda. También, atendiendo al hecho de que la acuñación de monedas y emisión de billetes son excepciones a la prohibición de monopolios, conviene citar la Ley de la Casa de Moneda de México, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1986, en vigor a partir del 21 de enero de 1986. En su artículo 1° establece que la acuñación de moneda es una función que ejerce de manera exclusiva el Estado en los términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las leyes y decretos del Congreso de la Unión, conforme a las políticas y lineamientos establecidos por el Ejecutivo federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Como lo previene el artículo 2°, para la acuñación de moneda se crea un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio denominado Casa de Moneda de México. El objeto de la Casa de Moneda está contenido en el artículo 4° y es la acuñación de la moneda de curso legal en el país. En la realización de su objeto, la Casa de Moneda procederá a la troquelación conforme a las características y denominaciones que establezcan los decretos del Congreso de la Unión y a las órdenes de acuñación del Banco de México, en los términos de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de este último. Este precepto se complementa con el contenido del artículo 5°, que señala las actividades adicionales que debe realizar la Casa de Moneda de México. La ley se debe vincular con la Ley del Banco de México y su reglamento, y la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, y las

facultades que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal asigna a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Ley General de Sociedades Cooperativas. Esta ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1994, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1994. Como lo señala su artículo 1º, tiene por objeto regular la organización y el funcionamiento de las sociedades cooperativas. Sus disposiciones son de interés social y de observancia general en el territorio nacional. En el artículo 2º define la sociedad cooperativa como una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes, en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Los principios que rigen el funcionamiento de las sociedades cooperativas son, según el artículo 6º:

- I. Libertad de asociación y retiro voluntario de los socios;
- II. Administración democrática;
- III. Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara;
- IV. Distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios;
- V. Fomento de la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria;
- VI. Participación en la integración cooperativa;
- VII. Respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa, y
- VIII. Promoción de la cultura ecológica.

Para su constitución, como lo establece el artículo 11, se requiere:

- I. Se reconoce un voto por socio, independientemente de sus aportaciones;
- II. Serán de capital variable;
- III. Habrá igualdad esencial en derechos y obligaciones de sus socios e igualdad de condiciones para las mujeres;
- IV. Tendrán duración indefinida, y
- V. Se integrarán con un mínimo de cinco Socios, excepto aquellas a que se refiere el artículo 33 Bis de la Ley.

Como lo señala el artículo 14, las sociedades cooperativas podrán adoptar el régimen de responsabilidad limitada o suplementada de los socios; existe el primero cuando los socios solamente se obliguen al pago de los certificados de aportación que hubieren suscrito; la segunda, cuando los socios respondan a prorrata por las operaciones sociales, hasta por la cantidad determinada en el acta constitutiva.

Marco regulatorio de la industria petrolera. A partir de la reforma energética del 20 de diciembre de 2013 se incrementó el número de leyes aplicables a esta actividad; mencionaremos algunas de ellas y, por razones de espacio, únicamente destacaremos

el contenido de las más importantes. Así, en este campo se aplican las leyes Orgánica de la Administración Pública Federal, Federal de las Entidades Paraestatales, Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, General de Bienes Nacionales, de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Federal de Procedimiento Administrativo, Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Federal sobre Metrología y Normalización, Federal de Derechos, General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos, de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2016, Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, del Impuesto a los Depósitos en Efectivo, el Código Penal Federal, Código Fiscal de la Federación, las leyes de Expropiación, de Navegación y Comercio Marítimos, de Asociaciones Público Privadas, Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, Federal de Responsabilidad Ambiental, de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de Inversión Extranjera y Federal de Archivos.

Específicamente en el ámbito energético, en primer lugar, como es un campo en transición, todavía se aplica la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y las leyes de Petróleos Mexicanos, para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía, de la Comisión Reguladora de Energía, de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, de la Propiedad Industrial, Minera, de Hidrocarburos, de Ingresos sobre Hidrocarburos, de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, Federal de Responsabilidad Ambiental, de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, y Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de noviembre de 1958, entró en vigor a partir del 30 de noviembre de 1958; establece que “Corresponde a la Nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en el territorio nacional, incluida la plataforma continental [...], en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que componen el aceite mineral crudo, lo acompañan o se derivan de él”.

En su artículo 2° señala que solamente la nación podrá llevar a cabo las distintas explotaciones de los hidrocarburos, que constituyen la industria petrolera en los términos del artículo siguiente, y también menciona que con la palabra petróleo comprende a todos los hidrocarburos naturales a que se refiere el artículo primero. Define, en el artículo 3°, a la industria petrolera como aquella que comprende:

- a) La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación;

b) La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración, y

c) La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo y del gas que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos, que a continuación se enumeran:

1. Etano;
2. Propano;
3. Butanos;
4. Pentanos;
5. Hexano;
6. Heptano;
7. Materia prima para negro de humo;
8. Naftas, y
9. Metano, cuando provenga de carburos de hidrógeno, obtenidos de yacimientos ubicados en el territorio nacional y que se utilicen como materia prima en procesos industriales petroquímicos.

El artículo 4° señala que la nación llevará a cabo la exploración y la explotación del petróleo y las demás actividades a que se refiere el artículo 3°, que se consideran estratégicas en los términos del artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por conducto de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios. Sin embargo, existen excepciones, puesto que como lo señala el párrafo segundo del artículo 4°:

Salvo lo dispuesto en el artículo 3°, el transporte, el almacenamiento y la distribución de gas podrán ser llevados a cabo, previo permiso, por los sectores social y privado, los que podrán construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos, en los términos de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de regulación que se expidan. El transporte, el almacenamiento y la distribución de gas metano, queda incluida en las actividades y con el régimen a que se refiere el párrafo anterior. Cuando en la elaboración de productos petroquímicos distintos a los básicos enumerados en la fracción III del artículo 3° de esta Ley se obtengan, como subproductos, petrolíferos o petroquímicos básicos, éstos podrán ser aprovechados en el proceso productivo dentro de las plantas de una misma unidad o complejo, o bien ser entregados a Petróleos Mexicanos o a sus organismos subsidiarios, bajo contrato y en los términos de las disposiciones administrativas que la Secretaría de Energía expida. Las empresas que se encuentren en el supuesto a que se refiere el párrafo anterior tendrán la obligación de dar aviso a la Secretaría de Energía, la cual tendrá la facultad de verificar el cumplimiento de las citadas disposiciones administrativas y, en su caso, imponer las sanciones a que se refiere el artículo 15 de esta Ley.

En el artículo 5° se establece la figura administrativa de la asignación de terrenos para los fines de exploración y explotación petroleras. Y en el artículo 6° se permite a Petróleos Mexicanos celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y

de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiera. Las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan serán siempre en efectivo y en ningún caso concederán por los servicios que se presten o las obras que se ejecuten porcentajes en los productos, ni participación en los resultados de las explotaciones. Caber destacar que en mi opinión estos contratos son los que se vinculan con las leyes de obras, adquisiciones, arrendamientos y servicios.

Ley de Petróleos Mexicanos. Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2014; de manera extraña, en su artículo 1º, destaca su carácter de “Reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto de la Constitución y del Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013”. Ese mismo precepto prescribe que su objetivo es regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado, Petróleos Mexicanos, así como establecer su régimen especial en materia de:

- I. Empresas productivas subsidiarias y empresas filiales;
- II. Remuneraciones;
- III. Adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras;
- IV. Bienes;
- V. Responsabilidades;
- VI. Dividendo Estatal;
- VII. Presupuesto, y
- VIII. Deuda.

El artículo 2º define a Petróleos Mexicanos como una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión. En el artículo 4º se establece que tiene como fin el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado mexicano como su propietario, así como actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental; asimismo, debe procurar el mejoramiento de la productividad para maximizar la renta petrolera del Estado y contribuir con ello al desarrollo nacional.

En la ley se destacan temas como gobierno corporativo, de administración, responsabilidad y remoción de los consejeros, los comités, las funciones de la dirección general, vigilancia y auditoría, las empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, remuneraciones “especiales” al personal, adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras, integridad en las contrataciones, bienes, responsabilidades, “dividendo estatal”, presupuesto, deuda, transparencia y rendición de cuentas, controversias, medios alternativos y utilidades.

Ley de Hidrocarburos. Esta norma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014. Según su artículo 1º, reglamenta los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo, y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de hidrocarburos. Afirma que: “Corresponde a la Nación la propiedad directa, inalienable e imprescriptible de todos los Hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del territorio nacional, incluyendo la plataforma continental y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico”.

En términos de su artículo 2º, su objeto es regular determinadas actividades en territorio nacional, a saber:

- I. El Reconocimiento y Exploración Superficial, y la Exploración y Extracción de Hidrocarburos;
- II. El Tratamiento, refinación, enajenación, comercialización, Transporte y Almacenamiento del Petróleo;
- III. El procesamiento, compresión, licuefacción, descompresión y regasificación, así como el Transporte, Almacenamiento, Distribución, comercialización y Expendio al Público de Gas Natural;
- IV. El Transporte, Almacenamiento, Distribución, comercialización y Expendio al Público de Petrolíferos, y
- V. El Transporte por ducto y el Almacenamiento que se encuentre vinculado a ductos de Petroquímicos.

La norma tiene un apartado de cuarenta definiciones en su artículo 4º; regula las asignaciones, los contratos de exploración y extracción, la información para el reconocimiento, la exploración superficial, y la exploración y extracción de hidrocarburos, las autorizaciones, los permisos, los sistemas integrados, el Centro Nacional de Control de Gas Natural, otras actividades en la industria, las sanciones, la transparencia y el combate a la corrupción, jurisdicción, utilidad pública y procedimientos, impacto social, cobertura social, desarrollo de la industria nacional, seguridad industrial y protección al ambiente y aplicación general de la ley.

Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2014; según su artículo 1º, su objeto es establecer las normas para la constitución y la operación del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, que tiene como fin recibir, administrar, invertir y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y los contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a excepción de los impuestos, en términos de lo dispuesto en el artículo 28 de la propia Constitución y los transitorios decimocuarto y decimoquinto del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

En términos de su artículo 3°, a este fideicomiso no se le aplican las disposiciones que regulan los fideicomisos públicos de la Administración Pública Federal. Su patrimonio se integra, como lo señala su artículo 4°, con: I. Los ingresos derivados de las asignaciones y los contratos a que se refiere el artículo 1 de esta Ley; II. El producto de las inversiones que se deriven de los recursos del Fondo Mexicano del Petróleo, y III. Las donaciones o cualquier tipo de aportación provenientes de cualquier persona física o moral.

Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario. Esta norma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1995 y entró en vigor el 13 de mayo de 1995; como lo señala su artículo 1°, es de orden público y de observancia en todo el país; su objetivo es regular la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de las vías férreas cuando sean vías generales de comunicación, el servicio público de transporte ferroviario que en ellas opera y los servicios auxiliares. Cabe señalar que el servicio ferroviario se define como una actividad económica prioritaria y corresponde al Estado ser rector de su desarrollo. Por lo que el Estado está obligado a proteger la seguridad y la soberanía de la nación y a promover el desarrollo del servicio ferroviario en condiciones que garanticen la libre competencia entre los diferentes modos de transporte.

La norma contiene, además, las disposiciones relacionadas con la Agencia Reguladora del Transporte Ferroviario. Como órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes regula también el derecho de vía el Fondo Nacional de Seguridad para Cruces Viales Ferroviarios; destacan los casos en los que las vías férreas se consideran vías generales de comunicación; por último, contiene prescripciones asociadas a las concesiones y los permisos, la construcción, la conservación, el mantenimiento y la operación de las vías férreas, el servicio público de transporte ferroviario, las responsabilidades, la requisa, la verificación y las sanciones aplicables en la materia.

Ley Federal de Protección al Consumidor. Esta ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992: en vigor a partir del 25 de diciembre de 1992, norma que reglamenta el artículo 28 constitucional, cuyo objeto es promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Y entre los principios básicos de las relaciones de consumo, en términos de su artículo 1°, fracción VII, se encuentra el de la protección al consumidor de la publicidad engañosa y abusiva, los métodos comerciales coercitivos y desleales, las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios. Circunstancia que se refrenda en su artículo 10.

En su artículo 20, prescribe que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio, le asigna funciones de autoridad administrativa, y le encomienda promover y proteger los derechos e intereses del consumidor, así como procurar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. También regula la información y publicidad, las promociones y ofertas, las ventas a domicilio, los

servicios, las operaciones a crédito, las operaciones con inmuebles, los derechos de consumidores en transacciones electrónicas o uso de tecnología, las garantías, los contratos de adhesión, incumplimiento, vigilancia y verificación, los procedimientos: conciliatorio, arbitral y por violaciones a la ley, las sanciones y los recursos administrativos.

Ley del Banco de México. En materia de regulación del Banco Central contamos con la Ley del Banco de México, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de diciembre de 1993, en vigor a partir del 1 de abril de 1994, que señala su artículo 1°:

El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En su artículo 2° se establece que la finalidad del Banco de México es proveer a la economía del país de moneda nacional y para su consecución tendrá como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. Serán también finalidades del Banco promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos. En términos del artículo 3°, las funciones del Banco de México son:

- I. Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos;
- II. Operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia;
- III. Prestar servicios de tesorería al Gobierno Federal y actuar como agente financiero del mismo;
- IV. Fungir como asesor del Gobierno Federal en materia económica y, particularmente, financiera;
- V. Participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional o que agrupen a bancos centrales, y
- VI. Operar con los organismos a que se refiere la fracción V anterior, con bancos centrales y con otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

En términos del artículo 4°, corresponderá privativamente al Banco de México emitir billetes y ordenar la acuñación de moneda metálica, así como poner ambos signos en circulación a través de las operaciones que esta Ley le autoriza realizar. Según el artículo 7°, el Banco de México puede ejecutar estas actividades:

- I. Operar con valores;
- II. Otorgar crédito al Gobierno Federal, a las instituciones de crédito, así como al organismo descentralizado denominado Instituto para la Protección al Ahorro Bancario;
- III. Otorgar crédito a las personas a que se refiere la fracción VI del artículo 3°;

- IV. Constituir depósitos en instituciones de crédito o depositarias de valores, del país o del extranjero;
- V. Adquirir valores emitidos por organismos financieros internacionales o personas morales domiciliadas en el exterior, de los previstos en la fracción II del artículo 20;
- VI. Emitir bonos de regulación monetaria;
- VII. Recibir depósitos bancarios de dinero del Gobierno Federal, de entidades financieras del país y del exterior, de fideicomisos públicos de fomento económico y de los referidos en la fracción XI siguiente, de instituciones para el depósito de valores, así como de entidades de la administración pública federal cuando las leyes así lo dispongan;
- VIII. Recibir depósitos bancarios de dinero de las personas a que se refiere la fracción VI del artículo 3°;
- IX. Obtener créditos de las personas a que se refiere la fracción VI del artículo 3° y de entidades financieras del exterior, exclusivamente con propósitos de regulación cambiaria;
- X. Efectuar operaciones con divisas, oro y plata, incluyendo reportes;
- XI. Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo, y
- XII. Recibir depósitos de títulos o valores, en custodia o en administración, de las personas señaladas en las fracciones VII y VIII anteriores. También podrá recibir depósitos de otros efectos del Gobierno Federal. Además, como a toda autoridad, se le obliga a realizar sólo los actos previstos en la ley o sus conexos.

Otra norma importante es el artículo 9°, en el que se prescribe que:

El Banco de México no deberá prestar valores al Gobierno Federal ni adquirirlos de éste, excepto cuando se trate de adquisiciones de valores a cargo del propio Gobierno y se cumpla una de las dos condiciones siguientes:

- I. Las adquisiciones que queden correspondidas con depósitos en efectivo no retirables antes del vencimiento, que dicho Gobierno constituya en el Banco con el producto de la colocación de los valores referidos, cuyos montos, plazos y rendimientos sean iguales a los de los valores objeto de la operación respectiva; o bien,
- II. Las adquisiciones correspondan a posturas presentadas por el Banco en las subastas primarias de dichos valores. Estas adquisiciones en ningún caso deberán ser por monto mayor al de los títulos a cargo del propio Gobierno propiedad del Banco que venzan el día de colocación de los valores objeto de la subasta.

Lo que vinculado con el artículo 11 crea las bases de los préstamos del banco central al gobierno y permite, por un lado, evitar las tentaciones autoritarias de poner a trabajar la “maquinita de hacer dinero” y, por el otro, las crisis inflacionarias provocadas por exceso de circulante en la economía de nuestro país. Para concluir con la Ley del Banco de México debemos mencionar que, como lo señala el artículo 10, tiene la función privativa de agente del gobierno federal para la emisión, colocación, compra y venta de valores representativos de la deuda interna del citado gobierno y, en general, para el servicio de dicha deuda. Además, esta ley se debe vincular con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1931 y la Ley de la Casa de Moneda ya mencionada.

Desarrollo jurisprudencial

Como aclaración previa, debemos destacar que en nuestro régimen legal la doctrina considera a la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho. En materia de interpretación de las normas jurídicas, la doctrina juega un papel preponderante, puesto que constituye las decisiones que los órganos facultados —el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito— han adoptado al interpretar la ley. También es importante mencionar que actualmente se está desarrollando la décima época de la jurisprudencia, y en materias como las telecomunicaciones los criterios de los tribunales facultados se encuentran en formación.

Por lo anterior, atendiendo al amplio contenido del precepto y a la complejidad de las materias reguladas, no agotaremos la jurisprudencia relacionada con los temas que aborda el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este apartado pretende ser ejemplificativo del impacto de los criterios de los tribunales en la aplicación de normas. En una tesis de la novena época, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que:

El artículo 28 de la Ley Fundamental establece que en los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas y los estancos, los cuales constituyen, respectivamente, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas, en perjuicio del público en general o de alguna clase social.⁸¹

Como se advierte, la definición de monopolio que da esta tesis de jurisprudencia incorpora las notas distintivas de esa situación del mercado, como son el acaparamiento en unas pocas manos, además, establece la finalidad de ese acaparamiento: obtener el alza de precios. Las prácticas monopólicas las vincula con los procedimientos para evitar la libre competencia o competencia entre los proveedores de bienes, siempre que obliguen a pagar precios exagerados (con lo que se hace eco de la tesis del *dolus bonus*, puesto que, *a contrario sensu*, si no se obliga al consumidor a pagar precios “exagerados”, pueden existir prácticas monopólicas); y, por último, a los estancos que, según la tesis, consisten en una ventaja exclusiva indebida a favor de una persona o

⁸¹ Organizaciones y actividades auxiliares del crédito. El artículo 81-a de la Ley General relativa, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el primero de junio de dos mil uno, no origina el establecimiento de monopolios, estancos ni de prácticas monopólicas prohibidos por el artículo 28 de la Constitución federal. Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, noviembre de 2002, tesis: 2a. CXLVI/2002, p. 452.

varias personas determinadas, lo que soslaya la idea de embargo que también está presente en la palabra “estanco”.

En una tesis de la Quinta Época se sostiene que: “por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera”.⁸² Lo que es más cercano a la definición de monopolio. En otra tesis, se asienta que:

Para que exista monopolio no es necesario que se trate de concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario, pues puede existir mediante todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público.⁸³

Definición que se identifica más con las llamadas prácticas monopólicas. En otra tesis de la Primera Sala señala que:

Los artículos 25 y 28 de la Carta Magna establecen, en esencia, la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, que se cumple, en los términos previstos en los propios preceptos constitucionales, mediante diversas acciones en que el Estado alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas y prohíbe los monopolios, esto es, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; pero en este señalado aspecto de dirección estatal no conceden garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en vía de amparo.⁸⁴

Con este criterio la Corte rompe con el sentido rígido que algunos teóricos de la ciencia jurídica habían establecido para señalar que en la Constitución existía una parte orgánica y otra dogmática; en nuestro constitucionalismo se creía que los primeros 29 artículos consagraban garantías individuales y los restantes constituían la llamada parte orgánica de la Constitución. En esta tesis, la Suprema Corte señala con claridad que a pesar del contenido de los artículos 25 y 28 de la Constitución, éstos no constituyen garantías individuales, por lo que su contenido debería analizarse a la luz de los llamados derechos difusos, en lo que, en ciertos casos y bajo determinadas cir-

⁸²Monopolios. Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Apéndice 2000*, tomo I, Const., P.R. SCJN, tesis: 1914, p. 1317.

⁸³Monopolios, naturaleza de los. Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: *Apéndice 2000*, tomo I, Const., P.R. SCJN, tesis: 1917, p. 1320.

⁸⁴Rectoría económica del Estado en el desarrollo nacional. Los artículos 25 y 28 constitucionales que establecen los principios relativos, no otorgan derechos a los gobernados, tutelables a través del juicio de amparo, para obligar a las autoridades a adoptar determinadas medidas. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis: P. CXIV/2000, p. 149.

cunstancias, existen derechos colectivos sin titular, lo que no los invalida porque cuentan con protección legal.

Ahora bien, de las tesis mencionadas podemos concluir que la libertad de comercio es absoluta en nuestra Constitución; de la lectura del párrafo tercero del artículo 28 advertimos que no es así, en una tesis de la Séptima Época se establece que:

La libertad de comercio contenida en el artículo 4° de la Constitución y la prohibición de monopolios, relacionada con ésta, comprendida en el artículo 28, tienen por objeto regular el comercio en función de la sociedad en que se practica, para beneficio de toda la colectividad, y no únicamente de los comerciantes en perjuicio de aquélla. De esta manera, nuestra Máxima Ley entiende la libertad de comercio en función de la sociedad, pues autoriza que se limite en beneficio de la colectividad, y así, cuando ésta se pueda perjudicar con su uso indebido, la misma debe restringirse hasta que cese el perjuicio, y la restricción puede realizarse no únicamente prohibiendo monopolios, sino de cualquier forma.⁸⁵

De lo que se advierte que la jurisprudencia se ha ocupado de estudiar la naturaleza jurídica del monopolio y de interpretar el contenido del artículo 28 en esa materia. En la controversia 117/2014 promovida por el Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores, resuelta el 7 de mayo de 2015, derivó la jurisprudencia P/J. 46/2015 (10A.), en la que se destacó:

De la exposición de las razones del Constituyente Permanente en relación con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013, se observa que el modelo constitucional adopta en su artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes —de los órganos políticos y de los entes regulados— para depositar en éstas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas. Este modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ahora, la idea básica del Estado Regulador, busca preservar el principio de división de poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional; de ahí que a estos órganos se les otorguen funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas, propias del Congreso de la Unión, y de las reglamentarias, concedidas al Ejecutivo a través del artículo 89, fracción I, constitucional. Este diseño descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las

⁸⁵Comercio, libertad de. La Constitución autoriza su restricción en beneficio de la colectividad. Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Apéndice 2000*, tomo I, Const., P.R. SCJN, tesis: 648, p. 460.

cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. Pues bien, al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos.⁸⁶

En esta jurisprudencia se destaca el impacto del modelo económico vigente en el país. Se destaca la idea de “Estado regulador”, similar a la de “Estado gendarme o policía”, la “sociedad postindustrial” y el funcionamiento de “mercados complejos”, para intentar conciliar dos instituciones liberales: el “mercado” con “todo el catálogo de derechos humanos”, a través de “órganos autónomos” que tienen competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional. En otra jurisprudencia derivada de la controversia constitucional 117/2014, la P./J. 44/2015 (10A.), el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación destacó:

Del listado de facultades previstas en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el IFT no tiene asignada una función jurídica preponderante, sino que conjunta las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación, siendo la primera la que corresponde propiamente a su función regulatoria, respecto de la cual en la norma constitucional hay referencia textual a dos tipos: 1) internas; y, 2) externas. Ahora bien, el precepto indicado, en su párrafo vigésimo, fracción III, establece que aquél emitirá su propio estatuto orgánico, esto es, producirá regulación interna; por su parte, la fracción IV del párrafo y artículo aludidos establece que podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, es decir, expedirá regulación externa. Ahora bien, estas normas regulatorias tienen un límite material, por el cual sólo puede emitir normas generales en el ámbito de competencias en el que tiene poderes regulatorios, ya que la norma constitucional establece: “exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia”; por tanto, para determinar cuál es su sector de competencia es necesario precisar el criterio rector de su ámbito material de actuación, lo que prevén los párrafos décimo quinto y décimo sexto del artículo 28 mencionado en tres rubros: a) El desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones; b) La regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución;

⁸⁶Época: Décima Época, registro: 2010881, Instancia: Pleno, tipo de tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, enero de 2016, tomo I, materia(s): Constitucional, tesis: P./J. 46/2015 (10A.), p. 339, rubro: Estado regulador. El modelo constitucional lo adopta al crear a órganos autónomos en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

y, c) En materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Por otra parte, sus facultades regulatorias tienen un límite jerárquico, pues el artículo 28 citado precisa que las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir dentro del sistema de fuentes jurídicas se encuentran por debajo de la Constitución y, en un peldaño inferior, también debajo de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión. Así, el órgano referido tiene la facultad constitucional de emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, constituyendo sus disposiciones generales una fuente jurídica jerárquicamente inferior a las leyes emitidas por el Congreso con fundamento en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Federal, a cuyos términos debe ajustarse dicho órgano constitucional autónomo, en términos del invocado artículo 28.⁸⁷

En este criterio se destaca que los “órganos autónomos constitucionales”, en particular el IFT, cuenta con facultades “de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación”, que la primera corresponde a su “función regulatoria”, lo que le permite “emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia”. En esta jurisprudencia se advierte la recepción en el derecho mexicano de la agencia regulatoria estadounidense.

En otro criterio de jurisprudencia, el PC.XXXIII.CRT J/2 A (10A.), el Pleno de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, al resolver la Contradicción de tesis 1/2014, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Tercero, Quinto y Décimo Quinto, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, el 24 de noviembre de 2014, afirmó:

Conforme al artículo séptimo transitorio, párrafo segundo, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Telecomunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la integración del Instituto Federal de Telecomunicaciones, deben continuar su trámite ante este órgano en términos de la legislación aplicable al momento de su inicio y, que las resoluciones que recaigan en tales procedimientos, sólo pueden ser impugnadas, mediante juicio de amparo indirecto. De ahí que si el acto impugnado consiste en una resolución emitida y notificada por la extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones con anterioridad a la publicación del decreto mencionado el órgano jurisdiccional legalmente competente para conocer y resolver el juicio relativo será la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; porque no se surten los supuestos de la reforma constitucional de referencia, en tanto que dicha resolución fue emitida con anterioridad a la integración

⁸⁷Época: Décima Época, registro: 2010670, Instancia: Pleno, tipo de tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 25, diciembre de 2015, tomo I, materia(s): Constitucional, tesis: P./J. 44/2015 (10A.), p. 36, rubro: Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Caracterización constitucional de sus facultades regulatorias.

formal del Instituto Federal de Telecomunicaciones, además, porque la procedencia del juicio biinstancial está supeditada a que la resolución emane de dicho Instituto, es decir, la procedencia sólo se encuentra prevista respecto de resoluciones que recaigan a los procedimientos seguidos ante éste.⁸⁸

En lo que se refiere al contenido de las concesiones en materia de telecomunicaciones, en una tesis aislada, la I.10.A.E.143 A (10A.), se destacó:

Conforme a los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las funciones que el Estado realice en las áreas prioritarias, implican que ejerza su rectoría, protegiendo la seguridad y la soberanía nacionales. Correlativamente, la Ley Federal de Telecomunicaciones abrogada (artículos 41 a 51) impone distintas y variadas modalidades a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, a efecto de promover el desarrollo y funcionalidad del sector, incentivando la interconexión y la competencia entre concesionarios, a efecto de favorecer a los usuarios. En ese sentido, al otorgar el Estado una concesión, no constituye un derecho de propiedad sobre el servicio concesionado y la gestión o explotación de cualquier red pública de telecomunicaciones queda sujeta a modalidades dinámicas de acuerdo a circunstancias cambiantes. Por tanto, el titular de una concesión no puede aducir violación alguna al derecho de propiedad, previsto en el artículo 27 constitucional, cuando el órgano regulador en la materia cambie las condiciones de uso de la red, por ejemplo, con el Plan Técnico Fundamental de Interconexión e Interoperabilidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2009, porque no goza de algún dominio constituido sobre el servicio público, ni a que prevalezcan ciertas maneras de ejercicio, al establecerse en el propio título y en las leyes aplicables que la concesión está sujeta a las modificaciones que el orden jurídico disponga y a las condiciones conforme a las cuales el servicio público debe prestarse; de ahí que un concesionario no puede pretender que para modificar las estipulaciones consignadas en su título de concesión, deba seguirse un procedimiento de expropiación e indemnizarsele, como sucede con los bienes, propios de cualquier sujeto privado.⁸⁹

Así, esta interpretación destaca que la concesión no constituye un derecho de propiedad sobre el servicio concesionado, por lo que la gestión o explotación de cualquier red pública de telecomunicaciones queda sujeta a modalidades dinámicas de acuerdo con circunstancias cambiantes. Lo anterior parece correcto si se trata de “redes” del dominio público, sin embargo, cabría cuestionar si en el caso de las concesiones estamos en presencia de una concesión de “servicio público” o de “bienes del

⁸⁸Época: Décima Época, registro: 2008184, Instancia: Plenos de circuito, tipo de tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, enero de 2015, tomo II, materia(s): administrativa, común, tesis: PC. XXXIII.CRT j/2 a (10a.), p. 1143, rubro: Competencia para conocer de los juicios promovidos en contra de resoluciones de la extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones. Corresponde a las salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa si aquéllas fueron emitidas con anterioridad a la integración formal del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

⁸⁹Décima Época, registro: 2011714, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, publicación: viernes 27 de mayo de 2016 10:27 h, materia(s): (constitucional), tesis: I.10.A.E.143 A (10a.), rubro: Concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones. No pueden aducir violación alguna al derecho de propiedad, por el hecho de que el órgano regulador en la materia modifique las estipulaciones consignadas en el título correspondiente (plan técnico fundamental de interconexión e interoperabilidad).

dominio público”, como lo es el espacio radioeléctrico. En otra tesis aislada, la I.10.A.E.144 A (10A.), se menciona:

De acuerdo con el marco regulatorio previsto en los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una concesión en materia de telecomunicaciones, al tener por objeto la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público de la Federación, de vital importancia para el desarrollo económico y social del país, como lo son las redes de comunicación que utilizan bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, su prórroga y/o modificación está sujeta a la política regulatoria y al procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones. Esto es, se trata de decisiones, que si bien obligan a un mayor análisis que el habitual de las autoridades administrativas para conceder o negar una concesión, en tanto consiste en la respuesta que da un ente del Estado y que le exige el examen de otros elementos, como la evaluación del desempeño de la concesionaria, ello no da pauta para considerar que esa contestación deba colmar una fundamentación y motivación con mayores exigencias, sino sólo la necesaria para justificar su decisión, a efecto de que pueda permitirse al justiciable conocer los motivos de ésta y, en su caso, impugnarla por los medios legales correspondientes. Lo anterior se sustenta en que, concierne al Estado la rectoría del desarrollo nacional, para garantizar que éste sea integral y sustentable y que fortalezca el régimen democrático, mediante el fomento del crecimiento económico y una más justa redistribución de la riqueza, de manera que le toca planear, conducir y coordinar la actividad económica nacional y regular las actividades que demanda el interés general. En ese contexto, el uso, explotación y aprovechamiento del espectro radioeléctrico a través del régimen de concesiones, implica que las decisiones de su prórroga o modificación se realicen sujetándose únicamente a la garantía de legalidad, prevista en los artículos 14 y 16 constitucionales, en concordancia con los diversos 19 y 57 de la Ley Federal de Telecomunicaciones abrogada. Considerar lo contrario desconocería las prescripciones consignadas en el citado artículo 25, dirigidas a proteger la economía nacional mediante acciones estatales que deben apearse a los principios y propósitos ahí consignados, por lo cual, pretender una justificación jurídica especial de mayor extensión en las resoluciones de modificación y/o prórroga señaladas, implicaría que la autoridad competente subordinara al interés particular la organización y conducción que debe observar para el desarrollo nacional en las materias de telecomunicaciones y radiodifusión, mediante el establecimiento de un sistema de planeación democrática sólido, dinámico, permanente y equitativo al crecimiento de la economía y la libre competencia en esos ámbitos.⁹⁰

Aquí se destaca, de manera contundente, que la concesión en materia de telecomunicaciones tiene por objeto la explotación, el uso y aprovechamiento de bienes del dominio público de la Federación. También llama la atención que en este criterio se mencione que la prórroga y/o modificación de una concesión está sujeta a la “política regulatoria” y al procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones, porque en opinión del órgano emisor del criterio:

⁹⁰Época: Décima Época, registro: 2011715, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, publicación: viernes 27 de mayo de 2016, 10:27 h, materia(s): (administrativa), tesis: I.10.A.E.144 A (10A.), rubro: Concesiones en materia de telecomunicaciones. Características de la fundamentación y motivación de las resoluciones de su modificación y/o prórroga.

Se trata de decisiones, que si bien obligan a un mayor análisis que el habitual de las autoridades administrativas para conceder o negar una concesión, en tanto consiste en la respuesta que da un ente del Estado y que le exige el examen de otros elementos, como la evaluación del desempeño de la concesionaria, ello no da pauta para considerar que esa contestación deba colmar una fundamentación y motivación con mayores exigencias, sino sólo la necesaria para justificar su decisión, a efecto de que pueda permitirse al justiciable conocer los motivos de ésta y, en su caso, impugnarla por los medios legales correspondientes, [criterio parece subordinar la] fundamentación y motivación legal [a la política] (aunque se adjetive de “regulatoria”).

En otra tesis aislada con número I.2o.A.E.30 A (10A.), derivada de tribunales colegiados, se determinó:

De acuerdo con los artículos 28 constitucional y transitorios octavo, fracción III y noveno, último párrafo, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013, el Poder Reformador de la Constitución creó un organismo constitucional autónomo denominado Instituto Federal de Telecomunicaciones, y lo dotó de facultades para regular, promover y supervisar las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, asignándole el carácter de autoridad en materia de competencia económica del sector de las telecomunicaciones y, en consecuencia, le otorgó facultades para ejercer, en forma exclusiva, las atribuciones que ese precepto establece para la Comisión Federal de Competencia Económica y para regular, de forma asimétrica, a los participantes en dichos mercados, con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y a la libre concurrencia, y le impuso la obligación de determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, así como de imponer las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales, las cuales incluyen, en lo aplicable, las relacionadas con la regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red de dichos agentes. En desarrollo de estos mandatos constitucionales, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2014, en vigor a los treinta días naturales siguientes (13 de agosto de 2014), prevé en su artículo 131, segundo párrafo, inciso a), el comportamiento del agente preponderante y señala un tratamiento asimétrico para él (tarifa cero). Esta reseña normativa revela que, en términos de la regulación constitucional y legal vigentes, se adoptó el principio de asimetría como regla general, aplicable a cualquier acto o medida regulatoria, tratándose del régimen de preponderancia, pero ninguno de estos ordenamientos impone al Instituto Federal de Telecomunicaciones la obligación ordinaria de regular asimétrica o diferenciadamente, tratándose de tarifas de interconexión entre concesionarios que no se encuentran dentro de dicho régimen.⁹¹

⁹¹Época: Décima Época, registro: 2011663, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, publicación: viernes 20 de mayo de 2016, 10:20 h, materia(s): (administrativa), tesis: I.2O.A.E.30 A (10A.), rubro: Asimetría. Dicho principio es aplicable, por regla general, a cualquier acto o medida regulatoria, tratándose del régimen de preponderancia.

Que el Instituto Federal de Telecomunicaciones es un organismo constitucional autónomo con facultades para regular, promover y supervisar las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones; también que ese Instituto es autoridad en materia de competencia económica del sector de las telecomunicaciones. Además, se argumenta sobre el principio de asimetría como regla general, aplicable a cualquier acto o medida regulatoria, en el régimen de preponderancia, no obstante, después se argumenta que no se “impone al Instituto Federal de Telecomunicaciones la obligación ordinaria de regular asimétrica o diferenciadamente”, en el caso de “tarifas de interconexión”.

Derecho comparado

En nuestro estudio de legislación comparada abordaremos la experiencia de algunos países latinoamericanos, por su tradición jurídica más cercana a la nuestra. Desarrollo normativo que se plasma en sus constituciones respectivas. Para evitar la información inútil, únicamente haremos referencia a las normas que se relacionen con las instituciones que contiene el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que estudiamos.

Argentina. El artículo 42 de la Constitución señala que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Por lo que las autoridades están obligadas a proteger esos derechos, a educar para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Bolivia. Como lo previene el artículo 107, fracción III, de su Constitución, los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios. Además, su artículo 314 prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios. Por último, el artículo 316, numeral 8, destaca, entre las funciones del Estado en la economía, el determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.

Colombia. En el artículo 76 de su Constitución señala que la intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. El organismo mencionado

desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio que refiere el inciso anterior.

Por su parte, el artículo 77 de su norma constitucional señala que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado. La televisión será regulada por una entidad autónoma de orden nacional, sujeta a un régimen legal propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta directiva tendrán periodo fijo. El gobierno nacional designará a dos de ellos. Otro será escogido por los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros. Además, asienta que una ley regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Por su parte, el artículo 336 establece que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social, y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar están destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas referentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

Costa Rica. En el artículo 46 de su Constitución prohíbe a los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Señala que es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Además, previene que las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Por último, señala que para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El Salvador. En El Salvador, como lo prescribe el artículo 110 de su Constitución, no podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los municipios cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado. Para garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas. En cambio, otorga privilegios por tiempo limitado a los descubridores e inventores, y a los perfeccionadores de los procesos productivos. Además, previene que el Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos de correos y telecomunicaciones cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolo directamente, por medio de las instituciones oficiales autónomas o de los municipios. También

le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales. Las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador.

Guatemala. En el artículo 130 de su norma constitucional prohíbe los monopolios y los privilegios. Establece que el Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. También señala que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores. Así, en Guatemala el intercambio de mercancías está regido por el libre mercado y tiene un límite en la tutela de los derechos de los consumidores.

Honduras. En la Constitución hondureña, en el artículo 339, se prohíben los monopolios, monopsonios, oligopolios, acaparamiento y prácticas similares en la actividad industrial y mercantil. Sin embargo, señala que no se consideran monopolios particulares los aspectos relacionados con la propiedad intelectual, como son los privilegios temporales que se concedan a los inventores, descubridores o autores en concepto de derechos de propiedad científica, literaria, artística o comercial, patentes de invención y marcas de fábricas.

Nicaragua. En la Constitución de Nicaragua, en el artículo 68, se establece que el Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo, destaca también la reserva de ley para regular esta materia.

Panamá. En el artículo 262 de su Constitución señala que podrán establecerse por la ley, como arbitrio rentístico, monopolios oficiales sobre artículos importados o que no se produzcan en el país. Sin embargo, si al establecer un monopolio se priva a cualquier persona del ejercicio de una industria o negocio lícito, el Estado resarcirá previamente a las personas o empresas cuyo negocio haya sido expropiado en los términos a que se refiere este artículo.

Por su parte, en el artículo 290 señala que se prohíbe en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público. Asimila a una restricción a la competencia la práctica de una sola persona natural o jurídica que explote series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor, en forma que haga ruinoso o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial. Además, otorga acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras. La ley regulará esta materia. En el artículo 293 proscribire los monopolios particulares.

Paraguay. En el artículo 107 de su Constitución, que lleva por título “De la Libertad de Concurrencia”, establece que se garantiza la competencia en el mercado y que no serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que trabe la libre concurrencia. Además, sanciona penalmente la usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos. En el artículo 108 destaca que los bienes de producción o fabricación nacional, y los de procedencia extranjera introducidos legalmente, circularán con libertad dentro del territorio de la República. Además, en el numeral 110, prescribe que todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial.

Perú. Señala en el artículo 61 de su Constitución que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. En el caso de la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, establece que no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

República Dominicana. En el artículo 8° de su Constitución reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. En el artículo 50, en sus tres numerales, destaca que el Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes. Además, que no se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional; también se reconoce al Estado la potestad de dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país; por último, destaca que el Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental.

Venezuela. Para concluir con nuestro análisis, el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que no se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente

te de la voluntad de aquellos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad.

Además, declara contrario a los principios constitucionales el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público. Como podemos observar, la experiencia latinoamericana en la materia, con contadas excepciones, es similar a la mexicana.⁹²

Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica

La Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de septiembre de 2004, en su artículo 1º, señala que tiene como objeto reglamentar el artículo 93 de la Constitución General de la República en materia de las facultades constitucionales del Senado de requerir información a los secretarios de Estado, jefes de departamento administrativo, así como a los directores de los organismos descentralizados competentes sobre la negociación, celebración y aprobación de tratados relacionados con el comercio de mercancías, servicios, inversiones, transferencia de tecnología, propiedad intelectual, doble tributación, cooperación económica y con las demás materias a que se refiere este ordenamiento cuando se relacionen con las anteriores.

El artículo 2º es de trascendencia porque establece que los tratados en la materia estarán de acuerdo con la Constitución General de la República y respetarán: I. Las garantías individuales, y II. La división de poderes, la distribución de facultades y las potestades de los órganos representantes del pueblo. Los objetivos generales de los tratados internacionales en materia económica, según el artículo 3º, son:

⁹²Con información de Base de Datos Políticos de las Américas (1998). *Restricciones de la acumulación privada y monopolios. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. Georgetown University y Organización de Estados Americanos, disponible en <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Comercio/Domestico/monopolios.html>. Consultado el 4 de junio de 2005.

- I. Contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana;
- II. Propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país;
- III. Promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales;
- IV. Contribuir a la diversificación de mercados;
- V. Fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y
- VI. Promover la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de política exterior de la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además, esos tratados deben cumplir con la congruencia respecto a la serie de objetivos particulares para su aprobación que, en términos del artículo 4^o, son:

- I. En materia de solución de controversias:
 - a) Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
 - b) Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, y
 - c) Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad;
- II. En materia de prácticas desleales de comercio exterior: *a)* Fomentar la libre competencia y buscar las sanas prácticas de competencia, y *b)* Prever y promover mecanismos para contrarrestar los efectos de las prácticas desleales de comercio de los países con los que se contrate;
- III. Fomentar el respeto de los derechos de propiedad intelectual;
- IV. Impulsar el fomento y la protección recíproca de las inversiones y las transferencias de tecnología, generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional;
- V. Impulsar la eliminación o reducción de obstáculos innecesarios al comercio que sean incompatibles con la ley y con los compromisos internacionales;
- VI. Prever que las normas de los tratados consideren las asimetrías, diferencias y desequilibrios así como las medidas correspondientes para compensarlas, y
- VII. Los demás objetivos que correspondan a la naturaleza del tratado.

Además, señala cuál es el procedimiento para que el Senado obtenga información para la celebración de los tratados internacionales en materia económica y los documentos que se debe anexar para que se aprueben. Esta ley es trascendente en nuestro análisis, porque establece cuáles son los temas que se deben incorporar a los tratados que se celebren en materia económica, entre ellos los objetivos generales y específicos.

Libertad económica

En materia económica es difícil hablar de derecho internacional. En efecto, como lo señala Prosper Weil: “En el plano científico, el derecho internacional económico no

constituye sino un capítulo entre otros del derecho internacional general”.⁹³ Sin embargo, esa consideración no impide ubicar las bases ideológicas de lo que se podría considerar un derecho internacional de la libertad comercial que se plasma en diversos tratados. La apertura comercial tiene como eje ideológico el denominado Consenso de Washington, propuesta que realizó John Williamson en 1989 y que identifica “lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de las políticas económicas”. El escrito contiene diez temas de política económica, en los cuales, según el autor, “Washington” está de acuerdo. Sin embargo, por “Washington” se entendía el eje político-económico-intelectual integrado por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Congreso de los Estados Unidos de América, la Reserva Federal, los altos cargos de la administración y los grupos de expertos de los *think tank*. Supuestamente existe consenso en los temas siguientes:

- a) Disciplina presupuestaria;
- b) Cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras);
- c) Reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados;
- d) Liberalización financiera, especialmente de los tipos de interés;
- e) Búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos;
- f) Liberalización comercial;
- g) Apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas;
- h) Privatizaciones;
- i) Desregulaciones, y
- j) Garantía de los derechos de propiedad.

Este consenso se reformula en 1993 considerando las siguientes directivas en materia económica:

- a) Aquellas en las que se ha conseguido consenso;
- b) Aquellas en las que existe controversia técnica (no relacionada con temas de equidad);
- c) Aquellas en las que todavía queda controversia para años, porque implica valores políticos: sobre todo problemas de equidad. Además, se cambia el nombre de esta ideología por el de “convergencia universal”. La importancia del “consenso de Washington” radica en que constituye el marco conceptual para la liberación económica y, por ende, la suscripción de los denominados “Tratados de Libre Comercio”.

Sin embargo, hoy hablamos de un “más allá del consenso de Washington”.⁹⁴ En 2003, en una entrevista John Williamson destaca que hay no menos de dos significados diferentes del Consenso de Washington. Uno de ellos identifica al Consenso de Wash-

⁹³Weil Prosper, “Derecho internacional económico: límite o realidad?”, en *Estudios de derecho económico I*, trad. de Héctor Cuadra, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁴Véase José Antonio Ocampo, “Más allá del consenso de Washington una visión desde la Cepal”, en *Revista Cepal* 66, diciembre de 1998.

ington con el neoliberalismo; el otro implica el conjunto de políticas que siguen colectivamente las instituciones de esa ciudad que asesoran a los países en desarrollo: las instituciones de Bretton Woods (el FMI y el Banco Mundial), el Banco Interamericano de Desarrollo, el Tesoro y quizá la Reserva Federal de Estados Unidos.⁹⁵

En realidad la reflexión sobre el tema solamente es trascendente, debido a que, como lo previene el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados que estén de acuerdo con ella, celebrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, son Ley Suprema en toda la Unión. Es importante asentar que México ha suscrito 12 Tratados de Libre Comercio con países como: Estados Unidos, Canadá, Colombia y Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Chile, Unión Europea, Israel, El Salvador, Guatemala y Honduras, Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza, Uruguay y Japón.

Algunos de los más importantes son: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 1993, suscrito entre México, Estados Unidos y Canadá, en vigor a partir del 1 de enero de 1994, que tiene el objetivo general de:

Formar una Zona de Libre Comercio, estableciendo reglas claras y permanentes para el intercambio comercial, que permita el incremento de flujo comercial e inversión, así como nuevas oportunidades de empleo y mejores niveles de vida. [Y dos sus objetivos específicos son:] Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios [y] Promover condiciones de competencia leal. Proteger y hacer valer, adecuada y efectivamente, los derechos de propiedad intelectual.

Otro instrumento internacional es el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres (TLCG3), compuesto por México, Colombia y Venezuela, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1995, y en vigor a partir del 1 de enero de 1995.⁹⁶ El objetivo de ese tratado es: “crear un espacio libre de restricciones, prevaleciendo el libre flujo de mercancías, la libre competencia, normas técnicas, calidad de los productos y el crecimiento económico continuo, además de ampliar los vínculos comercial y económico entre los países signatarios”. Dentro de sus objetivos específicos se encuentra:

- a) Estimular la expansión y diversificación comercial;
- b) Eliminar las barreras al comercio y facilitar la circulación de bienes y servicios;
- c) Promover condiciones de competencia leal en el comercio;
- d) Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión, y
- e) Proteger y hacer valer, adecuada y efectivamente, los derechos de propiedad intelectual.

⁹⁵John Williamson, *No hay consenso, reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencias sobre los pasos a dar*, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/landd/spa/2003/09/pdf/williams.pdf>, consultado el 30 de mayo de 2016.

⁹⁶Dato correcto obtenido de la página electrónica de la Secretaría de Economía, en www.economi.snci.gob.mx.

Un instrumento adicional es el Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México (TLCUEM), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de junio de 2000, en vigor a partir del 1 de julio de 2000, suscrito entre México y la Unión Europea. El objetivo general de ese tratado es: “crear un espacio comercial en un contexto de integración multinacional a través del establecimiento de una Zona de Libre Comercio para la apertura de oportunidades externas de desarrollo”. Entre sus objetivos específicos se encuentran: “fomentar el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios, liberalizar preferencial, progresiva y recíprocamente el comercio de bienes y servicios y dinamizar la actividad comercial y económica”; además, en materia de propiedad intelectual, establece las:

Obligaciones, conforme a las legislaciones nacionales sobre adquisición, conservación y ejecución de los derechos de propiedad intelectual. Establecimiento de un comité especial de consulta para la atención de asuntos y desacuerdos en la materia [y la] confirmación de obligaciones y derechos en los tratados y convenciones internacionales suscritos.

El 23 de marzo de 2005 se firmó la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN). Posteriormente, se anunció la firma, el 5 de octubre de 2015, del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP). Lo que pone en evidencia el dinamismo de las negociaciones mundiales para la integración global de la economía mexicana.

Derecho internacional

Propiedad intelectual. En esta materia juega un papel determinante la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI), organismo que administra 23 tratados que establecen normas internacionales comunes para la protección de la propiedad intelectual en las jurisdicciones de los Estados firmantes.

Las piedras angulares de este sistema son los Convenios de París y de Berna; sin embargo, la evolución del derecho internacional en la materia no se detiene, entre los tratados en la materia se encuentra: el Convenio de Berna; Convenio de Bruselas; Tratado sobre el Registro de Películas; Arreglo de Madrid (Procedencia); Tratado de Nairobi; Convenio de París; Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT); Convenio Fonogramas; Convención de Roma; Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT); Tratado de Washington; WCT; WPPT; Tratado de Budapest; Arreglo de La Haya; Arreglo de Lisboa; Arreglo de Madrid (Marcas); Protocolo de Madrid; PCT; Arreglo de Locarno; Arreglo de Niza; Arreglo de Estrasburgo, y el Acuerdo de Viena.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886. Este convenio se suscribió el 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio

de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979; establece que los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Señala que los criterios para la protección, son: 1. Nacionalidad del autor; lugar de publicación de la obra; 2. Residencia del autor; 3. Obras “publicadas”, y 4. Obras “publicadas simultáneamente”. Los derechos garantizados, en términos de ese convenio son:

Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el convenio. Además, el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se registrarán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección. La protección en el país de origen se registrará por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996. Adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, establece la relación con el Convenio de Berna. El Tratado es un arreglo particular derivado del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El contenido del Tratado no deroga las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Señala que por “Convenio de Berna” se entiende el Acta de París, de 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Obliga a las Partes Contratantes a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1° a 21 y el Anexo del Convenio de Berna. En el caso del ámbito de la protección del derecho de autor, abarca las expresiones, pero no las ideas, los procedimientos, los métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. La trascendencia de estos tratados es que México forma parte de los Estados integrantes. El Convenio de Berna de

1886 entró en vigor en 1967, y las modificaciones de París se firmaron el 24 de julio de 1971 y entraron en vigencia el 11 de septiembre de 1974. El caso del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, fue suscrito por México el 18 de diciembre de 1997, se ratificó el 18 de mayo de 2000 y entró en vigor a partir del 6 de marzo de 2002. Por lo que forman parte del derecho interno. Estas líneas no reflejan la riqueza de los tratados en la materia, por lo que remitimos al lector interesado en el tema a consultarlos directamente en la página electrónica de la OMPI.

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “Los decretos de exención de impuestos en México: el Congreso de la Unión y el Ejecutivo federal frente a frente”, en Albiñana García-Quintana, César, González García, Eusebio, Ramallo Massanet, Juan, Lejeune Valcárcel, Ernesto, Yábar Sterling, Ana (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Madrid, Dykinson, 2007.
- ÁVILA MACEDO, Juan José, *Economía*, ed. act., México, Umbral, 2003.
- BARCELÓ, Víctor Manuel, “El sector social en la perspectiva del desarrollo económico”, en Labra Armando (coord.), *El sector social de la economía, una opción ante la crisis*, México, Siglo XXI, 1988.
- CARPISO, Jorge y Miguel Carbonell, *Derecho constitucional*, México, Porrúa/UNAM, 2003.
- CARRILLO FLORES, Antonio, “Límites y perspectivas de la economía mixta”, en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 1985.
- Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, *México: setenta y cinco años de revolución III, Desarrollo político 2*, México, INEHRM/FCE, 1988.
- CUADRA, Héctor, “El modelo normativo de la rectoría económica del Estado. 1917-1987”, en *México: setenta y cinco años de Revolución III, Desarrollo político 2*, México, editado por la Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, INEHRM-FCE, 1988.
- , “Reflexiones sobre el derecho económico”, en Héctor Cuadra (coord.), *Estudios de derecho económico I*, México, IJ-UNAM, 1977.
- y Jorge Fernández Ruiz (coords.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, Porrúa/UNAM, 2003.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 1985.
- FLINT BLANCK, Pinkas, *Tratado de Defensa de la Libre Concurrencia. Estudio exegético del D.L. 701*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- FUENTES PASCUAL, Ramón, y Martínez Mora, Carmen, *Introducción a la economía*, 2a. ed., España, Club Universitario, 2001.

- GRANADOS ROJAS, Leonardo Gabriel, *Indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Un aporte para su implementación en Costa Rica*, Costa Rica, MAG-CNP, 2004.
- HERRERA PÉREZ, Enrique, *Introducción a las telecomunicaciones modernas*, prefacio, México, Limusa-Grupo Noriega, 2004.
- KAPLAN, Marcos, “Rectoría del Estado y desarrollo en América Latina”, en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-Porrúa, 1985.
- LÓPEZ GUARDIOLA, Samantha Gabriela, *Derecho administrativo II*, México, Red Tercer Milenio, 2012.
- NATERA HIDALGO, Rafael D. (coord.), *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Fundamentos y formularios*, 3a. ed., España, CISS Grupo Wolters Kluwer, 2007.
- OCAMPO, José Antonio, “Más allá del consenso de Washington una visión desde la Cepal”, en *Revista Cepal* 66, diciembre de 1998.
- ONU-Departamento de información pública, *Las Naciones Unidas hoy*, Nueva York, Naciones Unidas, 2009.
- PATÍÑO MANFER, Ruperto, “Comentario al artículo 28 constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo V, “Artículos 28-26”, 6a. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-Porrúa, 2003.
- ROSSETTI, Paschoal José, *Introducción a la economía*, México, Harla, 1994.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco, “Bases constitucionales del derecho administrativo”, en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 1985.
- VALADÉS, Diego, “El capítulo económico de la Constitución”, en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-Porrúa, 1985.
- WITKER, Jorge, *Derecho económico*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1997.
- , *Introducción al Derecho económico*, 4a. ed., México, UNAM-McGraw-Hill, 1999.
- ZORRILLA MARTÍNEZ, Pedro G., “Planeación democrática del desarrollo, federalismo y municipio libre”, en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 1985.

Consulta electrónica

- Base de Datos Políticos de las Américas (1998), *Restricciones de la acumulación privada y monopolios. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos, disponible en <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Comercio/Domestico/monopolios.html>. 4 de junio 2005.
- eumed.net, Enciclopedia virtual, Diccionario de economía y finanzas, voz: subsidios, disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/dic/S.htm#subsidio>, consultada el 30 de mayo de 2016.
- eumed.net, Enciclopedia virtual, Diccionario de economía y finanzas, voz: libre mercado, disponible en [http://www.eumed.net/cursecon/dic/L.htm#libre mercado](http://www.eumed.net/cursecon/dic/L.htm#libre%20mercado), consultada el 30 de mayo de 2016.
- Secretaría de Economía, página electrónica en www.economi.snci.gob.mx.
- WILLIAMSON, John, *No hay consenso, reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencias sobre los pasos a dar*, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/09/pdf/williams.pdf>, consultado el 30 de mayo de 2016.

Artículo 28

Trayectoria constitucional

28 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 17-XI-1982

LII LEGISLATURA (1-IX-1982/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1982/30-XI-1988

Se establece que el servicio público de banca y crédito se prestará, con exclusividad, por el Estado. Se realizará por instituciones bancarias y será regulado por la ley reglamentaria. El servicio público de banca y crédito no podrá ya concesionarse a particulares.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 3-II-1983

LII LEGISLATURA (1-IX-1982/31-VIII-1985)

Presidencia de Miguel de la Madrid Hurtado, 1-XII-1982/30-XI-1988

Este artículo fue adicionado con algunos párrafos, otros se reordenaron y el contenido total fue sistematizado. Se establece la facultad para que las leyes secundarias señalen, impongan modalidades a la distribución de satisfactores y otorguen protección a consumidores. Se agregan a las funciones que el Estado ejercerá, de manera exclusiva, en áreas estratégicas: comunicación por vía satélite, petróleo, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear, electricidad y ferrocarriles. Se faculta al Estado para crear organismos y empresas que requieran el eficaz manejo de áreas estratégicas. Se establece también la facultad del Estado para concesionar la prestación de servicios públicos con las excepciones que señalen las leyes. Se establecen también las características que se deberán reunir con el fin de otorgar subsidios a actividades prioritarias.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 27-VI-1990

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se deroga el párrafo quinto, relativo a la nacionalización bancaria.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-VIII-1993

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se dota de autonomía al Banco Central del Estado para el ejercicio de sus funciones y su administración.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-III-1995

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se reforma el cuarto párrafo señalando el Constituyente Permanente que tanto la comunicación vía satélite como los ferrocarriles, casi extintos, serán áreas prioritarias y ya no estratégicas para el desarrollo de la nación. Se establece que el Estado ejerce sobre estas actividades su rectoría pudiendo otorgar concesiones o permisos para su debida explotación.

Sexta reforma

Diario Oficial de la Federación: 11-VI-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma el párrafo segundo y se le adicionan diecisiete párrafos en materia de telecomunicaciones. Se establece la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Se establece que los particulares no podrán defenderse de las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y sus violaciones, actos u omisiones no serán objeto de suspensión. En la reforma también se establecen las formas orgánicas que tendrán estas comisiones y los requisitos para los cargos directivos de las mismas.

Séptima reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-XII-2013

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforman los párrafos cuarto, sexto y se adiciona un párrafo séptimo al artículo. Se establece que, como función del Estado, la explotación del petróleo sí constituye una

acción monopólica, por lo que solamente podrá llevar acabo la exploración y extracción del petróleo. Se inaugura un fideicomiso público, denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, y lo dota con órganos reguladores coordinados denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía.

Octava reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-2014

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma la fracción VII del párrafo vigésimo tercero del artículo y se cambia la frase “Procurador General de la República” por “Fiscal General de la República” como requisito que establece el artículo para ser comisionado tanto de la Comisión Federal de Competencia Económica como del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Novena reforma

Diario Oficial de la Federación: 27-V-2015

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se reforma la fracción XII del párrafo vigésimo tercero del artículo y se cambia la frase “contraloría interna” por “órgano interno de control” como formas orgánicas que establece el artículo tanto para la Comisión Federal de Competencia Económica como del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Décima reforma

Diario Oficial de la Federación: 29-I-2016

LXIII LEGISLATURA (1-IX-2015/31-VIII-2018)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Se cambia la redacción del artículo, de acuerdo con la reforma que crea la Ciudad de México como una entidad federativa, y se elimina “Distrito Federal” para dejar “entidades federativas”.

Artículo 29

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El contenido de este artículo tiene sus primeros antecedentes en los textos producidos durante la Guerra de Independencia, momento en que se fue perfilando la necesidad de protección ante las guerras que amenazarían la independencia y soberanía mexicanas. Uno de estos antecedentes se encuentra en los Elementos Constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón. En el punto 14 de dicho texto, se estipuló que habría un Consejo de Estado para los casos de declaración de guerra y ajuste de paz.¹ Todavía más detallado fue el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, promulgado por Agustín de Iturbide en 1822. En su sección cuarta, Del Poder Ejecutivo. Capítulo primero. “Del emperador”, se estipuló entre las funciones del emperador el defender la patria, su independencia y unión. Conservar el orden interior y seguridad exterior “por todos los medios que en las circunstancias de la guerra, antes sorda, y en la actualidad ostensible con que temerariamente se nos ataca, estén a su discreción y puedan hacer sentir a los enemigos el poder de la nación”.²

Asimismo, en su artículo 31, señaló como limitante del emperador el poder privar a alguien de su libertad, lo cual podría hacer sólo si lo exigía la seguridad del Estado. Como puede apreciarse en estos primeros lineamientos, el titular del Poder Ejecutivo había ocupado ya el papel que antes desempeñaba el rey durante el periodo virreinal. El titular del Ejecutivo era ahora el supremo líder del ejército mexicano que estaba consolidándose y poseía importantes derechos sobre los ciudadanos en tiempos de guerra. Así se ordenó nueva-

¹Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

²Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, artículo 30, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

29

Sumario Artículo 29

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	665
Texto constitucional vigente.	668
Comentario	
Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García	
Estado de excepción y suspensión de derechos y garantías en los ordenamientos constitucionales históricos de México.	669
Caracterización del renovado régimen de suspensión: Las reformas del 10 de junio de 2011 y del 10 de febrero de 2014	671
Una mirada al constitucionalismo latinoamericano y al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.	689
Bibliografía	692
Trayectoria constitucional	695

mente en el Acta Constitutiva de la Federación de 1824. En su artículo 16, se señaló nuevamente como facultad del Ejecutivo el declarar la guerra, previo decreto de aprobación del Congreso General. Para ello podría disponer de la fuerza permanente de mar y tierra, y de la milicia activa y la local.³

Estos puntos se conservaron ese mismo año al decretarse la Constitución Federal, en el artículo 110, fracciones X, XI y XII.⁴ Asimismo, en su artículo 112, fracciones II y III se especificó que el presidente de la República podría privar a cualquier persona o corporación de su libertad y aun de su propiedad cuando la seguridad de la Federación o alguna causa de utilidad pública así lo exigieran, en el segundo de los casos esto podría hacerse previa aprobación del Senado y bajo la correspondiente indemnización. Estos mismos señalamientos los encontramos también en las Leyes Constitucionales de 1836.⁵ Cuatro años más tarde, el artículo 65 del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836 señaló que sólo en caso de que “la seguridad y conservación de la República lo exijan”, el Congreso podría facultar, “extraordinariamente y por tiempo limitado”, al presidente con miras a salvar esos objetos.⁶

Como hemos visto hasta aquí, para la década de 1840 fue claro que el presidente podría gozar de ciertas facultades extra constitucionales, pero sólo en casos particulares. Esto quedó muy claro en el artículo 82 del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842.⁷ En dicho artículo se señaló que tales facultades estarían sujetas a limitantes tales como otorgarse únicamente por tiempo limitado o en caso de invasión extranjera. Estableció, además, que cuando se tratara de límites a las garantías individuales, esto se haría sólo bajo los tiempos establecidos por la ley y señalando que el presidente debería responder por el uso que hiciera de tales facultades. Estos puntos se retomaron por los diversos ordenamientos jurídicos posteriores con miras a la conservación de la independencia nacional. En el artículo 198 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, publicadas en 1843, por ejemplo, se señaló que:

Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la Nación exigiere en toda la República, o parte de ella, la suspensión de las formalidades prescritas en estas bases, para la aprehensión y detención de los delinquentes, podrá el Congreso decretarla por determinado tiempo.⁸

Como puede verse, esta prerrogativa del presidente podría ser un arma de doble filo, pues le permitía incluso suspender las garantías individuales cuando se conside-

³Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824A.pdf>.

⁴Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁵Leyes Constitucionales, 1836, artículos 17 y 18, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>

⁶*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 782.

⁷Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

⁸Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>.

rara que se trataba de un asunto de seguridad nacional. No obstante, fue debido a ello que para ejercer dicha facultad debería primero contar con la aprobación del Congreso. Sin embargo, como puede comprobarse por las discusiones que este asunto generó en el Congreso y en los diversos ordenamientos de la época, también se consideró necesaria esta facultad con miras a conservar la seguridad nacional, particularmente luego de que en 1847 la guerra con Estados Unidos demostrara lo vulnerable de la naciente República Mexicana. En la Constitución de 1857, el artículo 29 se redactó de la siguiente manera, condensando todas las discusiones anteriores en dicha materia:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo. Si la suspensión tuviere lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempo de receso, la diputación permanente convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.⁹

Este artículo se conservó prácticamente durante todo el siglo XIX como una prerrogativa del Poder Ejecutivo. Incluso en 1865, estando en México instaurado el Segundo Imperio, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano estipuló que “solamente por decreto del emperador o de los comisarios imperiales, y cuando lo exija la conservación de la paz y orden público, podrá suspenderse temporalmente el goce de alguna de estas garantías”.¹⁰ Nótese que dicha facultad también es inherente a los comisarios imperiales; la efímera existencia del imperio de Maximiliano pronto hizo que la Constitución del 57 cobrara nuevamente toda su vigencia. En 1867, se promulgó un Decreto de Facultades a los Gobernadores, expedido por el Ministerio de Relaciones el 14 de agosto. Ahí se hizo referencia a la prerrogativa de suspender las garantías individuales que poseían los gobernadores. Se dijo en el artículo 2º que la suspensión de dichas garantías sólo podría llevarse a cabo por prevenciones generales que se dictaran con arreglo a la ley, respecto de algún lugar o lugares en caso de perturbación o grave peligro de la tranquilidad pública, dando cuenta de ello al Supremo Gobierno.¹¹ Lo anterior se señaló con miras a evitar todo tipo de abusos donde la suspensión fuera utilizada en contra de individuos particulares por razones ajenas a las estipuladas en el artículo 29 constitucional. Cuando en 1917 se promulgó la Constitución Política, se conservó esta prerrogativa del Ejecutivo, bajo los mismos lineamientos esbozados en la Constitución de 1857.

⁹Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁰Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, artículo 77, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

¹¹*Derechos del pueblo mexicano*..., op. cit., p. 788.

Artículo 29

Texto constitucional vigente

29 *Artículo 29.* En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.¹²

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.¹³

¹²Párrafo reformado, *DOF*: 10-02-2014.

¹³Artículo reformado, *DOF*: 21-04-1981, 02-08-2007 y 10-06-2011.

Comentario por **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** y **Alfonso Herrera García**

Estado de excepción y suspensión de derechos y garantías en los ordenamientos constitucionales históricos de México

29

La suspensión de derechos en situaciones de excepción o de emergencia cuenta con antecedentes más o menos remotos en diversos ordenamientos constitucionales de México. La Constitución de la Monarquía Española de 1812 estableció dos disposiciones relevantes. En el capítulo relativo a la administración de justicia criminal, el artículo 308 dispuso que:

Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la monarquía o en parte de ella, la *suspensión de algunas de las formalidades* prescritas en este capítulo para el arresto de los delinquentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado. [Por su parte, en el artículo 172 de la misma Constitución, en el marco de las restricciones a la autoridad del rey, dicho precepto previó en su disposición undécima que:] Sólo en caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar (*sic*) a disposición del tribunal o juez competente.

La Constitución federalista de 1824, inspirada en el esquema gaditano, previó un precepto muy similar al referido 172. El artículo 112, fracción II, era de los términos siguientes: “No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y la seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el tiempo de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente”. Una disposición muy semejante se mantuvo en el artículo 18, párrafo 2º, de la cuarta Ley de la Constitución centralista de 1836.

En estos ordenamientos es patente la preocupación constituyente por dotar de atribuciones extraordinarias al titular del gobierno, a nombre del bien y la seguridad estatal. En este sentido, tales valores colectivos se revelan como dignos de especial salvaguarda, con independencia del modelo de Estado prevaleciente.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, el artículo 66, fracción XVIII, estableció la facultad del Congreso para “ampliar las facultades del Ejecutivo con sujeción al artículo 198 en los dos únicos casos de invasión extranjera o de sedición tan grave que haga ineficaces los medios ordinarios de reprimirla”. Esta resolución congresual exigía dos tercios de cada Cámara. El señalado artículo 198 prescribió que:

“Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la nación exigiere en toda la República, o parte de ella, la *suspensión de las formalidades prescritas en estas bases*, para la aprehensión y detención de los delincuentes, podrá el Congreso decretarla por determinado tiempo”.

Sin embargo, fue la Constitución de 1857 la que, a la postre, fijó las bases normativas que de modo más significativo incidirían en la configuración de la institución, tal como se recogió en la Ley Fundamental de 1917. El artículo 29 de aquella expresamente dispuso lo siguiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el presidente de la República, de acuerdo con el consejo de ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo. Si la suspensión tuviere lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempo de receso, la diputación permanente convocará sin demora al congreso para que las acuerde.

La Constitución de 1917 retomó el texto prácticamente íntegro del artículo 29 de la de 1857, con dos cambios dignos de mencionarse:

- a) Incorporó la expresión: “[...] que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación” (introduciéndose la idea de que las entonces denominadas “garantías”, podían constituir un “obstáculo” para enfrentar las situaciones de emergencia), y
- b) Eliminó la única excepción que la Constitución de 1857 había considerado como garantías intocables en estas situaciones: las que “aseguran la vida del hombre”.

La redacción original de la Constitución de 1917 no tuvo reforma alguna durante más de seis décadas. Cabe destacar que durante la vigencia del texto originario se verificó en la práctica solamente un decreto de suspensión de garantías, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de junio de 1942. Este decreto fue expedido por el Congreso de la Unión, a instancias del presidente Manuel Ávila Camacho, con motivo de la declaración de guerra en contra de las potencias del eje (Alemania, Italia y Japón), en el marco de la Segunda Guerra Mundial. En ese contexto, se emitió la Ley de Prevenciones Generales, publicada en el *Diario Oficial* el 13 de junio de ese mismo año.¹⁴

A partir de la redacción introducida por la Constitución de 1917, el artículo 29 ha sufrido únicamente cuatro reformas, por decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de abril de 1981; el 2 de agosto de 2007; el 10 de junio de 2011 y, finalmente, el 10 de febrero de 2014. Más allá de esas reformas, en realidad puede

¹⁴Para las vicisitudes históricas y consideraciones jurídicas aplicables a este episodio, véase Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 41a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 215-221.

hablarse de dos grandes etapas en la evolución del artículo 29 constitucional: la previa y la posterior a la reforma de 2011. Ésta es la reforma que verdaderamente implicó un cambio sustancial a la institución, como consecuencia de la reconceptualización constitucional de las normas de derechos humanos, en un sentido marcadamente internacionalista.

La reforma de 1981 implicó la sustitución de la denominación de “Presidente de la República” por la de “Presidente de los Estados Unidos Mexicanos”, y la eliminación de la expresión “Consejo de Ministros” para mencionarse en su lugar a los “titulares de las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República” (autoridades que fueron finalmente eliminadas, como consecuencia de la reforma de 2014, como veremos). La reforma de 2007 únicamente consistió en la supresión de los “departamentos administrativos” como autoridades cuyos titulares se preveían como parte del órgano llamado a aprobar la suspensión (pues para ese momento dichos departamentos ya no existían). Los cambios en la redacción del artículo 29 verificados antes de 2011 no modificaron, ni mucho menos, su contenido esencial.¹⁵ Fue en el marco de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que este precepto sufrió su más profunda modificación hasta la fecha.

Caracterización del renovado régimen de suspensión: Las reformas del 10 de junio de 2011 y del 10 de febrero de 2014

Es imposible comprender las implicaciones del renovado artículo 29 constitucional sin el contexto que significó la profunda reforma al capítulo de los derechos humanos en la Constitución mexicana, del 10 de junio de 2011, en el que se inserta.¹⁶ El poder reformador de la Constitución modificó el artículo 29 en un triple sentido: *a)* especificó los derechos no susceptibles de suspensión, los cuales se armonizan con los establecidos en el artículo 27, punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, con estándares internacionales de derechos humanos; *b)* estableció expresamente que las medidas de suspensión deben estar *fundadas y motivadas*, así como que deben ser *proporcionales* al peligro que se enfrenta, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación;

¹⁵Para análisis doctrinales sobre este artículo en su versión previa a 2011, puede verse: Gustavo de Silva Gutiérrez “Suspensión de garantías: Análisis del artículo 29 constitucional”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre 2008, pp. 49-88; Ángel Zarazúa Martínez, “La suspensión de garantías”, en David Cienfuegos Salgado, y María Carmen Macías Vázquez (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM/IIJ, 2006, pp. 317-331; Héctor F. Castañeda Jiménez, “La indefensión de los gobernados ante el riesgo de suspensión de garantías”, *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 31, junio 2005, pp. 37-43.

¹⁶Para reflexiones sobre los contenidos de esta trascendental reforma, entre una amplia bibliografía, véanse: Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2012; y Miguel Carbonell, “Derechos humanos en la Constitución mexicana”, en [Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.)], *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* tomo I, México, SCJN/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp. 19-45.

y c) dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo tribunal del país, controlará *ex officio*, y con la mayor prontitud, la constitucionalidad de los decretos de suspensión.

Así, la reforma impuso más rigurosos límites, de carácter formal y material, a las autoridades que participan en el procedimiento que culmina en una declaratoria de excepción, y en la consecuente suspensión de derechos. Ello implicó una importante evolución respecto al régimen que había mantenido una estirpe decimonónica, a lo largo de todo el siglo XX.

1. *Significado y supuestos de la suspensión de derechos, cuyos supuestos no han sufrido modificación alguna desde su redacción original en 1917*, puede verificarse en alguno de los tres casos siguientes:

- a) Invasión;
- b) Perturbación grave de la paz pública, o
- c) Cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

Más allá de la “invasión”, que podría admitir una significación más o menos unívoca, esta materia se caracteriza por conceptos indeterminados que obligan, por tanto, a ejercicios casuísticos de interpretación. En especial, la última de las hipótesis deja la puerta abierta a numerosas posibilidades. Aun así, es razonable pensar que, dentro de las hipótesis del artículo 29 caben situaciones tales como altercados graves de inseguridad pública,¹⁷ una guerra civil, sublevaciones de carácter armado, calamidades naturales de cierta gravedad, o crisis de salubridad más o menos generalizadas, por mencionar algunos ejemplos.

Como se mencionó con anterioridad, en toda la historia de la Constitución de 1917, solamente en una ocasión se ha determinado la suspensión de garantías precisamente con motivo de la declaración de guerra formulada por el Estado mexicano a las potencias del eje en la Segunda Guerra Mundial, por decreto del 2 de junio de 1942. Sin embargo, la doctrina ha considerado que pudo haber sido conducente en otros escenarios, como en el caso del movimiento estudiantil de 1968, el sismo que afectó severamente a la Ciudad de México y otras poblaciones el 19 de septiembre de 1985, o el levantamiento armado en Chiapas el 1^o de enero de 1994.¹⁸

Otra manera de reconocer eventuales supuestos de procedencia de la suspensión es aproximándose a normas internacionales a cuyo cumplimiento se ha comprometido el Estado mexicano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27.1, prevé que en caso de “guerra”, “peligro público” u “otra emergencia que

¹⁷Cfr. Diego Valadés, “Estado de excepción”, *reforma*, 12 de abril de 2016.

¹⁸Cfr. Jorge Carpizo, “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, en su libro *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2003, p. 33; Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18a. ed., tomo I, México, Porrúa/UNAM-III, 2004, p. 502; Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II, México, Cámara de Diputados/Senado de la República/SCJN/IFE/TEPJF/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 758.

amenace la independencia o seguridad del Estado”, éste puede adoptar disposiciones que suspendan sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación. Las disposiciones que se adopten no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Las situaciones de “guerra”, “peligro público” u “otra emergencia” constitutiva de una amenaza a su independencia y seguridad son los únicos extremos en que un Estado puede adoptar medidas suspensivas de derechos a la luz de la Convención. Este catálogo de supuestos orienta la interpretación de los supuestos constitucionales de la suspensión.

Ahora bien, en esta materia la doctrina a menudo hace referencia a la “situación de emergencia”, el “estado de excepción” o al “estado de sitio”, sin separarlas conceptualmente de la “suspensión de garantías” o la “suspensión de derechos”, como si todas esas instituciones fueran equivalentes desde un punto de vista dogmático. En realidad, una cosa es la *situación fáctica* de grave riesgo para el orden constitucional, que da lugar a la declaración de excepción o de emergencia, y otra cosa diferente es la *suspensión de derechos*, que sólo puede ser una consecuencia de aquella primera declaración. En esta tesitura, para el análisis de la institución, desde un inicio es preciso distinguir la situación de riesgo, de un lado, y la suspensión de derechos y garantías, del otro lado, que se autoriza como resultado de la formal constatación del riesgo, por más que ambas circunstancias se hallen íntimamente relacionadas, tanto en una realidad política como en la regulación jurídico-constitucional.¹⁹ En todo caso, debe descartarse que la Constitución mexicana autorice la posibilidad de un “estado de sitio”, pues ésta no considera, bajo ninguna circunstancia, que las autoridades civiles se subordinen a las militares, como lo implica el concepto de esa institución.²⁰

Si llegara a materializarse algún escenario del estado de excepción, debe partirse de la idea de que el único entendimiento lícito posible de éste es su noción como garantía del sistema democrático. El estado de excepción sólo puede admitirse cuando se pone al servicio de la defensa del orden constitucional y de los propios derechos y libertades de las personas. La suspensión del goce y ejercicio de ciertos derechos y libertades es solamente un costoso precio que hay que pagar para conseguir la propia subsistencia y mantenimiento del sistema constitucional.²¹ Cualquier versión diferente del estado de excepción debe considerarse incompatible y, por tanto, contraria, no sólo a la lógica constitucional contemporánea de la institución, sino a las obligaciones contraídas por México en instrumentos internacionales de los que es parte, como la

¹⁹Con todo, para algunos autores, “estado de excepción” y “suspensión de derechos y garantías” no son más que dos diversas expresiones para referirse al mismo fenómeno de excepcionalidad político-constitucional. Así, por ejemplo: Juan Manuel Goig Martínez, “La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2009, pp. 272-273.

²⁰Cfr. Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, *op. cit.*, p. 753.

²¹Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 122.

citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27), o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4°).

En torno al apuntado concepto democrático de la suspensión de garantías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido el siguiente representativo pasaje:

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. [...] La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.²²

Más allá de los abusos en que riesgosamente pudiera incurrirse, la suspensión de garantías es un instrumento cuya previsión es necesaria bajo determinados extremos lícitos para afrontar, con posibilidades de éxito, la propia supervivencia de la sociedad democrática. La Constitución mexicana se inscribe en esa misma teleología, bajo la cual la suspensión es, ante todo, una *garantía* de la propia Constitución frente a eventuales situaciones de crisis.²³

2. *Autoridades competentes para determinar la suspensión.* Solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la *aprobación* del Congreso de la Unión, o de la Comisión Permanente cuando el Congreso no estuviere reunido, podrá “restringir o suspender” el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen “obstáculo” para hacer frente a la situación. Se trata de una facultad discrecional del presidente de la República en la proposición inicial: a él corresponde decidir qué, cuándo, dónde, cómo, porqué y el para qué cierta situación amerita una suspensión.

Para que esa decisión pueda surtir efectos, debe perfeccionarse con la *aprobación congresual*, de carácter bicameral (Cámara de Diputados y de Senadores). Como lo hace notar Pedro Salazar, esta atribución configura un mecanismo de control político del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo,²⁴ al cual le sigue un control de carácter jurisdiccional, en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La coparticipación de los tres poderes de la unión en este mecanismo es acorde a la gravedad de las consecuencias que supone para la vida del Estado constitucional.

²²Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 20.

²³Cfr. Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19-23.

²⁴Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, *op. cit.*, pp. 757 y 760.

La Constitución no prevé una votación especial para la aprobación de la suspensión. La doctrina ha considerado que para la conformación de la voluntad legislativa hace falta una mayoría simple en ambas cámaras, previo cumplimiento del debido quórum en las sesiones respectivas.²⁵

La Constitución mexicana sigue un modelo propio del constitucionalismo presidencialista, que deja al titular del Ejecutivo valorar la pertinencia de la suspensión. Pero dado lo delicado de la decisión, no se le reserva de modo exclusivo, sino que debe completarse con el acuerdo del Poder Legislativo. Ello abona a la complejidad del procedimiento, imprimiéndole a la determinación una considerable dosis de legitimidad política.

El artículo 29 ha sufrido una modificación sustancial en la configuración del cuerpo colegiado que debe aprobar la decisión presidencial de restringir o suspender el ejercicio de derechos y garantías. El decreto de reforma publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, en el marco de amplios cambios constitucionales en materia política, suprimió a los titulares de las secretarías de Estado y de la Procuraduría General de la República como parte de dicho órgano colegiado (lo cual entrará en vigor en la misma fecha en que lo hagan las normas secundarias que al respecto expida el Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo décimo sexto transitorio del respectivo decreto).

Lo anterior trae como consecuencia una modificación de no poca importancia, que puede valorarse desde dos ópticas diferentes. Bajo una primera perspectiva, se fortalece la unipersonalidad del presidente de la República en la toma de estas decisiones. Bajo un segundo punto de vista, el nuevo esquema busca agilizar la aprobación de la restricción o suspensión tomando en cuenta la necesidad de una mayor inmediatez y que existe hoy la posibilidad de un posterior control jurisdiccional de la medida.

Cabe destacar que, a lo largo del tiempo, varios autores observaron lo ilógico que resultaba que el órgano de aprobación de la propuesta presidencial se integrara por colaboradores directos del presidente, pues ello —se decía— vaciaba de contenido el supuesto control político que suponía dicha aprobación. En efecto, parecía claro que una oposición a la decisión por alguno de esos funcionarios resultaría inconsecuente, considerando que el presidente posee una facultad discrecional para removerlos y para nombrar a otros, muy probablemente afines a la medida, en cualquier momento que estimara conveniente.²⁶

Ahora bien, no puede soslayarse lo establecido por el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la “suspensión de las obligaciones contraídas” por un Estado Parte de esta Convención, como lo es México. Es cierto que la suspensión de la plenitud y el ejercicio de los derechos trae aparejada la suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado parte ha asumido, al haber suscrito y aprobado la Convención. Sin embargo, es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar el estado de

²⁵Así, Jorge Carpizo, “Suspensión de garantías individuales”, en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional México*, Porrúa/UNAM-III, 2002, p. 563; Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *op. cit.*, p. 503.

²⁶Cfr. Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *op. cit.*, p. 503; Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, *op. cit.*, 760.

emergencia. En una primera instancia corresponde a las autoridades nacionales ejercer el “adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.²⁷ La Convención puede verse entonces como un ordenamiento que suma o agrega límites infranqueables a la actuación estatal en el procedimiento de la suspensión.²⁸ Además, el artículo 27.3 dispone que:

Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la [...] Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Es una norma equivalente a la que para el ámbito de las Naciones Unidas dispone el artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El cumplimiento del artículo 27.3 es un requisito indispensable del procedimiento de suspensión de garantías en estados de emergencia.²⁹ Esta obligación internacional de los Estados constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a la Convención, en cuanto su objeto y fin último es la protección del ser humano.³⁰ Además, constituye una salvaguardia adicional para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados Parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones convencionales.

3. *El objeto del procedimiento. ¿Restricción o suspensión?*. La reforma constitucional de 2011 incorporó la “restricción” como otra de las acciones que pueden determinarse para hacer frente a una situación de excepción, al lado de la tradicional “suspensión” de derechos. Surge entonces la pregunta respecto a qué añade la “restricción” a la regulación contenida en el renovado artículo 29 constitucional. Durante el proceso de reforma constitucional, en el dictamen senatorial del 7 de abril de 2010 se advierte que la Cámara estimó la conveniencia de incorporar el concepto de la restricción, pero sin señalar los motivos que lo sustentaban.

Desde un punto de vista conceptual, una cosa es la “suspensión” y otra la “restricción” de los derechos, lo cual tiene, desde luego, repercusiones prescriptivas. Bajo circunstancias excepcionales, el artículo 29 autoriza medidas suspensivas de derechos. Pero en condiciones de normalidad, no caben nunca tales medidas suspensivas, sino

²⁷Véase Corte IDH, caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 166, párrafo 47.

²⁸Así, también: Pedro Salazar Ugarte, “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* [Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.)], tomo I, México, SCJN/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 237.

²⁹Véase Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 72, párrafo 92.

³⁰Véase Corte IDH, caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 166, párrafo 70.

solamente condiciones de *restricción* al *ejercicio* de los derechos y garantías, en los términos previstos por cada disposición que a cada uno de ellos dedica la Constitución. Las limitaciones y restricciones de los derechos y libertades están previstas en cada precepto constitucional que en específico los configuran.³¹ Por ello, no podría pretenderse una equiparación acrítica, ni una confusión entre la “suspensión” y la “restricción” de los derechos.³²

Ahora bien, no obstante que “restricción” y “suspensión” constituyen instituciones diversas en la teoría de los derechos fundamentales, es imperativo dotarles de una significación adecuada en el marco del artículo 29 constitucional. Con Salazar Ugarte, se estima que una forma adecuada de comprender sus diversos alcances se encuentra en los diferentes efectos prácticos que se desprenden de ambas figuras.³³ Habrá oportunidades en que pueda no llegarse al extremo de “suspender”, sino que las determinaciones respectivas puedan imponer medidas menos drásticas y contundentes, dando cabida a diversas modalidades de meras restricciones. Estas medidas restrictivas (no suspensivas) tendrían un significado diferente respecto a las restricciones prevalecientes en tiempos de normalidad constitucional, que se desprenden de cada disposición jurídica de los derechos. De esta manera, puede obtenerse un sentido interpretativo apropiado a las restricciones en tiempos de emergencia, dentro de un sistema cuyo centro de gravedad son los derechos humanos.³⁴

Las posibilidades de esas medidas restrictivas, en todo caso, se encontrarían en niveles de intensidad ubicados por debajo del nivel extremo en donde se ubica la suspensión, en función del principio de proporcionalidad aplicable a la situación emergente. Ejemplo de ellas podría ser la restricción a la movilidad de personas en ciertas zonas y horarios determinados, en nombre del estado de excepción, sin llegar al extremo de suspender el ejercicio de la libertad de tránsito en toda una ciudad o población, con horarios ilimitados.

4. *Ámbitos de aplicación: geográfico, temporal y personal.* La Constitución establece que la restricción o suspensión de derechos y garantías puede abarcar “todo el país” o “un lugar determinado” de su territorio. Es razonable pensar que la extensión del territorio a la que puede afectar la medida es directamente proporcional a la gravedad

³¹También la Corte Interamericana ha distinguido la “suspensión” de la “restricción”, a la luz de la Convención Americana. Cfr. Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párrafo 14.

³²Para diversas explicaciones en torno a esas diferencias, véanse: Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 67-74; Germán González Campaña, “Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia”, en VV. AA., *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. VII-1; Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit., pp. 153-154; Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015, pp. 60-69; Eber Omar Betanzos Torres, *¿ artículo 29 constitucional: una aproximación general*, México, CNDH, 2015, pp. 63-64.

³³Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, op. cit., p. 760.

³⁴Cfr. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit., p. 153.

de la situación excepcional. No es lo mismo enfrentar una situación de guerra con repercusiones que rebasen las fronteras nacionales, que hacer frente a una situación epidemiológica en determinada región, un fenómeno meteorológico en alguna zona del país, o un altercado de inseguridad pública focalizado en alguna porción territorial o dentro de una entidad federativa.

En cuanto a la temporalidad, existen al menos dos reglas a tomar en cuenta en el procedimiento de suspensión. La primera es aplicable a la acción inicial para enfrentar la excepción, la cual debe ser “rápida”, en atención a la urgente necesidad de reacción asociada a estos casos. La segunda se refiere propiamente a la duración de la medida. En este aspecto la “restricción o suspensión” debe hacerse por un “tiempo limitado”. Se ha sostenido que puede haber dos posibilidades: que la suspensión dure un tiempo determinado (por ejemplo, seis meses o un periodo de sesiones del Congreso), o bien, que se prolongue durante un plazo definido, pero ilimitado, como resulta de la definición de un plazo en función de la duración de la emergencia.³⁵

Sin embargo, la única interpretación posible, por constitucionalmente adecuada de la suspensión en su actual contexto constitucional, es su durabilidad siempre precisa. Tal como lo expresa el supuesto jurídico, la suspensión debe determinarse por “tiempo limitado”, sin que pueda considerarse que la duración indeterminada de una emergencia habilite un plazo sin fecha de conclusión, so pretexto de que puede no saberse de antemano cuándo terminará la emergencia. En esta lógica, sostener que la suspensión durará lo mismo que la emergencia no se compadecería de la regla constitucional.

En todos los casos, la Constitución exige la duración acotada de la medida, lo que significa que el decreto respectivo debe acompañarse de un esfuerzo argumentativo que sostenga el cálculo temporal correspondiente. En caso de que se agotara dicho plazo, sin que se considerara cubierta la emergencia, es razonable su renovación, bajo los mismos principios y reglas que rigen a la propuesta inicial. La carga de renovar el plazo es propia de un procedimiento tan delicado como el de la suspensión. Ello incluso permitiría la revisión periódica sobre el adecuado uso de las facultades concedidas al Ejecutivo, a propósito de la emergencia.

Finalmente, el artículo 29 prevé que la restricción o suspensión no puede contraerse a persona determinada. Esta precisión atiende a la finalidad de que los términos de la suspensión mantengan las características de la generalidad y abstracción normativa, sin llegar nunca a la especificidad de un caso personalizado. Ello se encuentra además en una línea de congruencia con lo dispuesto por el artículo 13 de la propia Constitución, que prohíbe las leyes privativas o de caso único.³⁶

En relación con las delimitaciones de tiempo y lugar en esta materia, cabe traer a colación el caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, fallado por la Corte Interamericana. En este asunto, las autoridades de Ecuador emitieron un decreto motivado por “un grave estado de conmoción interna en el territorio nacional” como consecuencia de “hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y con-

³⁵Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *op. cit.*, p. 506.

³⁶*Idem.*

siderables perjuicios a la propiedad pública y privada”. La Corte observó que dicho decreto no fijó un límite espacial definido para la aplicación de las medidas, sino que dispuso la intervención de las fuerzas armadas en *todo* el territorio nacional. Tampoco había determinado un *límite temporal* para la intervención militar que permitiera saber con precisión la duración de la misma, además de que no había establecido con claridad los derechos que serían suspendidos.³⁷ Para esa Corte, una intervención militar de tan extendidos alcances, y en función de objetivos tan amplios y difusos, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención Americana en su art. 27.1. Como también aquí se ha insistido, la Corte recordó que esta suspensión debe operar como una medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, además de que no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común.³⁸

5. Las “prevenciones generales” y “autorizaciones” del Poder Legislativo. Las facultades extraordinarias del Poder Ejecutivo para legislar. La restricción o suspensión debe verificarse “por medio de prevenciones generales”. En principio, y en consonancia con lo señalado con anterioridad, estas prevenciones no pueden ser concretas o individuales, sino caracterizarse por la abstracción en sus disposiciones y alcances. Estas prevenciones han de figurar en el propio decreto de suspensión, aunque deben invocarse también en cada decreto posterior,³⁹ como puede ser, por ejemplo, en alguno que proponga la necesaria renovación por haber concluido el tiempo inicialmente fijado para la suspensión. Las prevenciones generales forman parte de la fundamentación y motivación de los decretos, exigidas por el propio artículo 29, en su párrafo tercero. En el pasado, incluso se consideró precisa la emisión por el Congreso de la Unión de una Ley en ese sentido, como sucedió con la Ley de Prevenciones Generales del 13 de junio de 1942, reglamentaria del decreto de suspensión de garantías del 2 de junio de ese mismo año, ya referidos con anterioridad.⁴⁰

La Constitución dispone que si la restricción o suspensión tuviera lugar encontrándose reunido el Congreso, éste debe conceder las “autorizaciones” que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. En caso de que la restricción o suspensión se verificara en tiempo de receso, debe convocarse “de inmediato” al propio Congreso para que acuerde las referidas autorizaciones. Antes de la reforma de 2011, el texto refería que la convocatoria debía emitirse “sin demora”, lo que constituyó un cambio de redacción de tipo semántico.

Las “autorizaciones” son competencia única y exclusiva del Congreso de la Unión.⁴¹ A su vez, estas autorizaciones se traducen en las “facultades extraordinarias” para

³⁷Corte IDH, caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 166, párrafos 48 y 94.

³⁸*Ibidem*, párrafo 52.

³⁹Cfr. Elisur Arteaga Nava, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 3, México, Oxford University Press, 1999, p. 954.

⁴⁰Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, *op. cit.*, pp. 217-221.

⁴¹Por tanto, no puede considerarse en modo alguno la competencia de la comisión permanente para formularlas. En ese sentido, Diego Valadés, “Estado de excepción”, *op. cit.*

legislar en manos del Ejecutivo.⁴² En efecto, en escenarios de excepción, se reconocen facultades de carácter extraordinario al presidente de la República para emitir legislación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 constitucional —comentado en otra parte de esta obra—, el cual establece lo siguiente:

Art. 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, *salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29*. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar” (cursivas nuestras).

La doctrina ha observado que estas facultades extraordinarias representan una excepción al principio constitucional de división de poderes instituido en el propio artículo 49, primer párrafo.⁴³ Estas facultades implican atribuciones delegadas por el Poder Legislativo al presidente de la República a efecto de que expida normas jurídicas imprescindibles para acompañar la reacción del Estado frente a la situación de emergencia. El objetivo de esta normativa es limitado: contribuir a encarar con éxito la situación de emergencia.

Con base en estas facultades, se ha afirmado que en estos casos el Poder Ejecutivo adquiere un predominio temporal sobre los otros poderes, al activarse una suerte de poder monocrático.⁴⁴ No obstante esta observación, que puede ser verdadera hasta un cierto grado, lo cierto es que el sistema cuenta en la actualidad con un control judicial *ex profeso*. Por tanto, esas facultades presidenciales, omnímodas sólo en vía de principio, deben contar con el aval jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser consideradas válidas y plenamente eficaces. Así se desprende del párrafo quinto del artículo 29, que establece una competencia preceptiva del máximo tribunal del país, de carácter oficioso, como fase final de validación del procedimiento.

Como puede observarse, el ordenamiento constitucional exige un conjunto necesariamente ordenado de actuaciones que va desde la determinación de la emergencia, la decisión respecto a qué derechos o garantías han de suspenderse y, sólo después, la resolución del Congreso en el sentido de delegar facultades extraordinarias para legislar a favor del Ejecutivo. Finalmente, se activa el control jurisdiccional oficioso de la medida. Ello quiere decir que sin esas previas determinaciones escalonadas, de forzosa verificación, toda delegación legislativa resultaría contraria a la Constitución. Ello, además de que también sería inconstitucional cualquier legislación que, en ejercicio inadecuado de la delegación, se refiriera a otras materias diferentes o inconexas de la situación emergente.⁴⁵

⁴² Así, Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 219.

⁴³ Así, Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *op. cit.*, pp. 498 y 506.

⁴⁴ Así, por ejemplo, Pedro Salazar Ugarte, “Artículo 29”, *op. cit.*, 750.

⁴⁵ Cfr. Jorge Carpizo, “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, *op. cit.*, p. 53.

Por último, cabe señalar que, de conformidad con el artículo 73, fracción VIII, de la Constitución —a cuyo comentario correspondiente, en esta misma obra, remitimos— el Congreso de la Unión cuenta con facultades en materia de deuda pública, a efecto de otorgar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda contratar empréstitos durante una situación de emergencia.

6. *Derechos y garantías que no pueden suspenderse.* Con la nueva plataforma teleológica de la Constitución incorporada con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, el artículo 29 modificó el objeto del régimen de suspensión: antes aludía únicamente a “garantías” (expresión adscrita al constitucionalismo decimonónico que trascendió a la Constitución de 1917), mientras que ahora lo que se puede suspender son “los derechos y sus garantías”, es decir, los derechos propiamente dichos y sus vehículos de protección. La suspensión debe hacerse cargo también de esta distinción a la hora de operar sus efectos y de enmarcar las posibilidades de la actuación estatal.

Aun así, la expresión “suspensión de derechos y garantías” resulta ambigua porque en realidad lo que la norma puede perseguir es sólo la posibilidad de suspender, temporalmente, el *ejercicio efectivo* de derechos y garantías, y no los “derechos y garantías” en sí mismos. Los derechos humanos susceptibles de suspensión y su titularidad nunca dejan de ser reconocidos por la Constitución, sino que ésta solamente autoriza una transitoria parálisis en la plenitud de su ejercicio y la correlativa obligación del Estado de protegerlos.

En otras palabras, los derechos susceptibles de suspensión no desaparecen del ordenamiento: únicamente quedan expuestos a intervenciones concretas del Estado que, por virtud de la excepción, queda habilitado para inobservar temporalmente sus deberes de promoción, respeto, protección y garantía, que le son perfectamente exigibles en tiempos de normalidad,⁴⁶ en términos de lo establecido por el artículo 1º, párrafo tercero, constitucional.

La segunda trascendente novedad a partir de la reforma de 2011 es la especificación expresa de derechos y garantías que no admiten la “restricción o suspensión” de su ejercicio. Esta adición entraña una diferencia sustancial respecto al esquema existente en la Constitución original de 1917 que, durante décadas, fue omisa al respecto. Esa situación daba cabida a la idea de que todas las “garantías individuales” podían suspenderse. Tal interpretación encontraba su base en el hecho de que la Constitución antecesora, de 1857, sí había establecido una hipótesis expresa de exclusión: no podían suspenderse las “garantías que aseguran la vida del hombre”, lo que la de 1917 eliminó.

En la actualidad, el artículo 29 es expreso en el sentido de que existen límites materiales infranqueables para las autoridades: no cualquier derecho humano o garantía puede suspenderse. Los derechos no susceptibles de suspensión, bajo ninguno de los motivos de excepción, son los siguientes: derecho a la no discriminación, al reconoci-

⁴⁶Un análisis en esta dirección —referido al sistema constitucional español— se encuentra en: Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, 1983, en especial, pp. 471-472.

miento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Esta relación de derechos y garantías “insuspondibles” evoca la idea de aquello que en la teoría jurídica se ha denominado “coto vedado”,⁴⁷ en referencia aquí a aquellos derechos intangibles en situaciones de excepción, dentro del marco del Estado democrático de derecho.

Es especialmente significativo que el catálogo de derechos insuspondibles se inspira de manera directa en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros instrumentos regionales, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁴⁸ Esa asimilación dista de carecer de importancia práctica. El renovado régimen de suspensión de la Constitución mexicana no sólo cuenta ahora con una impronta marcadamente interamericana, sino que tiene en este sistema supranacional un referente interpretativo de especial relevancia. Por ello, cabe preguntarse si en el sistema constitucional deben considerarse como derechos no suspendibles otros derechos no explícitos, como ciertos derechos de carácter procesal que sirven para viabilizar la protección de derechos expresamente insuspondibles, como lo ha reconocido la jurisprudencia interamericana.⁴⁹

El renovado artículo 29 ha dejado en claro que lo “suspendible” es el ejercicio de determinados derechos y garantías sin que nada establezca respecto de otras normas constitucionales. Este debate tiene relevancia histórica en nuestro país, al haberse presentado la disyuntiva, durante el debate constituyente de 1856-1857 y en años posteriores, respecto a si la suspensión podría abarcar otras “garantías” de la Constitución, como por ejemplo, el principio de división de poderes.⁵⁰

En la actualidad, resulta inconducente participar de esa idea, no sólo porque ésta implicaría una extensión ilegítima de facultades no explícitas de los poderes políticos en esta materia, sino, sobre todo, porque ello tergiversaría la finalidad de la institución,

⁴⁷Sobre el concepto de “coto vedado”, en el que quedan resguardados los derechos fundamentales “no negociables”, véase Ernesto Garzón Valdés, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 12, abril de 2000, pp. 7-34.

⁴⁸Cfr. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, op. cit., p. 148.

⁴⁹Para análisis sobre la jurisprudencia interamericana en materia de suspensión de derechos y garantías, remitimos a: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons/UNAM, 2016, pp. 997-1020. Asimismo, véase Gabriela Rodríguez, “Artículo 27: Suspensión de garantías”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* [Christian Steiner y Patricia Uribe, coords.], México/Bogotá, SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 678-686.

⁵⁰Sobre ese amplio debate, véase Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., pp. 234-242.

que de ningún modo puede dar fundamento a una desagregación de dichos poderes, en beneficio de la concentración del mismo en alguno o algunos de ellos.

En este tema, es importante destacar que la suspensión de garantías en ningún momento significa la suspensión del Estado de derecho, o una autorización al gobierno para apartarse del principio de legalidad. Es verdad que bajo la vigencia de las medidas suspensorias, los límites a la actuación del poder público son distintos a los vigentes en condiciones de normalidad, pero ello no significa que puedan considerarse inexistentes. El gobierno no está investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que está autorizada la situación de la “legalidad excepcional de emergencia”.⁵¹

Ahora bien, ¿cuáles derechos *sí* pueden verse afectados por la restricción o suspensión? En principio, podrán restringirse o suspenderse los derechos que no se encuentren explícitamente reconocidos como “insuspendibles” por el artículo 29, tanto en lo que corresponde a su regulación constitucional como en lo que toca, se entiende, a su regulación en los ordenamientos legales y reglamentarios, que les den un contenido en esas fuentes normativas. Ése es el objeto válido de la suspensión en vía de principio, pues podría suceder que algún derecho o garantía no establecido expresamente en el artículo 29 pueda quedar protegido como “insuspendible”. Esto sucedería si, en su caso, se llegase a concluir que su afectación provocaría irremediablemente la de un derecho que *sí* está catalogado como tal, como se mencionó con anterioridad.

Recuérdese que el artículo 29 mantiene la premisa consistente en visualizar a los derechos como “obstáculo”. Esta imagen constituye una representación diáfana de la extraordinaria anormalidad que debe atribuirse a estos casos, lo que impone una interpretación marcadamente restrictiva de las circunstancias que avalan la excepción, con fundamento en el artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución. La restricción o suspensión no podría afectar derechos que *no* impliquen un “obstáculo” para hacer frente rápida y fácilmente a la situación de emergencia.

El primer párrafo del artículo 29 se refiere a esta característica: si un derecho o garantía es “suspendible”, pero no constituye un “obstáculo” para encarar la situación de emergencia, ni está relacionado con la necesidad de hacerlo de manera rápida y fácil en la situación, *no* puede suspenderse. Es imprescindible que el acto de autoridad justifique a cabalidad la relación lógica del medio al fin perseguido, por lo que si esta relación está ausente, es imposible sostener jurídicamente la suspensión.

7. Motivación, proporcionalidad y principios que rigen la suspensión. La reforma de 2011 también trajo consigo la exigencia específica de que la restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías deba estar *fundada y motivada* “en los términos establecidos por la propia Constitución”. Además, impone la obligación de que esta medida sea “proporcional” en relación con el peligro al que se pretende hacer frente. Adicionalmente, la medida debe observar en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. La incorporación de estos

⁵¹ Así lo ha establecido la jurisprudencia interamericana. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrafos 24, 39 y 40; y Opinión Consultiva OC 9/87, *op. cit.*, párrafos 35-37.

principios a la Constitución se debe, destacadamente, al influjo del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia.

El acto de suspensión es un acto de autoridad y, en esa medida, en el sistema jurídico mexicano vigente le son expresamente exigibles los requisitos de debida fundamentación y motivación, como a cualquier otro acto del poder público. La ausencia de estos elementos provocaría su invalidez, lo que podría advertirse en la fase de control político, o determinarse en la fase del control jurisdiccional del procedimiento. En la actualidad, la fundamentación y la motivación del acto de suspensión constituye un derecho fundamental con garantías reforzadas, pues con base en los artículos 14 y 16 constitucionales ya era imperativa esa conclusión interpretativa.

El deber de la proporcionalidad de la medida implica que la autoridad presidencial, y la congresual que participa en su aprobación, no cuenta con discrecionalidad valorativa respecto a los alcances y las consecuencias de la decisión. La determinación suspensoria está sujeta a los lineamientos específicos que la proporcionalidad entraña, esto es, a la legitimidad, necesidad, idoneidad y razonabilidad de la suspensión o restricción que pretende decretarse.

Además de esas condicionantes, la medida debe encontrarse apegada también a los señalados principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.⁵² Los principios de legalidad y racionalidad refuerzan la obligación que pesa sobre los poderes políticos de ceñir su actuación a las disposiciones constitucionales que prevén y regulan el procedimiento. Dentro de ese marco, deben tomarse en consideración las obligaciones del Estado previstas en el orden internacional, específicamente en la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La decisión debe estar sustentada en ese conjunto normativo y justificada con argumentos que la expliquen racionalmente.

Los principios de proclamación y publicidad de la suspensión implican exigencias que, establecidas ahora constitucionalmente, vienen impuestas por el derecho internacional. Estos principios implican el deber de las autoridades de que la suspensión se verifique en amplias condiciones de transparencia, que hagan del pleno conocimiento social las características y los elementos de la medida. La proclamación de la medida se orienta hacia la finalidad de evitar los estados de excepción *de facto*.⁵³

Estos principios comportan también el cumplimiento de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado mexicano que, como se ha mencionado, en estas situaciones está obligado a informar inmediatamente a las secretarías generales de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y de la Organización de Estados Americanos (artículo 27.3 de la

⁵²Para una revisión del significado de estos principios, y de otros provenientes del Derecho internacional, aplicables en la materia, puede verse Isabel Montoya Ramos, *Los principios de la suspensión de derechos a la luz del Derecho internacional y del artículo 29 constitucional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, pp. 79-121.

⁵³Cfr. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Buenos Aires, AECID/UNAM/Asamblea Permanente por los Derechos Humanos/El Mono Armado, 2010, p. 94.

Convención Americana). Estas obligaciones internacionales del Estado mexicano son complementarias a las directrices fijadas por el artículo 29 en el orden constitucional.⁵⁴

Finalmente, el principio de no discriminación aplicable a situaciones de excepción impone la carga de que la decisión respectiva observe el respeto irrestricto a la igualdad de las personas frente al ordenamiento jurídico. Es preciso tomar en consideración que la Constitución mexicana concede una posición preferencial a la prohibición de discriminación de ciertas categorías socialmente relevantes. El párrafo quinto del artículo 1º prohíbe toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

8. *Terminación de la medida suspensiva.* ¿En qué momento debe tenerse por terminada la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías? De acuerdo con el precepto en análisis, existen dos hipótesis: a) cuando se cumpla el plazo establecido por el propio decreto, o b) cuando así lo determine el Congreso, de manera unilateral y definitiva,⁵⁵ con independencia de si se ha cumplido o no el plazo fijado por el decreto presidencial respectivo. Cuando alguno de esos supuestos se actualice, todas las medidas legales o administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán igualmente sin efecto, de modo inmediato, sin trámite adicional alguno.⁵⁶ Al fenecer definitivamente, las medidas respectivas no pueden ser objeto de ratificación posterior, en tiempos de normalidad constitucional, como inexactamente ocurrió en el pasado.⁵⁷ Además, en caso de que el Congreso de la Unión hubiese revocado la restricción o suspensión, por cualquier motivo, el Ejecutivo no podrá hacer observaciones a ese decreto legislativo.

A partir de los principios de proclamación y publicidad referidos con anterioridad, se entiende que la cesación de los efectos del estado de excepción debe seguir igualmente el procedimiento de comunicación oficial, tanto en el instrumento doméstico oficial como a través de los canales internacionales establecidos.⁵⁸

Finalmente, cabe insistir en que el conjunto de limitaciones oponibles a las facultades presidenciales hasta aquí desarrolladas no se encontraba previsto antes de la reforma de 2011. Este escenario fortalece las herramientas constitucionales para el control del Poder Ejecutivo en esta materia. Con ello, la excepción al principio de división de poderes que en inicio implica el mecanismo de la suspensión queda, en realidad, mediatizada. Ello es así como consecuencia de la amplia relación de condi-

⁵⁴Cfr. Eber Omar Betanzos Torres, *El artículo 29 constitucional: una aproximación general*, op. cit., p. 76.

⁵⁵Cfr. Pedro Salazar Ugarte, "Artículo 29", op. cit., p. 763.

⁵⁶Cfr. Jorge Carpizo, "México, la Constitución y las situaciones de emergencia", op. cit., p. 50.

⁵⁷Cfr. *Ibidem*, pp. 51-53. Véase, asimismo: Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, op. cit., pp. 243-249, en donde argumenta la inconstitucionalidad del decreto congressional de cesación del estado suspensivo de garantías, del 28 de septiembre de 1945, que convertía en leyes "ordinarias" diversos cuerpos legales de emergencia.

⁵⁸Cfr. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., p. 97.

ciones cuyo incumplimiento, en alguno de sus extremos, puede propiciar la pérdida de sus efectos, ya sea en fase de control político, o en la del control jurisdiccional operado oficiosamente por la Suprema Corte de Justicia, o a instancia de parte ante otros tribunales de la Federación.

9. *Control jurisdiccional de la medida suspensiva.* Como se adelantó, la reforma de 2011 instituyó la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que de oficio “revise inmediatamente” los “decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión”. Además, la Suprema Corte debe pronunciarse con la mayor prontitud sobre la constitucionalidad y validez de esos decretos. Estamos en presencia de un elemento procedimental inédito, que resulta claramente revelador de la transformación democrática del mecanismo de la suspensión.

Sin embargo, la redacción del párrafo en análisis no es enteramente diáfana: ¿A qué se refiere la Constitución cuando prevé el control oficioso de los “decretos” del Ejecutivo “durante” la restricción o suspensión? ¿Quiere ello decir que el control oficioso no incluye el decreto inicial, que es el que desencadena la restricción o suspensión? ¿Incluye esta disposición la posibilidad de someter a control judicial *ex officio* las denominadas “prevenciones generales” o las “facultades extraordinarias” para legislar?

En primer lugar, la palabra “durante” en este supuesto cabe interpretarse no en el sentido estricto que revela su literalidad, sino como un concepto inclusivo del propio decreto inicial que propone la suspensión, además de todas las medidas posteriores que se verifiquen como consecuencia del mismo.

Esta competencia es la única que la Constitución reconoce a la Suprema Corte como una atribución que puede ejercer de oficio, desde el impulso mismo del control jurisdiccional, esto es, sin que medie petición de parte alguna. Esta configuración competencial cobra todo su sentido en el extraordinario interés social que recae sobre un acto del poder público de tanta gravedad para el Estado. En este tenor, el control de regularidad de la medida puede activarse por la propia Suprema Corte desde el momento inmediatamente posterior a que los actos respectivos se hayan emitido.

Aun cuando no se prevé de manera expresa una vía diferente al señalado control oficioso, no hay razones de peso suficientes para negar la procedencia del juicio de amparo en contra de actos concretos de aplicación del decreto suspensivo, aún por vicios de la propia legislación de emergencia,⁵⁹ tal como incluso sucedió en determinados supuestos en el pasado, bajo el esquema anterior de la suspensión. Dependerá de los méritos de cada caso concreto dilucidar la admisibilidad del juicio, pues si se cumplen a cabalidad las exigencias de la suspensión, señaladamente, que se suspenda un derecho no indicado como “insuspendible” y que efectivamente haya debido decretarse para hacer frente rápida y eficazmente a una situación emergente, se trataría de un caso de improcedencia de este juicio. Pero esta circunstancia, en vía de principio,

⁵⁹En ese sentido, también Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 851; Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, op. cit., pp. 230-242; Jorge Carpizo, “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, op. cit., p. 45.

sólo podría ser determinada con un análisis de fondo a los planteamientos de una eventual demanda de amparo.

Por tanto, en términos generales, el juicio de amparo resulta una vía idónea para que los tribunales de la Federación analicen la supuesta vulneración a cualquiera de los elementos que la Constitución y el orden internacional imponen a las autoridades. Esta vía de impugnación es independiente del control oficioso que sobre los decretos respectivos, desde una perspectiva abstracta u objetiva, ostenta la Suprema Corte. Debe tenerse por supuesto que si la Corte determina la inconstitucionalidad e invalidez de algún decreto, ello impactará inmediatamente en la invalidez también de los actos de aplicación concreta del mismo.

Cabe recordar que, bajo el sistema anterior, cuando se emitió el decreto de suspensión publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1942, la correlativa Ley de Previsiones Generales, reglamentaria de ese decreto, estableció en su artículo 18 la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclamara la inconstitucionalidad de alguna disposición de las leyes de emergencia o de algún acto derivado de ellas. Aun así, la Suprema Corte de Justicia, al conocer de casos de aplicación de esa ley, estableció que la improcedencia del amparo no podía ser lisa y llana, sino que debía analizarse en cada caso la debida aplicación de las leyes de emergencia, y resolver en consecuencia. Además, declaró en otros casos que, desde luego, el amparo en tiempos de excepción no era improcedente si las leyes reclamadas no estaban relacionadas con la suspensión de garantías.⁶⁰

El nuevo esquema de la suspensión avala la procedencia del juicio de amparo en similares términos, y en la actualidad con mayor razón, a partir del mucho más amplio cúmulo de condiciones y limitaciones que deben cumplir las autoridades que participan en el procedimiento.

También en este aspecto debe tomarse en cuenta lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la improcedencia de la suspensión frente a las “garantías judiciales indispensables” para la protección de derechos insusceptibles, así como respecto de la institución del *habeas corpus*. En la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana estimó que tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.6,⁶¹ como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1,⁶²

⁶⁰Para un análisis pormenorizado del artículo 18 de esa Ley, véase Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales, op. cit.*, pp. 231-242.

⁶¹De acuerdo con este artículo, el procedimiento consiste en lo siguiente: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

⁶²Este precepto establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En su Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párrafos 22-24, la Corte confirma y robustece sus argumentos sobre el amparo como medio procesal aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estados de emergencia.

son “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.⁶³ En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia interamericana, los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2 de la Convención.⁶⁴ Ello dista de ser irrelevante para la comprensión de este tema en el sistema constitucional, considerando que una conclusión contraria comprometería las obligaciones del Estado mexicano con la comunidad internacional.

Finalmente, cabe cuestionarse respecto a la posibilidad de controvertir los actos y las normas relativos al procedimiento de suspensión mediante otras vías de control de regularidad constitucional, como son las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.

En lo tocante a las controversias constitucionales, no debieran suscitarse demasiadas dificultades interpretativas para concluir que sería una vía posible para impugnar tanto los decretos de suspensión, como las diversas etapas de los respectivos procedimientos de emisión. También es posible considerar incluidas, como eventual objeto de impugnación en esta vía, a las leyes emanadas de las facultades presidenciales extraordinarias para legislar, así como también las etapas del procedimiento mediante el cual el Congreso otorgara las mismas.⁶⁵ Para ello, sería necesario que las controversias respectivas fueran promovidas por un sujeto legitimado, a la luz del artículo 105, fracción I, de la Constitución, en contra de actos de los poderes públicos que participan en estos casos.

Por cuanto hace a las acciones de inconstitucionalidad, Fix Fierro, al evaluar el esquema anterior a 2011, fue de la opinión de que éstas resultarían “notoriamente improcedentes para combatir las leyes de emergencia que dictara el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias”.⁶⁶ Sin embargo, en el esquema en vigor, considerando que no existe una causal expresa de improcedencia en este tema, estimamos que no habría obstáculo legítimo alguno para negar su análisis por la Suprema Corte. Resultaría insuficiente la calificación de las leyes como “de excepción”, a diferencia de aquellas que se generan en la normalidad constitucional, máxime que aquellas leyes no son producidas por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de facultades delegadas. Estas condiciones de anormalidad incentivan aún más un escenario de control jurisdiccional sobre esas leyes. Además, toda vez que en la actualidad la Corte está facultada de manera expresa para conocer de la validez de los decretos de suspensión, no se advierten razones suficientes para negar que pueda juzgar la constitucionalidad y validez de las leyes de emergencia cuando el control sea instado por un sujeto legitimado en acciones de inconstitucionalidad.

⁶³ Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género en tanto que el *habeas corpus* es uno de sus aspectos específicos. Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrafo 34.

⁶⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrafos 42-43, y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 26, 31-33.

⁶⁵ Cfr. José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 144-145.

⁶⁶ Héctor Fix Fierro, “Artículo 29”, *op. cit.*, p. 508.

10. *Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución federal*. De conformidad con el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma del 10 de junio de 2011, el Congreso de la Unión debió expedir la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de dicho decreto. En la actualidad, habiéndose superado ese plazo, persiste el deber del Poder Legislativo en ese sentido, con la complejidad que implica el desarrollo legal de un sistema constitucional cargado de condiciones, requisitos y limitaciones formales y materiales, presidenciales y congresuales, a efecto de viabilizar la suspensión. En todo caso, se trata de una ley que será inédita en el sistema jurídico mexicano y que deberá estar imbuida de la teleología moderna y proteccionista de los derechos, en la línea del régimen constitucional vigente.

Una mirada al constitucionalismo latinoamericano y al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

Las constituciones liberales latinoamericanas que se abrieron paso desde finales del siglo XIX también enseñan distintas regulaciones de la “suspensión de derechos” a consecuencia de una declaración oficial de excepción o de emergencia.⁶⁷ Sin embargo, en perspectiva histórica, la región latinoamericana ha visto con frecuencia cómo el propósito del estado de excepción fue tergiversado por gobiernos de carácter autoritario. Con recurrencia, en lugar de utilizarse como medio de defensa del Estado democrático, terminaba por socavarlo, en detrimento de los derechos humanos de la población y, en general, en perjuicio del propio orden constitucional. Este uso indebido del estado de excepción ha enmascarado trágicos golpes de Estado y propiciado dictaduras, muchas de ellas militares, en varios países del hemisferio. La doctrina ha documentado con detalle este fenómeno de la realidad política latinoamericana.⁶⁸

Los ordenamientos constitucionales de América Latina lógicamente difieren en las condiciones que debe colmar la procedencia de una declaración de excepción empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades au-

⁶⁷Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 806-811; Gabriel L. Negretto y José Antonio Aguilar Rivera, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000, pp. 1797 y ss.; Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, *op. cit.*, especialmente, pp. 45 y ss.

⁶⁸Para estudios de derecho comparado, *cfr.* Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM-III, 1974, especialmente, pp. 47 y ss.; Domingo García Belaunde, “Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas”, en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo I, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987, pp. 353-388. La literatura jurídica latinoamericana sobre el tema no ha dejado de ser prolija. Como ejemplos de recientes análisis referidos a particulares sistemas constitucionales de excepción, pueden citarse: Lautaro Ríos Álvarez, “Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 277-296; Rubén Flores Dapkevicius, “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 89-106; o Carlos Parra Dussán y María Teresa Palacios Sanabria, “Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional”, en VV.AA., *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 349-398.

torizadas para emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las medidas adoptadas, o los efectos y la temporalidad de las propias medidas. También es variable la posibilidad y, en su caso, las características de un eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.⁶⁹

Sin embargo, una paulatina evolución en la dirección del control ha posibilitado la revisión por los tribunales de tales medidas, las cuales, hasta hace no mucho tiempo, eran consideradas como cuestiones políticas no justiciables.⁷⁰ Sin duda, una etapa culminante de esta tendencia es la eventualidad del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en términos del artículo 27 de la Convención Americana.

Con todo, no obstante su creciente aproximación a los estándares internacionales e interamericanos, las regulaciones que ofrecen las constituciones latinoamericanas distan de ser uniformes en la materia. Sólo a efecto de evidenciar las diferencias que en el plano terminológico se presentan al calificar estas situaciones, constátese, por ejemplo, el empleo de las expresiones “estado de sitio” en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 137) y Honduras (artículo 188); “estado de excepción” en Bolivia (artículo 137), Colombia (artículo 214), Ecuador (artículo 164), Paraguay (artículo 288), Perú (si bien aquí puede ser de dos clases: “estado de emergencia” o “estado de sitio”, de acuerdo con el artículo 137), Venezuela (en donde se clasifica en “estado de alarma”, “estado de emergencia económica” y “estado de conmoción”, de conformidad con el artículo 338); “situación de excepción” en Chile (artículo 39); “estado de defensa” en Brasil (artículo 136); “estado de conmoción” en Colombia (artículo 213), que se diferencia de lo que ahí mismo se conoce como “estado de emergencia” (artículo 215), y sus análogas expresiones inglesas “state of emergency” o “public emergency” en Barbados (artículo 25), Dominica (artículo 17), Granada (artículo 17), Jamaica (artículo 26), Surinam (artículo 23) o Trinidad y Tobago (artículo 8). Asimismo, se emplean las expresiones “estado de urgencia” en Panamá (artículo 55) o “medidas prontas de seguridad” en el Uruguay (artículo 168), que más bien apunta a las determinaciones que se producen como consecuencia de la anormalidad constitucional, y no a la situación de riesgo en sí misma.

Esta diversidad terminológica y conceptual también se pone en evidencia con la Constitución de República Dominicana, de enero de 2010 (artículos 262-266), que prevé como “estados de excepción” tres categorías: (i) “estado de defensa” (agresiones de armadas externas); (ii) “estado de conmoción interior” (grave perturbación del orden público), y (iii) “estado de emergencia” (hechos diferentes a los dos anteriores que amenacen o perturben de manera grave el orden económico, social, medioambiental o que constituyan calamidad pública).

⁶⁹Cfr. Dieter Nohlen, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IDPC, enero-junio de 2008, p. 132; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, “El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción”, en VV.AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 4237 y ss.

⁷⁰Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 807.

En cuanto a la materia de la suspensión (aunque algunas Constituciones, como la mexicana, como se ha visto, se refieren también a la “restricción”), se hace alusión, por ejemplo, a “garantías constitucionales” en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 138) o El Salvador (artículos 29-31); sencillamente a “derechos” en Ecuador (artículo 164), Guatemala (artículo 138), Paraguay (artículo 288), Perú (artículo 137), República Dominicana (artículos 263 y 266); o bien, al mismo tiempo a “derechos y garantías” en Bolivia (artículo 137), Chile (artículo 39), Costa Rica (artículo 121), Honduras (artículo 187), México (artículo 29), Nicaragua (artículo 150) y Venezuela (artículo 337).

Sin perjuicio de la influencia que sobre varias de estas Constituciones latinoamericanas indudablemente ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (lo que progresivamente va creando un *ius constitutionale commune* para la región⁷¹), no debe pasarse por alto que, en los últimos años, éstas también se han inspirado en los esquemas del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos en particular. Las normas internacionales han tenido una importante repercusión especialmente en el perfeccionamiento de la situación normativa interna de los derechos fundamentales en las situaciones de emergencia. Ello ha venido siendo posible en la medida en que los gobiernos de la región han ratificado y aprobado importantes instrumentos internacionales de los que derivan un conjunto de principios básicos en este ámbito, que son, por tanto, obligatoriamente observables por las normas de derecho interno,⁷² entre los que destacan la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (cuya jurisdicción ha sido reconocida por la mayoría de los países latinoamericanos),⁷³ los convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario,⁷⁴ así como el citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, por poner sólo algunos significativos ejemplos.

⁷¹Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010, dos vols.; y Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011.

⁷²Cfr. Florentín Meléndez, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos* [Tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997, en especial, pp. 98-119; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, pp. 83-85.

⁷³Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade, “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996, especialmente, pp. 22 y ss.

⁷⁴Cfr. Denise Plattner, “International humanitarian law and inalienable or non-derogable human rights”, en Daniel Prémont, Christian Stenersen y Isabelle Oseredczuk (eds.), *Droits intangibles et États d’exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 349-363; Géza Herczegh, “Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre de 1984, pp. 276-287.

Bibliografía

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, vol. 3, México, Oxford University Press, 1999.
- BETANZOS TORRES, Eber Omar, *El artículo 29 constitucional: una aproximación general*, México, CNDH, 2015.
- BOGDANDY, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM/MPIL/IIDC, 2010, 2 vols.
- , Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM/MPIL/IIDC, 2011.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41a. ed., México, Porrúa, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, en VV.AA., “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996.
- CARBONELL, Miguel, “Derechos humanos en la Constitución mexicana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.) *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, tomo I, México, SCJN/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- CARPIZO, Jorge, “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, en su libro *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2003.
- , “Suspensión de garantías individuales”, en *Diccionario de Derecho Constitucional* [Miguel Carbonell, coord.], México, Porrúa/UNAM-III, 2002.
- CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Héctor F., “La indefensión de los gobernados ante el riesgo de suspensión de garantías”, en *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 31, junio de 2005.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.
- DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Buenos Aires, AECID/UNAM/Asamblea Permanente por los Derechos Humanos/El Mono Armado, 2010.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción”, en VV.AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso Herrera García, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons/UNAM, 2016.
- FIX FIERRO, Héctor, “Artículo 29”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18a. ed., tomo I, México, Porrúa/UNAM-III, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, “Los poderes de emergencia en Uruguay”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre de 2008.

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas”, en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo I, Lima, Editorial y Distribuidora de LIBROS, 1987.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2012.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 12, abril de 2000.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2009.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia”, en Vv. Aa., *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1991.
- HERCZEGH, Géza, “Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre de 1984.
- MEDINA MORA, Alejandra, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015.
- MELÉNDEZ, Florentín, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos* [Tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- MONTOYA RAMOS, Isabel, *Los principios de la suspensión de derechos a la luz del Derecho internacional y del artículo 29 constitucional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015.
- NEGRETTO, Gabriel L. y José Antonio Aguilar Rivera, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000.
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IDPC, enero-junio de 2008.
- PARRA DUSSÁN, Carlos y María Teresa Palacios Sanabria “Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional”, en VV.AA., *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- PLATTNER, Denise, “International humanitarian law and inalienable or non-derogable human rights”, en Daniel Prémont, Christian Stenersen e Isabelle Oseredczuk (eds.), *Droits intangibles et États d’exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- QUADRA-SALCEDO FDEZ. del Castillo, Tomás de la, “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, 1983.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 27: Suspensión de garantías”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México/Bogotá, SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Artículo 29”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, tomo II, México, Cámara de Diputados/Senado de la República/SCJN/IFE/TEPJF/Miguel Ángel Porrúa, 2012.
- , “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, tomo I, México, SCJN/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo de, “Suspensión de garantías: Análisis del artículo 29 constitucional”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre 2008
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2011
- VALADÉS, Diego, “Estado de excepción”, *reforma*, 12 de abril de 2016.
- , *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM-III, 1974.
- ZARAZÚA MARTÍNEZ, Ángel, “La suspensión de garantías”, en David Cienfuegos Salgado, y María Carmen Macías Vázquez (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM/III, 2006.
- ZOVATTO G., Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

Artículo 29

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 21-IV-1981

LI LEGISLATURA (1-IX-1979/31-VIII-1982)

Presidencia de José López Portillo, 1-XII-1976/30-XI-1982

Se sustituyen los términos “Consejo de Ministros” por “titulares de las secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y Procuraduría General de la República”.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 2-VIII-2007

LX LEGISLATURA (1-IX-2006/31-VIII-2009)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se modificó para suprimir del artículo “Departamentos Administrativos”.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-VI-2011

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

En el primer párrafo se prevé ya no sólo el supuesto de suspensión, sino también de restricción de derechos, mientras que en el nuevo segundo párrafo se plasman los derechos que no podrán restringirse, ni suspenderse en una declaratoria de excepción. En el tercer párrafo, se exige que la declaratoria esté fundada, motivada y que sea proporcional al peligro enfrentado, observando los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. La extinción de la declaratoria, en el cuarto párrafo adicionado, se presenta por cumplirse el plazo, o bien, por decreto del Congreso sin que el Ejecutivo pueda revocarla. El último párrafo faculta a la Suprema Corte de Justicia para revisar de oficio los decretos de suspensión o restricción.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-2014

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

En la reforma se faculta al Ejecutivo federal para suspender o restringir en todo el país en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que otorga la Constitución sin acuerdo de los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-2014

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

La reforma establece que el presidente de la República no necesitará la aprobación de los secretarios de Estado ni de la Procuraduría General de la República para suspender las garantías en el territorio nacional.

Artículo 30

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

La noción de mexicanos empieza a constituirse a partir de la Guerra de Independencia; no obstante, desde el siglo XVI los nacidos en América, y particularmente en la Nueva España, fueron adquiriendo la conciencia de que tenían ciertos derechos sobre esta tierra, en tanto naturales de ella. Aquí se encuentra el origen de las disputas entre criollos y peninsulares que se mantuvo durante la Colonia y que era tan evidente en los años previos a la Independencia.¹ En ese tiempo, el concepto más empleado por los criollos era el de “americanos”, en tanto formaban parte de América en su conjunto, diferenciándola de España.

Será con el inicio de las guerras de independencia, como ya se señalaba, así como por la paulatina formación de países independientes, que cobrará fuerza la nacionalidad mexicana. En textos como Elementos Constitucionales, de Ignacio López Rayón,² la Constitución de Apatzingán³ y los Tratados de Córdoba, se mantenía el término “ciudadanos americanos”. En los dos últimos ordenamientos se señalaba que los extranjeros que no se opusieran a la independencia podrían ser asimilados como ciudadanos americanos.

El Reglamento Provisional Político de Agustín de Iturbide, promulgado en 1822, en su artículo 7º declaraba como mexicanos, “sin distinción de origen, a todos los habitantes del imperio que, en consecuencia del glo-

¹Sobre el tema puede verse el importante trabajo de David Brading, *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

²Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, punto 20, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

³“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, artículos 13 y 14, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

30

Sumario Artículo 30

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	697
Texto constitucional vigente.	701
Comentario Nuria González Martín Introducción	702
Evolución histórica de la nacionalidad mexicana	702
Referencia específica a la reforma a la Constitución del 20 de marzo de 1997.	715
Elementos de la nacionalidad.	717
Derecho comparado	722
Bibliografía	726
Trayectoria constitucional	728

rioso grito de Iguala, han reconocido la independencia”.⁴ Igual reconocimiento se ofreció a los extranjeros que se avecindaran y juraran fidelidad al emperador y a las leyes. Asimismo, se ofreció naturalizar a los extranjeros que hubieran prestado importantes servicios al imperio, y a los que pudieren ofrecerle “útiles talentos, invenciones o industria”, así como a aquellos que formaran grandes establecimientos o adquirieran grandes propiedades territoriales y pagaran contribuciones al Estado.

Un año más tarde, tras el derrocamiento de Iturbide, se pensó en constituir una república federal en lugar de un imperio. En el Plan de la Constitución Política de 1823 se definió la nación mexicana como la sociedad de todas las provincias del Anáhuac o Nueva España, que formaban un todo político.⁵ Misma apreciación encontramos, un año más adelante, en el Acta Constitutiva de la Federación que, además, en su artículo 2º, señalaba a la nación mexicana como libre e independiente para siempre de España y de cualquier otra potencia; mientras que en su artículo 3º declaraba a la religión católica como la doctrina de la nación mexicana.⁶ Estos tres puntos se conservaron al redactar la Constitución federal de 1824. Esta Carta Magna confirmaba, además, entre las facultades del Congreso general, la de “establecer una regla general de naturalización”.⁷ Como se puede percibir, entre 1811 y 1824 ya se había definido la nacionalidad del nuevo país y se habían sentado bases para la posible naturalización de extranjeros.

Así, en 1828 se promulgó la Ley Sobre la Naturalización de Extranjeros,⁸ donde se plasmaron todos los lineamientos necesarios para la naturalización, tales como: residencia de dos años continuos en el país, hacer solicitud ante el ayuntamiento correspondiente, profesar el catolicismo, poseer alguna industria útil y renta con qué mantenerse. El solicitante debía renunciar a toda sumisión y obediencia a otra nación, y garantizar que defendería la Constitución y leyes mexicanas. Este tema fue de suma importancia porque en aquel entonces se iniciaban diversos proyectos de colonización en el territorio mexicano. Y para ello, el Gobierno consideró como naturalizados a quienes fueran a colonizar y además residieran un año en ese territorio.

En cuanto a la nacionalidad mexicana, las Leyes Constitucionales de 1836 la definieron ampliamente. Se consideraba como nacionalizados a:

- Los nacidos en el territorio de la República de padre mexicano por nacimiento o naturalización;
- Los nacidos en territorio extranjero de padre mexicano por nacimiento o naturalización;

⁴Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, artículos 7º y 8º, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁵Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

⁶*Idem.*

⁷Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1824B.pdf>.

⁸*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, pp. 824-826.

- Los nacidos en territorio de la República de padre extranjero que hubiera permanecido en él hasta la época de disponer de sí;
- Los nacidos en el territorio y que estuvieran en él al momento de declararse la independencia;
- Los nacidos en el extranjero y que hubieran pedido ser naturalizados tras la independencia.⁹

Años más tarde, el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1840 fue más claro al especificar quiénes deberían ser considerados mexicanos por nacimiento y por naturalización.¹⁰ A los mexicanos por nacimiento, señaló como tales a los nacidos en el territorio, a los que estuvieran al momento de la Independencia y permanecieron, a los nacidos fuera de la República, pero de padre mexicano por nacimiento (artículo 7°). En cuanto a los naturalizados, serían aquellos que, nacidos en la República, de padre extranjero, permanecieron en ella hasta valerse por sí mismos; los no nacidos en ella, pero que permanecieron y juraron sus leyes tras la Independencia.

Todas estas personas introducidas legalmente en el país podrían gozar de derechos tales como adquirir bienes raíces (artículo 8°). Estos mismos lineamientos se mantuvieron en textos jurídicos posteriores, tales como el primer y segundo Proyecto de Constitución y las Bases Orgánicas de la República, las dos de 1842.¹¹ Cinco años más tarde, el Acta Constitutiva y de Reformas estipuló en su artículo 1° que todo mexicano, por nacimiento o por naturalización, que hubiera llegado a la edad de veinte años, “que tenga modo honesto de vivir y que no haya sido condenado en proceso legal a alguna pena infamante, es ciudadano de los Estados Unidos Mexicanos”.¹²

En la década de 1850, los diversos ordenamientos jurídicos que se elaboraron contemplaron de manera clara la nacionalidad mexicana y los requisitos para naturalizarse por parte de los extranjeros. Los esfuerzos por colonizar el territorio desde 1823 dieron como resultado diversos proyectos en los cuales se indicaban los requisitos para naturalizar a los colonos extranjeros. Esto continuó en la segunda mitad del XIX.

⁹Leyes Constitucionales, 1836, Ley primera, artículo 1°, fracciones I-VI, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

¹⁰Proyecto de reforma de la Nación Mexicana, su religión, territorio, condición general de sus habitantes, forma de gobierno y división del Poder Supremo, 1840, título segundo, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1840_145/Proyecto_de_reforma_de_la_Naci_n_Mexicana_su_relig_233_printer.shtml.

¹¹El artículo 11 de las Bases Orgánicas de la República expresó: “Son mexicanos: I. Todos los nacidos en cualquier punto del territorio de la República, y los que nacieren fuera de ella de padre mexicano; II. Los que sin haber nacido en la República, se hallaban avecindados en ella en 1821 y no hubieren renunciado su calidad de mexicanos: los que siendo naturales de Centro-América cuando perteneció a la Nación Mexicana se hallaban en el territorio de ésta, y desde entonces han continuado residiendo en él; III. Los extranjeros que hayan obtenido u obtuvieren carta de naturaleza conforme a las leyes. Artículo 12. Los nacidos en el territorio de la República de padre extranjero, y fuera de ella de padre mexicano que no estuviere en servicio de la República, para gozar de los derechos de mexicano, han de manifestar que así lo quieren. La ley designará el modo de verificar esta manifestación y la edad en que deba hacerse. Artículo 13. A los extranjeros casados o que se casaren con mexicana, o que fueren empleados en servicio y utilidad de la República, o en los establecimientos industriales de ella, o que adquirieren bienes raíces en la misma, se les dará carta de naturaleza sin otro requisito, si la pidieren”. Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1842, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>.

¹²Acta Constitutiva y de Reformas, 1847, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>.

Muestra de ello fue el decreto del gobierno sobre extranjería y nacionalidad de 1854.¹³ En ese decreto se estipuló que los extranjeros podrían considerarse naturalizados si se casaran con mexicana y manifestaran su deseo de permanecer en el país gozando de la calidad de mexicanos, lo cual debería manifestar dentro de un mes luego del matrimonio. De manera que cuando en 1857 se promulgó la Constitución más importante del siglo, ya estaban bien determinados todos los puntos referentes a la materia de la ciudadanía mexicana. En su artículo 30, de la primera a la tercera fracción, señalaba lo siguiente:

Son mexicanos:

- I. Todos los nacidos dentro o fuera del territorio de la República, de padres mexicanos.
- II. Los extranjeros que se naturalicen conforme a las leyes de la Federación.
- III. Los extranjeros que adquieran bienes raíces en la República o tengan hijos mexicanos, siempre que no manifiesten la resolución de conservar su nacionalidad.¹⁴

Como puede apreciarse, en esos tres puntos la Constitución del 57 condensó todo lo ordenado hasta entonces sobre la materia. En casos de dudas y como refuerzo a lo señalado en el texto constitucional, existían las leyes y decretos, como el que hemos mencionado arriba sobre extranjería. Lo establecido en la Constitución era tan claro que incluso cuando Maximiliano de Habsburgo decretó su Estatuto Provisional Político en 1865, mientras gobernaba como emperador del Segundo Imperio Mexicano, conservó el texto cambiando únicamente el término República por Imperio.¹⁵

Sin embargo, y como se sabe, dicho imperio fue efímero y la Constitución recobró toda su vigencia desde 1867. Se mantuvo así hasta que el Partido Liberal Mexicano (PLM), en su programa elaborado en 1906, propuso como reforma a dicho texto el que los extranjeros no fueran considerados naturalizados por el simple hecho de adquirir bienes raíces.¹⁶ Se debe recordar que este requisito se había considerado desde la década de 1820. El señalamiento del PLM no era menor, entonces estaba en debate la naturalización de los extranjeros; por esa razón, tras el triunfo constitucionalista, se decretó una revisión de dicho texto constitucional.

En su Proyecto de Constitución de 1916, Venustiano Carranza¹⁷ clarificó estos puntos, ordenando que para la naturalización los extranjeros debieran hacer petición ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, aunque hubieran nacido en la República. Cuando un año más tarde se proclamó la Constitución, se anexó además que serían naturalizados los “indolatinos” que se avecindaran en la República y manifestaran su deseo de adquirir la nacionalidad mexicana.

¹³*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 829.

¹⁴Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁵Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, artículo 53, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

¹⁶Programa del Partido Liberal Mexicano de 1906, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.

¹⁷*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 832.

Artículo 30

Texto constitucional vigente

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. 30

A) Son mexicanos por nacimiento:

- I.** Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
- II.** Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
- III.** Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
- IV.** Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

- I.** Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
- II.** La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Artículo 30

Comentario por **Nuria González Martín**

39

Introducción

Con base en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se expidió la Ley de Nacionalidad, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 1998, que regula la nacionalidad mexicana para las personas físicas y jurídicas. El 20 de marzo de 1998 entró en vigor la Ley de Nacionalidad que reglamenta los artículos 30, 32 y 37, apartados A y B de la Constitución, reformados el 20 de marzo de 1997, con entrada en vigor el 20 de marzo de 1998. Esta reforma constitucional con fecha 20 de noviembre de 1996 el Ejecutivo la envió a la Cámara de Senadores y en ella se asentaba que:

En ejercicio de la facultad soberana del Estado Mexicano, tanto de identificar y determinar quiénes son sus nacionales, como de establecer los supuestos legales que permitan preservar la nacionalidad mexicana, proponía al Congreso establecer la no pérdida de la nacionalidad mexicana por nacimiento, independientemente de que se adopte otra nacionalidad o ciudadanía.

Fue aprobada por el Poder Legislativo federal el 5 de diciembre de 1996; es, por tanto, la reforma del artículo 30 objeto del presente comentario.

Evolución histórica de la nacionalidad mexicana

Podríamos poner como inicio o punto de partida del constitucionalismo mexicano, en lo referente a la nacionalidad, a don José María Morelos y Pavón, quien presentó ante el Congreso de Chilpancingo, reunido para la elaboración de nuestra primera ley fundamental, un resumen de su manera de pensar llamado Sentimientos de la Nación, el cual sirvió de base para la formación de la Constitución de Apatzingán.

Esta Constitución establecía, en primer lugar: “La libertad e independencia de América con respecto de España y de otra Nación, Gobierno y Monarquía”. Según Tena Ramírez, en el punto noveno se refiere a los nuevos nacionales de la nueva patria, al establecer que “los empleos los obtengan sólo los americanos”, y alude a los extranjeros al decir que “no se admitan extranjeros si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha”.

La Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, denominada Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, en su artículo 13 estableció: “Se reputan ciudadanos de esta América todos los nacidos en ella”. Es una clara consagración del *ius soli*, que tiene como meta detener la dominación española. Sólo se hace una concesión para naturalizar a extranjeros en el artículo siguiente, es decir, en el artículo 14, donde se estipula:

Los extranjeros radicados en este suelo, que profesaren la religión católica, apostólica, romana y no se opongan a la libertad de la Nación, se reputarán también ciudadanos de ella, en virtud de carta de naturaleza que se les otorgará y gozarán de los beneficios de la ley.

Posteriormente, en la proclama de don Agustín de Iturbide, el llamado Plan de Iguala del 24 de febrero de 1821, a diferencia de la Constitución de Apatzingán, concentra el ideario de los hombres del movimiento insurgente consumado con la Independencia; por ello, en parte, ya no se limita la atribución de la nacionalidad mexicana a los nacidos en la nueva nación, y en lugar del *ius soli* de aquella primera carta fundamental se utiliza un *ius domicili*. Por cierto, nada aconsejable para un nuevo Estado independiente.

Se propugnó la Independencia bajo la forma monárquica, la defensa de la religión católica y la unión de todos los mexicanos, cualquiera que fuese su lugar de nacimiento o etnia. De esta manera, en el primer párrafo del Plan de Iguala se expresó:

Americanos: Bajo cuyo nombre comprendo no únicamente los nacidos en América, sino a los europeos, africanos y asiáticos, que en ella residen [...] Todos los habitantes de él [se refiere al imperio mexicano], sin otra distinción que su mérito y virtudes, son ciudadanos idóneos para aportar cualquier empleo.

Agustín de Iturbide negoció con el representante del Gobierno español, el nuevo virrey don Juan O’Donojú, los Tratados de Córdoba, suscritos en la Villa de Córdoba el 24 de agosto de 1821, cuya importancia radica, en materia de nacionalidad, en el artículo 15, que establecía una facultad de opción para los españoles que residían en el país y para los mexicanos avecindados en España: entre declararse mexicanos o españoles, adoptando una u otra patria. Esta posibilidad de elección no se menciona para criollos, mestizos e indígenas.

Este precepto comprendía una disposición transitoria en todos aquellos casos en que hubiera una modificación territorial de los estados, ya que habría que determinarse el destino de los habitantes frente a las nuevas condiciones del territorio que habitaran. Gracias a los Tratados de Córdoba se puso fin a la guerra y se consumó la Independencia. A lo largo de la evolución jurídica de México, un número importante de decretos y leyes, entre otros, han regulado la nacionalidad mexicana; cabe destacar, en primer lugar, el Decreto del 16 de mayo de 1823.

El primer Congreso Constituyente mandó promulgar ese decreto. Por un lado, autorizando al Ejecutivo para expedir cartas de naturaleza en favor de los extranjeros

que lo solicitaran, siempre y cuando reunieran los requisitos indicados en el mismo decreto; por el otro, el 14 de abril de 1828 se expidió una ley que precisó las reglas aplicables para dar cartas de naturaleza: se exigió una residencia de dos años continuos y se estableció un procedimiento judicial y administrativo para obtener la naturalización, además de la obligación de renunciar a ciertos títulos, condecoraciones o gracias. En dicha ley se establecía una presunción legal en cuya virtud se adoptaba el *ius sanguinis*, al indicar: “Los hijos de los ciudadanos mexicanos que nazcan fuera del territorio de la Nación, serán considerados como nacidos en él”.

Evidentemente, en esta legislación se puede apreciar un procedimiento de naturalización muy semejante al que consagra la legislación vigente. Las variantes se dieron manteniendo los sistemas principales: *ius soli* y *ius sanguinis*, y agregando el requisito del domicilio o la opción. En las Siete Leyes Constitucionales de 1836, es decir, en la Constitución de ese año, se combinan los factores mencionados anteriormente.

Como veremos más adelante, en la Constitución de 1857 predominó el *ius sanguinis*. A pesar de haberse formado, originariamente, nuestro pueblo por los nacidos en el territorio mexicano, las Siete Leyes Constitucionales del 29 de diciembre de 1836 atribuyen la nacionalidad no solamente a los nacidos en México, sino también a los hijos de mexicanos. Ya en esta Constitución se observa la posibilidad de establecer un sistema híbrido (compuesto por la asimilación del *ius sanguinis* y del *ius soli*). La primera Ley Constitucional establece en su artículo 1º lo siguiente:

Son mexicanos:

- I. Los nacidos en el territorio de la República, de padre mexicano por nacimiento o por naturalización (combinación del *ius soli* y del *ius sanguinis*);
- II. Los nacidos en país extranjero de padre mexicano por nacimiento, si al entrar en el derecho de disponer de sí, estuvieren radicados en la República o avisaren que resuelven hacerlo, y lo verificasen dentro del año después de haber dado el aviso (combinación del *ius sanguinis* y del *ius domicili*);
- III. Los nacidos en territorio extranjero de padre mexicano por naturalización, que no haya perdido esta cualidad, si practican lo prevenido en el párrafo anterior (combinación del *ius sanguinis* y del *ius domicili*);
- IV. Los nacidos en el territorio de la República de padre extranjero y que hayan permanecido en él hasta la época de disponer de sí, y dado al entrar en ella el referido aviso (*ius soli* condicionado por el *ius domicili*);
- V. Los no nacidos en él, que estaban fijados en la República cuando ésta declaró su independencia, juraron el acta de ella y han continuado residiendo aquí (*ius domicili*);
- VI. Los nacidos en territorio extranjero que, introducidos legalmente después de la independencia, hayan obtenido carta de naturalización con los requisitos que prescriben las leyes (esta fracción se refiere a la nacionalidad mexicana por naturalización, que se obtenía en forma voluntaria expresa).

Por otra parte, esta Ley Fundamental prevé diversas causas de pérdida de la nacionalidad mexicana y la posibilidad de recuperar la calidad de mexicano. Asimismo, establece los requisitos para ser ciudadanos mexicanos; en principio, por influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 realiza una clara distinción entre mexicano y ciuda-

dano mexicano. Posteriormente, con el Proyecto de Reformas de 1840 se vislumbra una evolución sobre el ordenamiento de 1836, dividiendo la nacionalidad por nacimiento de la naturalización, y estableciendo en el artículo 7.º del Proyecto de 1840 lo siguiente:

Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los nacidos en el territorio de la República de padre mexicano (combinación del *ius soli* con el *ius sanguinis*);
- II. Los no nacidos en el territorio de la Nación, que estaban en ella en 1821, prestaron servicios a su Independencia, y han continuado residiendo aquí (*ius domicili*);
- III. Los que habiendo nacido en territorio, que fue parte de la nación mexicana, desde entonces han permanecido en ella (*ius soli* y *ius domicili*);
- IV. Los nacidos fuera del territorio de la República de padre mexicano por nacimiento, que se halle ausente en servicio de la Nación, o de paso y sin acercarse en país extranjero (*ius sanguinis* pero con el requisito de que no haya *ius domicili* para otro Estado).

El artículo 8º del proyecto se refería a los mexicanos por naturalización.

Como podemos observar, el tema de la nacionalidad mexicana se ha regulado de diferentes maneras a lo largo de la historia, fundamentalmente mediante decretos y proyectos de reforma sobre el ordenamiento jurídico mexicano. En 1842 se formularon dos proyectos de reforma pero ante las diferencias en cuanto a la forma de gobierno que debía seguir la nación mexicana, se decidió convocar al Constituyente. El resultado favoreció a los liberales, quienes proclamaban el sistema “federal”. Como mencionamos, se propusieron dos proyectos de reforma: el primero de ellos el 26 de agosto de 1842, que establecía en su artículo 14:

Son mexicanos:

- I. Los nacidos en territorio de la Nación o fuera por naturalización (*ius soli* y *ius sanguinis*);
- II. Los no nacidos en el territorio de la nación que estaban vecindados en él en 1821, y que no han perdido la vecindad (*ius soli* y *ius domicili*);
- III. Los que habiendo nacido en territorio que fue parte de la Nación han continuado en ésta su vecindad (*ius soli* y *ius domicili*);
- IV. Los nacidos en el territorio de la nación de padre extranjero, si durante el primer año de su nacimiento no manifestase el padre que quiere que su hijo sea considerado como extranjero (*ius soli* sujeto a una condición resolutoria que dependía de la voluntad del padre);
- V. Los extranjeros que adquieran legítimamente bienes raíces en la República, o que se casen con mexicana, y los que, aunque no tengan estas cualidades, adquieran carta de naturaleza por las circunstancias que determinan las leyes.

Este proyecto era inferior al de 1840, ya que no hacía distinción entre la nacionalidad de origen y la adquirida. Se establecieron dos tipos de nacionalidad mexicana por naturalización: de un lado la oficiosa, al contraer matrimonio con mexicana y por adquirir bienes raíces en la República; y de otro lado la voluntaria, cuando se adquiere carta de naturalización. Posteriormente, se añadió la palabra “federal”. Esto fue motivo de largas discusiones, por lo que el proyecto volvió a la Comisión de Constitu-

ción. Dicha comisión formuló, en la sesión del 3 de noviembre de 1842, un nuevo proyecto de Constitución que establecía en su artículo 4º:

Son mexicanos:

- I. Los nacidos en el territorio de la Nación (consagración exclusiva del *ius soli*);
- II. Los nacidos fuera de él, de padre o madre mexicanos (*ius sanguinis*, con la particularidad además del exclusivismo de esta característica, y además de la igualdad respecto del sexo de los progenitores);
- III. Los no nacidos en el territorio de la Nación, que estaban avecindados en él en 1821 y que no han perdido la vecindad (*ius domicili*);
- IV. Los que habiendo nacido en el territorio que fue parte de la Nación han continuado en ésta su vecindad (*ius soli e ius domicili*);
- V. Los extranjeros que obtengan la naturalización conforme a las leyes;
- VI. Los que adquieran bienes raíces en la República.

En el comentario de Carlos Arellano García este proyecto tiene el acierto de establecer el *ius soli* sin exigir necesariamente el *ius sanguinis*; fue un sistema absoluto del *ius soli*. Además, se refiere a los mexicanos por naturalización al distinguir entre una nacionalidad solicitada mediante el proceso de naturalización según las leyes y una nacionalidad oficiosa que corresponde a los que adquieren bienes raíces.

Continuando con Arellano García, habría que hacer una apreciación: el 10 de agosto de 1842 el general Antonio López de Santa Anna expidió un decreto mediante el cual los españoles que residían en territorio de la República al declararse la Independencia, y a quienes por los Tratados de Córdoba y el Plan de Iguala se consideraba mexicanos, podían renunciar en un plazo de seis meses a su calidad de mexicanos si así lo deseaban.

En un segundo decreto, del 12 de agosto de 1842, se instituyó una naturalización oficiosa para quienes fueran admitidos por el Gobierno en el servicio militar, sea en el Ejército o en la Marina de guerra de la República, puesto que por esta admisión se les consideraba como mexicanos, lo cual, en sentido estricto, no puede considerarse una naturalización, porque ésta no es una semejanza a la condición jurídica de los nacionales, sino una conversión de extranjeros a nacionales. No obstante, equivalía a una condición similar, porque se le atribuían los derechos y las obligaciones que corresponden a un nacional.

Nos percatamos que el sistema centralista, acuñado en las Bases Orgánicas del 12 de octubre de 1843, en materia de nacionalidad, fue un tema de gran reflexión en el que se distinguía entre: habitantes de la República, nacionales y extranjeros, y entre mexicanos y ciudadanos mexicanos. En este tenor, la norma constitucional lo establecía en el artículo 11 de la siguiente manera:

Son mexicanos:

- I. Todos los nacidos en cualquier punto del territorio de la República (*ius soli*) y los que nacieran fuera de ella de padre mexicano (*ius sanguinis* con una referencia exclusiva del padre);

II. Los que sin haber nacido en la República, se hallaban avecindados en ella en 1821, y no hubieran renunciado a su calidad de mexicanos; los que siendo naturales de Centroamérica cuando perteneció a la nación mexicana se hallaban en el territorio de ésta, y desde entonces han continuado residiendo en él (consagración del *ius domicili*, pero condicionado a la renuncia obligatoria y al acontecimiento histórico de la segregación de Centroamérica del territorio nacional);

III. Los extranjeros que hubieren obtenido u obtuvieren carta de naturaleza conforme a las leyes (nuevamente, se incurre en el viejo error de mezclar a los mexicanos por nacimiento y a los mexicanos por naturalización).

En cuanto al otorgamiento de cartas de naturaleza, este ordenamiento reproduce disposiciones ya conocidas de otros anteriores: dando cartas de naturaleza a los extranjeros casados o que se casen con mexicanas, a los que fueren empleados en servicio y utilidad de la República, o en los establecimientos o industrias de ella, o que adquieran bienes raíces en la misma. La única diferencia importante es que la carta de naturaleza no se otorga oficiosamente, sino que es requisito su previa solicitud.

Asimismo, este ordenamiento constitucional, al igual que las Leyes Constitucionales de 1836, tiene el gran mérito de establecer en el texto del mismo documento las causas de pérdida de la nacionalidad. Posteriormente, el 10 de septiembre de 1846 el Gobierno expidió un decreto sobre naturalización de extranjeros, en el cual ya no se exigía un tiempo de residencia para otorgar la nacionalidad mexicana y se reservaba al presidente de la República la expedición del documento respectivo. Felipe Tena Ramírez expresa que de esta manera se simplifica la burocracia anterior, para obtener la nacionalidad mexicana tal y como la analizábamos en la ley de 1828.

En lo que respecta a la Ley de 1854, se considera como el primer ordenamiento especialmente destinado a reglamentar de forma completa el tema de la nacionalidad, la naturalización y la condición jurídica de los extranjeros. De nuevo, en esta ley se yuxtaponen el *ius soli* y el *ius sanguini*. De igual manera, esta ley destaca la influencia tan determinante del padre, porque solamente a falta de éste los nacidos en el extranjero pueden adquirir la nacionalidad de la madre por *ius sanguinis*.

Con la Constitución de 1857, como apuntamos anteriormente, se reacciona contra el sistema híbrido de nacionalidad mexicana y se establece una consagración del *ius sanguinis*, así como una naturalización oficiosa supeditada a una condición resolutoria de tipo voluntario. Se instaura, en definitiva, un sistema del *ius sanguinis* puro.

Originariamente, la población mexicana se formó por los nacidos en el territorio mexicano; no obstante, en la Constitución de 1836 y en el proyecto de 1842 se atribuye la nacionalidad mexicana no solamente a los nacidos en el territorio de la República, sino también a los hijos de mexicanos. Lo mismo ocurre en las Bases Orgánicas de 1843.

En el estatuto provisional del 15 de mayo de 1856 y en el proyecto para la Constitución de 1857 se reacciona, como decíamos, contra el sistema híbrido de nacionalidad mexicana de los ordenamientos anteriores y se vuelve a la tendencia original; es decir, en el Congreso Constituyente de 1857 se proponen los dos sistemas simultáneamente: el *ius soli* y el *ius sanguinis*, pero al discutirse y votarse el proyecto se formó una corriente

de opiniones contrarias que tuvo en cuenta la comisión para modificar el artículo 30 de la siguiente manera:

Son mexicanos:

I. Todos los nacidos, dentro o fuera del territorio de la República, de padres mexicanos (consagración del *ius sanguinis*).

II. Los extranjeros que se naturalicen conforme a las leyes de la Federación.

III. Los extranjeros que adquieran bienes raíces en la República (nótese el interés económico) o tengan hijos mexicanos, siempre que no manifiesten resolución de conservar su nacionalidad (una naturalización oficiosa aunque supeditada a una condición resolutoria de tipo voluntario).

El proyecto se aprobó declarando mexicanos por nacimiento sólo a los hijos de mexicanos, siguiendo el sistema anterior de dar facilidades a la naturalización. El establecimiento del *ius sanguinis*, a través del artículo 30 de la Constitución, fracción I, al mandar que continúen siendo nacionales los descendientes de mexicanos —a pesar de que llegan a estar totalmente desvinculados del pueblo mexicano en los frecuentes casos que ni siquiera conocen al país, ni ellos ni sus progenitores—, se desprende totalmente de la realidad, olvidando los antecedentes históricos, sociales, económicos y aun legislativos de la formación de la nacionalidad mexicana. Asimismo, se olvida que nuestro pueblo está lejos de constituir una unidad racial y, por tanto el sistema del *ius sanguinis* carece de base en nuestro medio. Genaro Fernández McGregor, nos comenta:

La Constitución de 1857 resolvió la cuestión de la nacionalidad de una manera perfecta en cuanto a la teoría; pero las circunstancias especiales de México requerían seguramente disposiciones distintas para normar esta materia. La experiencia que se había obtenido anteriormente a la expedición de la Constitución de 1857, era ya suficiente indicio a las necesidades de nuestra patria, y los hechos numerosos posteriores a la misma Constitución vinieron a corroborar que sus principios son demasiados amplios, demasiados ideales; y muchas veces tiene que hacerse a un lado la teoría o el ideal, cuando se trata de los intereses primordiales de la sociedad.

Asimismo, el maestro Gallardo Vázquez comenta que:

[la Constitución de 1857] deja a un lado a todos aquellos individuos francamente asimilables al pueblo mexicano, como los criollos a quienes les niega la nacionalidad. [...] Otro error digno de mencionarse es que, completando el cuadro de desconocimiento del proceso de formación de nuestro pueblo, da facilidades extremas a los extranjeros para adquirir la nacionalidad mexicana, sin que los constituyentes hubiesen meditado sobre los múltiples problemas y peligros que suscitaría una actitud semejante.

Además, fomentaba la presencia de individuos con doble nacionalidad. Esta Constitución fue, por demás, criticada, ya que se consideraba que daba facilidades extremas

a los extranjeros para adquirir la nacionalidad mexicana, además de fomentar la presencia de individuos con doble nacionalidad. No hay que olvidar que esta Constitución y su ley reglamentaria: la Ley de Vallarta de 1886, determinó la preeminencia del *ius soli* o del *ius sanguinis*, de las corrientes dominantes, de la influencia de las doctrinas europeas o de las circunstancias políticas relacionadas con la inmigración extranjera en el país, tal y como expresa Laura Trigueros.

Definitivamente, la Constitución de 1857 y su artículo 30 es el antecedente más inmediato del actual artículo 30 constitucional, que contiene las líneas generales: en materia de empleos los mexicanos se preferían a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para todos los empleos (artículo 32); los extranjeros tenían derecho o gozaban de las garantías individuales que la misma Constitución otorgaba (artículo 33); la ciudadanía que la tenían todos los mexicanos de 18 años, con un modo honesto de vivir, traía aparejada los derechos políticos (artículo 35); la ciudadanía se perdía por “naturalización en país extranjero” (artículo 37).

Como indicamos, el Congreso de la Unión, a iniciativa del presidente de la República, general Porfirio Díaz, expidió el 28 de mayo de 1886 la Ley de Extranjería y Naturalización, conocida como Ley o Tesis de Vallarta. Vallarta intenta corregir el texto constitucional de 1857 que juzga no conforme a nuestra realidad sino a los principios expuestos por los tratadistas, haciendo de su ley una ley inconstitucional en muchos de sus preceptos, y descuidando la realidad mexicana. Al decir de Trigueros Saravia, la Ley de 1886 además de aumentar las bases constitucionales en materia de nacionalidad, complementaba estos preceptos que se mostraban incompletos por falta de reglamentación.

En la Ley Vallarta de 1886 quedan establecidas dos ideas: 1) la de reintegrar a los que hubieren perdido la nacionalidad por causas ajenas a su voluntad, incluso cuidando de los mexicanos que quedaron en territorios que no eran ya parte de la República, y 2) calificando de extranjeros a los mexicanos que se nacionalizaren en otros países. Por otro lado, debemos comentar que la Ley Vallarta en su artículo 4.º, inciso III, castigaba con la pérdida de la nacionalidad al mexicano que se ausentara del país sin permiso y por un periodo de 10 años.

Se acoge, principalmente, el sistema del *ius sanguinis*, ya que según Vallarta era el más conveniente para nuestro país; entre otros motivos por ser el que los países europeos habían preconizado, despreciándose el sistema americano del *ius soli*. Cabe destacar que tal opción y justificación no eran las más apropiadas, ya que las necesidades eran distintas en un país europeo y en un país americano.

Posteriormente, con el triunfo de las fuerzas constitucionalistas, en septiembre de 1916 se convocó a una Convención Constituyente con el encargo de elaborar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1857, adaptando a la ley suprema las transformaciones del orden social, económico y laboral de los nuevos tiempos. Se trataba de ajustar las normas jurídicas que determinasen los requisitos de integración de la población mexicana y la realidad circundante. Ya en el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, con entrada en vigor el primero de mayo del mismo año, se distingue, por primera vez, con nitidez

entre los mexicanos por nacimiento y los mexicanos por naturalización. Se vuelve al sistema mixto:

- a) La primera hipótesis de mexicanos por nacimiento es la de hijos de padres mexicanos nacidos en territorio de la República (yuxtaposición del *ius soli* y del *ius sanguinis*).
- b) La segunda hipótesis de mexicanos por nacimiento es la de hijos de padres mexicanos nacidos fuera de la República, pero siempre y cuando los padres sean también mexicanos por nacimiento (*ius sanguinis*).
- c) La tercera hipótesis de mexicanos por nacimiento es la de individuos nacidos en la República de padres extranjeros (*ius soli*), si dentro del año siguiente a su mayoría de edad manifiestan, ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, que optan por la nacionalidad mexicana (*ius optandi*) y comprueban ante aquella que han residido en el país los últimos seis años anteriores a dicha manifestación (*ius domicili*).

No obstante, se critica este sistema diciendo que es verdaderamente un híbrido que deja fuera muchos casos y que da lugar a no pocas contradicciones. Tras una serie de discusiones se llega a la conclusión de que convenía la adopción del sistema basado en el *ius soli*, sin excluir totalmente al *ius sanguinis*, ya que la conservación del *ius sanguinis*, al lado del *ius soli*, permitiría ampliar los lazos de unión con el país. En resumen, la Constitución Política del 5 de febrero de 1917 al regular el otorgamiento de la nacionalidad, en su artículo 30, fijó en su redacción original:

- 1. Al *ius sanguinis* y al *ius soli* como medios para adquirir la nacionalidad, exigiendo a los hijos de padres extranjeros nacidos en la República que dentro del año siguiente a su mayoría de edad optaran por alguna nacionalidad, que de ser la mexicana debían acreditar que residieron en el país los seis años anteriores a dicha manifestación.
- 2. Contempló solamente dos especies de naturalización:
 - La originaria, para individuos con cinco años consecutivos de residencia en el país, que tuvieran un modo honesto de vivir y mediante tramitación de su carta de naturalización ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.
 - La privilegiada, para indolatinos que se avecinaron en el país y manifestaran su deseo de adquirir la nacionalidad mexicana.

El 18 de enero de 1934, para vincular a todos los individuos que tuvieran un lazo con el país, fue reformado el artículo 30, quedando redactado de la siguiente manera:

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización:

- a) Mexicanos por nacimiento:
 - I. Los que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres (*ius soli*);
 - II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos, ya sea de padre mexicano y madre extranjera o de madre mexicana y padre desconocido (no habla de madre mexicana y padre extranjero, *ius sanguinis*);
 - III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes (*ius soli*).

b) Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores su Carta de Naturalización;

II. La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano y tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional.

Hay que destacar que en esta reforma se ampliaron los supuestos, no obstante, el *ius sanguinis* únicamente se admite por línea paterna, ya que la madre no podía imprimir la nacionalidad mexicana, a menos que el padre fuera desconocido. Arellano García añade que, asimismo, se otorgaba automáticamente la nacionalidad mexicana a la mujer extranjera que contrajera matrimonio con mexicano y residiera en el país, pero no en el caso contrario. Debido a ello, para otorgar igualdad de derechos al varón y a la mujer se realizaron dos reformas más:

1. La del 26 de diciembre de 1969, en la que se permite a la mujer imprimir la nacionalidad mexicana por *ius sanguinis*, estableciéndose: “Son mexicanos por nacimiento [...] los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana”.

2. La del 31 de diciembre de 1974, en la que se impone al varón extranjero la nacionalidad mexicana al contraer matrimonio con nacional, señalando que “son mexicanos por naturalización [...] la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con mujer o varón mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional”.

En este recorrido histórico-jurídico sobre la nacionalidad, le corresponde el turno a la Ley de Nacionalidad y Naturalización, promulgada el 19 de enero de 1934, que estuvo en vigor hasta la Ley de Nacionalidad publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de junio de 1993. No fue una denominación adecuada la de Ley de Nacionalidad y Naturalización, ya que la naturalización es el medio de adquirir la nacionalidad después del nacimiento, luego la expresión naturalización está comprendida dentro del vocablo “nacionalidad”; en este aspecto era más acertado el título de la Ley de 1886 llamada Ley de Extranjería y Naturalización.

La Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, al repetir el texto de la reforma constitucional del mismo año, pero sin las reformas que arriba acabamos de comentar de 1969 y 1974, condicionó solamente el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a favor de la mujer extranjera que contrajera matrimonio con mexicano, o que la interesada la solicitara personalmente a la Secretaría de Relaciones Exteriores y renunciara a su nacionalidad anterior, atentando de esta forma contra la atribución automática que aparentemente le concedía el artículo 30, inciso B, fracción II.

Sabemos que el papel de una ley reglamentaria no es el de reproducir el texto constitucional reglamentado, sino desarrollarlo dentro de los lineamientos que aquél le fija, así como aclarar el significado y el alcance de los preceptos constitucionales, y es ahí, precisamente, donde falló o erró su fundamentación la Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934.

En este análisis acerca de la nacionalidad, vemos que el instrumento legislativo que regula primordialmente la atribución de la nacionalidad mexicana es la Constitución

Política, nuestra Carta Magna, cuya reglamentación, con base en el artículo 73 constitucional, fracción XVI, quedó en manos de la Ley de Nacionalidad, promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de junio de 1993, abrogando a la anterior Ley de Nacionalidad y Naturalización que nos había regido desde 1934. La Ley de Nacionalidad de 1993 regulaba la nacionalidad mexicana de personas físicas y jurídicas, cuyo texto lo refería de la siguiente manera en su artículo 6º:

La nacionalidad mexicana deberá ser única.

Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los nacidos en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
- II. Los nacidos en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana, y
- III. Los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

Asimismo, establece en su artículo 7º las disposiciones que regulan a los mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros a quienes de acuerdo con la presente ley la Secretaría les otorgue carta de naturalización;
- II. La mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio conyugal dentro del territorio nacional.

El artículo 8º declara: “Se presume, salvo prueba en contrario, que el niño expósito hallado en el territorio nacional ha nacido en éste”. Este artículo establece una presunción *iuris tantum*, pero sin ningún fundamento constitucional, que obedece a la voluntad del legislador de cumplir con el principio de que todo individuo debe tener una nacionalidad y debe tenerla desde su nacimiento. Junto con el articulado de la Ley de Nacionalidad de 1993, debemos transcribir el artículo 30 constitucional en vigor en ese momento hasta 1998:

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

a) Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de los padres (*ius soli*);
- II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o de madre mexicana (*ius sanguinis*), y
- III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

b) Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional.

Según la fracción I, por el hecho de haber nacido en territorio mexicano, independientemente de cuál sea la nacionalidad de los padres, se otorgó la nacionalidad mexi-

cana (*ius soli*), lo cual tuvo una gran trascendencia en México, en virtud de los flujos migratorios de países como Guatemala, El Salvador y Honduras, dados los conflictos internos que en su momento experimentaron. Así, del artículo anterior se deriva una nacionalidad originaria y para obtenerla se utilizan dos criterios: el *ius soli* (art. 30, inciso A, fracciones I y III de la Constitución, y el art. 6º, fracción III, de la Ley de Nacionalidad), y el *ius sanguinis* (art. 30, inciso A, fracción II, de la Constitución, y art. 6º, fracción II, de la Ley de Nacionalidad).

Sin embargo, la Ley de Nacionalidad de 1993 no previó el *ius domicili* como requisito para adquirir la nacionalidad mexicana de origen, lo cual nos parece fundamental en esta época, ya que el Estado tiene la necesidad de impedir la presencia en su territorio de individuos que no tengan una efectiva vinculación con el Estado mexicano. Por otro lado, de acuerdo con el texto anteriormente transcrito, la nacionalidad mexicana también es susceptible de atribuirse mediante el proceso de naturalización, conocido de otra forma como: nacionalidad no originaria o derivada (art. 30, apartado B de la Constitución, y art. 7º de la Ley de Nacionalidad), en el que el requisito de residencia en el territorio nacional es de suma importancia.

El apartado B del artículo 30, fracción I, no sufrió modificaciones en 1998, dejando abierta la posibilidad de que las leyes secundarias dicten la normatividad para obtener la nacionalidad mexicana por la vía de naturalización. El requisito del *ius domicili* es de trascendencia para otorgar la nacionalidad mexicana por naturalización; para demostrarlo, estaban los preceptos que establecía la Ley de Nacionalidad en el capítulo relativo a la naturalización; es decir, el artículo 14 de la citada ley (referente al proceso de naturalización considerada como voluntaria ordinaria), mediante la solicitud que deberá realizar el extranjero a la Secretaría de Relaciones Exteriores para naturalizarse mexicano, y que establecía que el extranjero interesado en adquirir la nacionalidad mexicana debía acreditar, además de saber hablar el idioma español, su integración a la cultura nacional, tener domicilio dentro del territorio nacional y “probar su residencia legal en el país de por lo menos cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, además de no haber interrumpido esa residencia”.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Nacionalidad establecía a los extranjeros que desearan naturalizarse como mexicanos un requisito de residencia en el país de un periodo mayor de dos años anteriores a la solicitud, cuando dicho extranjero tuviese hijos mexicanos por nacimiento, fuese originario de un país latinoamericano o de la península ibérica; o hubiese prestado servicios o realizado obras destacadas que beneficien a la nación (la llamada naturalización voluntaria privilegiada). Asimismo, el principio del *ius domicili* aparece nuevamente en el artículo 16 de la Ley de Nacionalidad y en el artículo 30 constitucional al establecer la naturalización de la mujer o varón extranjeros que contrajeran matrimonio con nacional, siempre y cuando tuviesen o estableciesen su domicilio en territorio mexicano (la llamada naturalización automática o de oficio).

La Ley de Nacionalidad de 1993 sostenía de forma categórica: “La nacionalidad mexicana deberá ser única”, lo cual viene a ser una tautología, ya que la nacionalidad que otorga un Estado es única, respecto a ese Estado y su legislación interna, y nunca

doble o múltiple. “Por definición, un Estado soberano sólo puede atribuir una sola nacionalidad, y no dos, tres o más nacionalidades, y esto conforme a todo derecho consuetudinario internacional”, según afirma Alonso Gómez-Robledo.

De hecho, si realizamos una conjugación de los datos históricos y sociológicos, cristalizados en el ordenamiento jurídico mexicano, vemos que gira alrededor del carácter único de la nacionalidad mexicana. Antes de las reformas de 1998, objeto de este comentario, no se había considerado la conveniencia de ampliar y/o tamizar lazos cuya solidez se estimaba indispensable para la consolidación y el desenvolvimiento de nuestra Nación-Estado. Por cierto, esta convicción mexicana de que la nacionalidad debe ser única se reflejaba también en el ámbito universal a través, por ejemplo, del Instituto de Derecho Internacional, a principios del siglo XX.

La ley de 1993 con respecto a la pérdida de la nacionalidad mexicana establecía en su artículo 22 las mismas disposiciones que la anterior ley reglamentaria de 1934. Ante tal “trasiego”, la actual Ley de Nacionalidad del 23 de enero de 1998 contiene una serie de implementaciones o cambios de gran trascendencia para la nacionalidad en México que comentaremos a continuación. La actual Ley de Nacionalidad fue publicada el 23 de enero de 1998 y cuenta con 37 artículos, los cuales, entre otras cuestiones, señalan los documentos con los que se acredita la nacionalidad, fija los requisitos para adquirir la nacionalidad por naturalización y la prohibición de la pérdida de la nacionalidad por nacimiento.

De esta forma, el artículo 19 de esta ley señala los requisitos que se deben llenar para acceder a la naturalización, entre los cuales encontramos que el extranjero que pretenda naturalizarse deberá acreditar que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional; además, deberá acreditar una residencia en territorio nacional mínima de cinco años anteriores a la presentación de la solicitud de naturalización.

El plazo de residencia que exige la ley disminuye en casos particulares: será de dos años cuando el interesado sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento; tenga hijos mexicanos por nacimiento; sea originario de un país latinoamericano o de la península ibérica, o haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la nación. Igualmente, el plazo será de dos años en casos en que la mujer o el varón extranjeros contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, y residan en el domicilio conyugal dentro del territorio nacional. El plazo será de un año de residencia en el caso de adoptados y menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos.

Es de hacer notar que la Ley de Nacionalidad de 1998 no transcribe el artículo 30 constitucional, como su antecesora de 1993, sino que se limita a desarrollar dicho precepto constitucional haciendo particular énfasis en la nacionalidad por naturalización. Otro aspecto que hay que resaltar en esta ley es que contiene preceptos que pugnan, en principio, porque todo individuo debe tener una nacionalidad. Ejemplos de lo anterior: el caso del niño expósito hallado en territorio nacional, de quien se presume nació en éste y es de padres mexicanos; el caso en que no se requiere acreditar residencia por

ser descendiente en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuente con otra nacionalidad al momento de la solicitud, y el caso de la no pérdida de nacionalidad mexicana por disolución del matrimonio.

Referencia específica a la reforma a la Constitución del 20 de marzo de 1997

Las reformas a las que hacemos referencia en cuanto a la nacionalidad, corresponden a los artículos 30, 32 y 37 constitucionales, y paralelamente a las reformas realizadas a la Ley de Nacionalidad, a las leyes secundarias, a la legislación estatal, así como a los convenios, tratados y pactos internacionales ratificados por México en materia de nacionalidad. Estas reformas entraron en vigor el mismo día que lo hizo la Ley de Nacionalidad, es decir, el 20 de marzo de 1998. Quizá el aspecto más novedoso de la reforma es la “no renuncia de la nacionalidad”, sistema que a juicio de Laura Trigueros “sucede con frecuencia en los sistemas de influencia anglosajona, por la sobrevivencia del concepto de alianza personal y perpetua con el soberano”.

En lo que alude concretamente al artículo 30 constitucional, éste ha sufrido cuatro reformas que ya hemos expresado y que son las siguientes:

- a) *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1934: “Se precisan las condiciones para adquirir la nacionalidad mexicana: por nacimiento o por naturalización”;
- b) *Diario Oficial de la Federación* del 26 de diciembre de 1969: “La reforma posibilita a la madre mexicana para que su hijo nacido en el extranjero sea mexicano”;
- c) *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974: “Se faculta al varón extranjero que contraiga matrimonio con mujer mexicana a adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización”;
- d) *Diario Oficial de la Federación* del 20 de marzo de 1997:
 - D) Son mexicanos por nacimiento: [...]
 - II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
 - III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
 - IV. Los que nazcan abordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.
 - II) Son mexicanos por naturalización: [...]
 - II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

La última reforma realizada al artículo 30 constitucional no es realmente significativa ni plausible. Antes de la reforma, la fracción II aplicaba el *ius sanguinis*, pero con la actual redacción subyacen limitaciones; se agregó el requisito de que los padres deben haber nacido en territorio nacional, con lo cual la nacionalidad mexicana para

los nacidos en el extranjero se limita a la primera generación; es decir, los mexicanos nacidos en el extranjero cuyos padres sean mexicanos nacidos en territorio nacional no podrán otorgar nuevamente la nacionalidad mexicana a sus descendientes, evitando con ello la posibilidad de “asimilar como nacionales mexicanos a personas totalmente desvinculadas con los intereses del país”, tal y como señala Contreras Vaca, lo cual no necesariamente evita esta falta de asimilación. De acuerdo con la nueva formulación del artículo 30, podemos plantear las siguientes hipótesis:

Primera: La persona nacida en el extranjero, de padres mexicanos nacidos en territorio nacional. Hipótesis simple que no plantea ninguna complicación.

Segunda: La persona nacida en el extranjero, de padre mexicano nacido en territorio nacional y madre nacida en otro país. En este caso, el hijo es mexicano; sin embargo, la fórmula es susceptible de provocar la doble o triple nacionalidad, ya que supongamos que si la madre es de una nacionalidad diferente a la del territorio en donde haya nacido el hijo, se provocará o potencialmente existirá la posibilidad de varias nacionalidades: la del padre, que sería mexicana, la del territorio de nacimiento y la de la madre, si el país de origen sigue el sistema del *ius sanguinis*.

Tercera: La persona nacida en el extranjero, de madre mexicana nacida en territorio nacional y padre nacido en otro país. También como en la anterior hipótesis, el hijo es mexicano y potencialmente es susceptible de dos o tres nacionalidades, dependiendo del derecho de los otros países.

Se detalla, sin ninguna necesidad, que los hijos mexicanos por nacimiento (apartado A, fracción II) o por naturalización (apartado A, fracción III) y nacidos en el extranjero son mexicanos de origen, transmitiendo la nacionalidad tanto el padre como la madre. En la fracción III, al igual que en la fracción II, se presenta una hipótesis en la cual una persona nacida en el extranjero, de padres de nacionalidad mexicana por naturalización, será mexicana. Ahora bien, como decíamos, los hijos de esta persona mexicana que nazcan en el extranjero no podrán tener la nacionalidad mexicana, ya que no se cumplirá con el requisito de haber nacido en territorio mexicano. La fracción III evita o trata de evitar que existan connacionales desvinculados con el Estado mexicano; también está presente la posibilidad de la múltiple nacionalidad y, además, reitera que no se aplica el principio o criterio de atribución de la nacionalidad del *ius sanguinis*.

La fracción IV otorga la nacionalidad mexicana a los individuos que nacen en embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes, en el supuesto de considerar a dichas embarcaciones o aeronaves como una extensión del territorio mexicano, y en aplicación del *ius soli* los nacidos a bordo de ellas también adquieren la nacionalidad; sin embargo, este hecho puede presentarse por mera casualidad, por lo que es posible otorgar la nacionalidad mexicana a individuos totalmente desvinculados del Estado mexicano. Precisamente, la actual Ley de Nacionalidad trata de evitar que adquieran la nacionalidad personas que no posean vínculos con México.

Si tomamos como punto de partida los artículos 27 y 42 constitucionales, que se refieren al territorio, no encontramos a las embarcaciones y aeronaves como parte de él; por lo tanto, podemos concluir que los mexicanos referidos en la fracción IV no se

consideran como nacidos en el territorio nacional en los términos mencionados de la fracción II; además, se debe tomar en cuenta una cuestión práctica en la cual las mujeres que están en los últimos meses de su embarazo, por regla general y por prescripción médica, no viajan en embarcaciones o aeronaves. Manuel Becerra expresa:

Otra situación que hay que tomar en cuenta, es la de los hijos de extranjeros que hayan nacido en el territorio que ocupan las embajadas mexicanas. No es una hipótesis lejana que se da con los asilados en las representaciones mexicanas en el extranjero. Sería lógico que los niños nacidos en tales circunstancias también tuvieran la nacionalidad mexicana.

Por último, en cuanto a la reforma del apartado B, fracción II, del citado artículo constitucional, parece tener como objetivo principal, al agregar la expresión: “y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”, evitar fraude a esa legislación; es decir, alude a la posibilidad de celebrar matrimonios de extranjeros con nacionales con el objetivo de obtener la nacionalidad mexicana al exigir el cumplimiento de los demás requisitos secundarios que establezcan las leyes reglamentarias; por ello, tanto el hombre como la mujer que se casen con mexicana o mexicano deberán solicitar expresamente su nacionalidad mexicana, así se quita a esa atribución el carácter de automática. En realidad hablamos de una nacionalidad privilegiada a favor del cónyuge del mexicano, por lo cual estimamos de nuevo innecesaria la reforma, pues compete a la ley reglamentaria precisar la disposición constitucional, tal y como hasta la fecha se ha estado realizando en las respectivas leyes de nacionalidad.

Elementos de la nacionalidad

Por otra parte, siguiendo una continuidad reflexiva de los conceptos jurídicos de nacionalidad podemos extraer o destacar tres elementos esenciales de la nacionalidad, que son: el Estado que otorga la nacionalidad, el individuo que la recibe y su nexo o vínculo.

El elemento activo lo constituye el Estado, que lo otorga unilateral y discrecionalmente. El segundo de los elementos enunciados lo forma el llamado elemento pasivo que es el individuo que la recibe. Las personas jurídicas (o morales) y algunas cosas también pueden ser elementos pasivos para recibir la nacionalidad, aunque al respecto hay diversidad de pareceres que posteriormente analizaremos.

No obstante, hay que destacar que existen casos, más de los que desearíamos, en los cuales por diversos motivos algunas personas no tienen nacionalidad y se les conoce como apátridas, apoloides o heimatlosen.

Y con respecto al nexo o vínculo de nacionalidad hay que distinguir tres criterios: el *ius sanguinis*, el *ius soli* y el *ius domicili*; es decir, son los criterios que adopta un determinado Estado y que relaciona a un individuo con dicho Estado.

Elemento activo. La nacionalidad únicamente puede otorgarla un Estado soberano, es decir, capaz de gestarse y constituirse por sí mismo, cuyo poder no reconozca ningún otro que lo condicione dentro de sus límites de validez, y sus facultades de “autode-

terminación, su capacidad de normarse a sí mismo o de darse sus propias leyes y de autolimitación y su capacidad de señalarse campos de acción o de imponerse sus propias competencias”, impliquen para el Estado la potestad de no ser cuestionado ni condicionado por nada superior dentro de su ámbito geográfico, cultural y temporal determinado, lo cual emana del pueblo en un Estado de derecho, ya que la “soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo”, según el artículo 39 constitucional.

El Estado establece el vínculo jurídico, es él el que, unilateralmente, por virtud de una facultad discrecional, otorga la nacionalidad. El Estado soberano que tiene reconocida plena competencia para determinar, en materia de nacionalidad, las condiciones y requisitos según los cuales debe regirse la nacionalidad de las personas que constituyen su pueblo, va a reglamentar en su propia legislación la adquisición, pérdida, transmisión, entre otros, de su nacionalidad.

Por una parte es discrecional, ya que, como mencionamos anteriormente, es el Estado con base en su poder autónomo y soberano quien bajo su libre voluntad y arbitrio define quiénes, de entre los hombres, van a formar parte de él. El Estado va a individualizar al grupo humano sobre el que va a ejercer su poder en forma exclusiva, y al que va a procurar su protección, estableciendo en su ley fundamental y leyes reglamentarias las características necesarias que se requieren para que un individuo sea considerado como parte de su grupo nacional; es decir, necesariamente es el Estado quien atribuye su nacionalidad, sometiendo a su autoridad a un grupo perfectamente identificable e identificado.

Sin embargo, es imposible aceptar que solamente la voluntad del Estado, en forma unilateral, determine la incorporación de una persona a su grupo nacional —y ya no digamos la concesión al Ejecutivo en la expulsión de extranjeros según el artículo 33 constitucional—. No puede atribuir nacionalidad en forma automática, sino cuando se trata de la nacionalidad de origen; en los demás casos, es necesaria la aceptación tácita o expresa del individuo.

Por otro lado, en el plano del derecho internacional, aunque tiene reconocida su plena competencia como Estado soberano en materia de otorgamiento de la nacionalidad, esta competencia se puede limitar por medio de tratados o acuerdos internacionales. Su interés deriva de la necesidad de la comunidad internacional de poder identificar en forma cierta y sin lugar a dudas la pertenencia de un individuo con el pueblo de un Estado, a efecto de evitar, según Laura Trigueros: “Repercusiones evidentes e importantes en esta área, como los casos de doble nacionalidad o apátrida”.

El Estado, en materia de nacionalidad, tiene una acepción de autónoma —nos referimos a la facultad y prerrogativa que posee para introducir en su legislación las variantes que considere necesarias para proteger sus intereses y definir a su pueblo—, es reconocida y respetada por los demás Estados en el ámbito internacional, sin importar el sistema que aquel Estado utilice para otorgar su nacionalidad; sin embargo, como comentamos anteriormente, existen recomendaciones específicas en los instrumentos internacionales que instan a los Estados para que atribuyan su nacionalidad cuando se compruebe que hay una relación estrecha entre ese individuo y él, con la finalidad de no provocar vínculos de nacionalidad ficticia.

Elemento pasivo. Como ya especificamos, el Estado, susceptible de atribuir la nacionalidad, requiere para cumplir con este cometido al individuo como elemento indispensable, considerado el fundamento que actúa como receptor de la misma. El Estado necesariamente requiere del grupo nacional como elemento de existencia, afirmando que es el individuo que la recibe el elemento pasivo de la nacionalidad; los individuos, sujetos a la relación que instituye la nacionalidad, tienen reconocidos derechos y obligaciones en cuanto a la atribución de la misma.

En principio, los derechos que le son reconocidos al individuo son, entre otros, y salvo disposiciones que establezca la ley: la capacidad de todo individuo para optar por la nacionalidad que le convenga; poder cambiar de nacionalidad; renunciar a ella y adquirir otra en lo sucesivo.

Asimismo, el Estado, en sus ordenamientos jurídicos, dispone de una serie de limitaciones frente a sus nacionales, como son: que ninguna persona debe carecer de nacionalidad, además, el derecho de renuncia se condiciona por la previa adquisición de una nueva nacionalidad; paralelamente, la persona tiene derecho a solicitar la atribución de una nacionalidad, mas no lo tiene a que se le atribuya. Sin embargo, aun cuando se admita la libertad absoluta del individuo para renunciar o cambiar de nacionalidad, se requiere siempre del reconocimiento del Estado receptor para que tal acción tenga plenos efectos. El nacional está “obligado a prestar a su Estado todo su apoyo y cooperación para garantizar su existencia y su permanencia y la realización de sus fines en mejoría del pueblo”.

De igual manera, el individuo tiene derecho a gozar, como parte fundamental de la población, de un determinado Estado y de la protección del mismo. El Estado está obligado a proporcionar a sus miembros esta finalidad en el contexto interno y, como ya lo comentamos en otras ocasiones, debe brindar a los individuos los elementos necesarios para obtener la satisfacción de sus necesidades. La posición en que se encuentra el individuo frente a un Estado, con respecto a la atribución de la nacionalidad, tiene el carácter de pasiva; sin embargo, el individuo frente al Estado de que es miembro también tiene una actuación activa respecto a la formación del derecho y a la sustentación del poder coactivo de éste. No obstante, esta intervención activa de parte del pueblo en la formación del orden jurídico general es la que en nuestro derecho constitucional se comprende bajo la designación de ciudadanía y que ampliamente han estudiado Jorge Carpizo y Diego Valadés, entre otros doctrinarios mexicanos.

El individuo es la persona o sujeto al cual se le atribuye la nacionalidad y solamente puede ser una persona física, ya que la nacionalidad supone la integración del pueblo y del Estado, y por ello las personas morales, que no son más que los medios legales que determina el Estado para que un grupo de personas físicas se reúna para llegar o cumplir con un fin común, no pueden estar comprendidas dentro del pueblo del Estado. Sin embargo, hay autores que afirman que las personas morales sí tienen nacionalidad, ya que es un hecho que no se puede ignorar, pero al tratar de caracterizarla llegan a desnaturalizar lo que se ha definido como nacionalidad, ya que los supuestos y las consecuencias son totalmente distintos.

Respecto de las personas jurídicas, es importante aclarar la situación en que éstas se encuentran en relación con su nacionalidad, ya que dicha situación ha sido objeto de diversas contrariedades. Es cierto que la atribución de la nacionalidad se edifica con base en diversos factores: sociológicos y jurídicos, además del político, que hacen que un individuo se encuentre íntegramente ligado a un Estado, lo cual implica, como diría Eduardo Trigueros, un vínculo espiritual resultado de la cotidiana convivencia de los hombres y de sentimientos e ideas comunes que se expresan en el grupo, como un sentimiento de unidad, basado en la solidaridad de cada uno de los miembros de la sociedad, siendo esto posible dentro de un ámbito estatal.

Sería imposible, tomando en cuenta los elementos que hacen que un individuo sea asimilado como nacional de un Estado, considerar a las personas morales como nacionales del mismo, ya que por su propia naturaleza no pueden influir en la formación de una nacionalidad; sin embargo, es posible establecer racionalmente una vinculación jurídica entre las personas morales y el Estado, con respecto a los derechos y deberes que en relación con un Estado tienen las personas jurídicas, formadas al amparo de sus leyes, domiciliadas en su territorio o al servicio de los intereses de sus nacionales; es decir, las personas morales tienen reconocida una personalidad jurídica que conlleva a una transposición del concepto de nacionalidad; esta idea de nacionalidad asegura, en la mayor parte de los Estados, de manera suficiente y espontánea, la expansión y defensa económica de los mismos, en beneficio de su población, siendo esto, de manera específica, uno de los fines del Estado, dotando a sus nacionales de esa protección, conservación y bienestar que está obligado a otorgar.

A las personas morales se les reconoce una personalidad jurídica, que implica una traslación del concepto de nacionalidad. Cualquier criterio que se utilice para determinar la nacionalidad de las personas morales es incorrecto, según Muñoz Rojas:

La existencia de las personas morales se debe a una creación del derecho y por lo tanto no debemos buscar su nacionalidad como un punto de conexión para un determinado sistema jurídico, sino que lo más conveniente es buscar su estatuto jurídico que lo regule y lo identifique como centro de obligaciones y derechos.

Nexo o vínculo de la nacionalidad. El nexo o vínculo de la nacionalidad es ese ligamen, fuerte y generalmente indisoluble, que jurídicamente une a la persona con el poder gubernamental, con el Estado. Es el elemento que relaciona al Estado con el individuo. El fenómeno del ligamen jurídico se instituye, históricamente, con base en la pertenencia de un individuo a una comunidad. Esta vinculación jurídica establecida en razón de pertenencia, entendida ésta como la circunstancia de que la persona física o moral sea atribuible a un Estado, obedece a factores históricos, a necesidades del Estado y a consideraciones del orden internacional. El vínculo jurídico que posee en su base un hecho social de cohesión, adhesión y unión efectiva de existencia, intereses y sentimientos entre un individuo y el Estado al que pertenece, significa que esa “unión o interdependencia entre la persona y el Estado es uno de los ligamentos que vienen a formar el vínculo”.¹⁸

¹⁸Xavier San Martín y Torres, *Nacionalidad y extranjería*, México, edit. Mar, 1954, p. 13.

El vínculo de la nacionalidad no implica una manifestación de voluntad, sino que es una situación que opera por el derecho mismo, independientemente de las inclinaciones o determinaciones particulares del hombre o del que gobierna.

Debido a la existencia del vínculo jurídico de la nacionalidad, el Estado puede imponer su nacionalidad a todos aquellos individuos que estén al alcance de su fuerza coactiva, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos que señalan quienes de entre los hombres han de integrar su pueblo, es decir, atendiendo a aquellas disposiciones que el Estado establezca para atribuir su nacionalidad. Son tres los grandes principios clásicos en que se dividen las legislaciones en el mundo:

1) *Ius sanguinis*. Desde el nacimiento se atribuye al individuo la nacionalidad de sus padres, ya que los vínculos de sangre se la imprimen. El menor ha recibido de los padres las características inmanentes de la raza, lazos de sangre que aseguran la continuación de la misma favoreciendo, de esa manera, la existencia del Estado (que dejaría de existir si los hijos no tomaran la nacionalidad de sus padres).

Este criterio fue seguido por Roma, era forzosamente ciudadano romano aquel que tenía por padre a un ciudadano romano, cualquiera que fuese el lugar del nacimiento del hijo.

2. *Ius soli*. La nacionalidad se determina por el lugar de nacimiento. No puede negarse la influencia decisiva del medio, de la educación recibida en un país; además, el *ius sanguinis* frente al *ius soli* puede ser peligroso para los Estados con alta inmigración de extranjeros, que deseen aumentar el número de sus nacionales.

3. *Ius domicili*. Para otorgar su nacionalidad se exige que el interesado acredite un tiempo de residencia en su territorio para asegurar una efectiva vinculación.

Hay naciones que en sus legislaciones establecen una mezcla de dos o tres de los criterios indicados, son las denominadas posturas eclécticas. A modo de conclusión, la reforma constitucional del artículo 30 ahonda en la distinción entre mexicanos de origen y mexicanos por naturalización.

Surge, en esta dirección, una discriminación en contra de los mexicanos por naturalización. Restringir al extranjero —que decidió y se comprometió a ser leal a la nación mexicana, que renunció a su nacionalidad de origen— la posibilidad de optar a la doble nacionalidad es crear nacionales de segunda. Nuestros legisladores hubieran podido hacer uso de la comparación para estudiar aquellos países que se encuentran más avanzados en este tipo de legislación, y así constatar que la mayoría de la normatividad al respecto da un lugar de verdadera preponderancia a los nacionales por naturalización. La utilidad de la comparación no solamente estriba en conocer mejor la esencia de nuestro derecho, sino en mejorar, precisamente, nuestro derecho.

Con la actual redacción subyacen limitaciones. En el momento en el que se agregó el requisito de que los padres deben de haber nacido en territorio nacional, se limita la nacionalidad mexicana de origen para los nacidos en el extranjero, a la primera

generación; es decir, los mexicanos nacidos en el extranjero, cuyos padres sean mexicanos nacidos en territorio nacional, no podrán otorgar nuevamente la nacionalidad mexicana a sus descendientes. La actual Ley de Nacionalidad, cometiendo otros errores en este contexto, trata de evitar que adquieran la nacionalidad personas que no posean vínculos con México.

Derecho comparado

Hay autores que se cuestionaron la necesidad de una reforma de esta envergadura para proteger a nuestros connacionales en el extranjero, concretamente en los Estados Unidos de América. Opinan que incluso con la reforma en vigor no se solventarán los problemas que subyacen en la comunidad mexicana residente en Estados Unidos, por ejemplo. Si realizamos un repaso, sucinto, por el ámbito internacional y comparamos algunas de las más modernas y actuales Constituciones latinoamericanas, fundamentalmente, tenemos que poco difieren del vigente artículo 30 constitucional mexicano en cuanto al establecimiento de la nacionalidad por nacimiento o de origen, y la naturalizada o derivada.

Así, en Bolivia, su Constitución reformada el 20 de febrero de 2004 establece en su artículo 36 que:

Son bolivianos de origen:

1. Los nacidos en el territorio de la República, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Bolivia al servicio de su gobierno.
2. Los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el solo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados.

Quizá la Constitución boliviana restringe más la nacionalidad de origen sin darle la “extensión” que nuestra Carta Magna le da a los nacidos en embarcaciones, aeronaves e incluso, como comentamos, consulados mexicanos en el extranjero. De igual manera no contempla, expresamente, la posibilidad de considerar como nacionales de origen a los hijos de padres naturalizados. Se tendría que consultar la legislación secundaria para ver si realmente no estuvo en el ánimo del legislador boliviano y fue simplemente un *lapsus* constitucional. En su artículo 37 establece que:

Son bolivianos por naturalización:

1. Los españoles y latinoamericanos que adquieren la nacionalidad boliviana sin hacer renuncia de la de su origen, cuando existan, a título de reciprocidad, convenios de nacionalidad plural con sus gobiernos respectivos.
2. Los extranjeros que habiendo residido dos años en la República declaren su voluntad de adquirir la nacionalidad boliviana y obtengan carta de naturalización conforme a la ley. El tiempo de permanencia se reducirá a un año tratándose de extranjeros que se encuentren en los casos siguientes:
 - a) Que tengan cónyuge o hijos bolivianos;

- b) Que se dediquen regularmente al trabajo agrícola o industrial;
- c) Que ejerzan funciones educativas, científicas o técnicas;
- 3. Los extranjeros que a la edad legalmente requerida presten el servicio militar;
- 4. Los extranjeros que por sus servicios al país la obtengan de la Cámara de Senadores.

Este artículo contempla la doble nacionalidad de aquellos considerados como privilegiados por sus raíces culturales e históricas, nos referimos a los españoles y latinoamericanos que adquieran la nacionalidad boliviana, siempre y cuando haya reciprocidad internacional. También incluye en los naturalizados una serie de modalidades o plazos determinados de residencia, dos años y un año según los supuestos en Bolivia, para así integrar a estos nacionales como parte de su población.

La Constitución colombiana de 1991, de manera semejante a lo comentado con respecto a México y Bolivia, enuncia el principio de no pérdida de la nacionalidad colombiana o doble nacionalidad, al estipular en su artículo 96 que “Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad”, restringiendo la doble nacionalidad a los colombianos de origen y excluyendo o discriminando, tal y como lo realiza México, a los colombianos naturalizados o por adopción, según su terminología. Así, el mencionado artículo 96 expresa que:

Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

- a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento de su nacimiento.
- b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República.

2. Por adopción:

- a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción.
- b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron.
- c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.

La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

De manera semejante, actualiza Costa Rica su Constitución de 1999 y así establece en su artículo 13 que:

Son costarricenses por nacimiento:

1. El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República;
2. El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años;
3. El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, por voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años;
4. El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica.

El siguiente artículo, el 14, se refiere a los naturalizados así:

Son costarricenses por naturalización:

1. Los que han adquirido esta nacionalidad en virtud de leyes anteriores;
2. Los nacionales de otros países de Centroamérica, los españoles y los iberoamericanos por nacimiento que hayan residido oficialmente en el país durante cinco años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
3. Los centroamericanos, los españoles o iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente en el país durante siete años como mínimo y que cumplan con los demás requisitos que fija la ley;
4. La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense;
5. Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo periodo en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense;
6. Quienes reciban la nacionalidad honorífica otorgada por la Asamblea Legislativa.

Aquí, quizás la observación más notoria sería la diferencia de los plazos para poder obtener la naturalización, 7 años, y la insistencia en reconocer a la mujer extranjera su nacionalidad por naturalización al casarse con costarricense y dejar sin contemplar al hombre extranjero.

Cuba, en su Constitución reformada en 1992 establece en su artículo 28: “La ciudadanía cubana se adquiere por nacimiento o por naturalización”. Y según el artículo 29:

Son ciudadanos cubanos por nacimiento:

- a) Los nacidos en el territorio nacional, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren al servicio de su gobierno o de organismos internacionales. La ley establece los requisitos y las formalidades para el caso de los hijos extranjeros residentes no permanentes en el país;
- b) Los nacidos en el extranjero de padre o madre cubanos que se hallen cumpliendo misión oficial;

- c) Los nacidos en el extranjero, de padre o madre naturales de la República de Cuba que hayan perdido la ciudadanía cubana, siempre que la reclamen en la forma que señala la ley;
- d) Los extranjeros que por méritos excepcionales alcanzados en las luchas por la liberación de Cuba fueron considerados ciudadanos cubanos por nacimiento.

El artículo 30, establece que:

Son ciudadanos cubanos por naturalización:

- a) Los extranjeros que adquieren la ciudadanía de acuerdo con lo establecido en la ley;
- b) Los que hubiesen servido a la lucha armada contra la tiranía derrocada el primero de enero de 1959, siempre que acrediten esa condición en la forma legalmente establecida;
- c) Los que habiendo sido privados arbitrariamente de su ciudadanía de origen obtengan la cubana por acuerdo expreso del Consejo de Estado.

La Constitución de Venezuela, de 1999, expresa en su artículo 32 que:

Son venezolanos y venezolanas por nacimiento:

1. Toda persona nacida en el territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento.
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
4. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

El artículo 33 se circunscribe a la naturalización, y así:

Son venezolanos y venezolanas por naturalización:

1. Los extranjeros o extranjeras que obtengan carta de naturaleza. A tal fin deberán tener domicilio en Venezuela con residencia ininterrumpida de, por lo menos, diez años, inmediatamente anteriores a la fecha de la respectiva solicitud. El tiempo de residencia se reducirá a cinco años en el caso de aquellos y aquellas que tuvieren la nacionalidad originaria de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe.
2. Los extranjeros o extranjeras que contraigan matrimonio con venezolanas o venezolanos desde que declaren su voluntad de serlo, transcurridos por lo menos cinco años a partir de la fecha del matrimonio.
3. Los extranjeros o extranjeras menores de edad para la fecha de la naturalización del padre o de la madre que ejerza sobre ellos la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de ser venezolanos o venezolanas antes de cumplir los veintiún años de edad y hayan residido en Venezuela, ininterrumpidamente, durante los cinco años anteriores a dicha declaración.

Son muchas más las Constituciones latinoamericanas que pudieran ser objeto de comentario, dada su reciente aparición en la década de los 90 fundamentalmente, a ellas nos referimos y en especial a la Constitución de Argentina de 1994, Ecuador de 1998, Panamá de 1994, Paraguay de 1992, Perú de 1993, República Dominicana de 1994 o Uruguay de 1997.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Mario I., *Introducción al derecho*, México, Mc Graw-Hill, 1996, 428 pp.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, México, Porrúa, 1974, 746 pp.
- ARCE, Carlos y Alberto G., *Derecho internacional privado*, 7a. ed., México, edit. Universidad de Guadalajara, 1990, 313 pp.
- BATIFFOL, Henri y Paul Lagarde, *Droit international privé*, tomo I, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1981.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La nacionalidad en México”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 26, México.
- , “Entra en vigor la doble nacionalidad”, en *Novedades*, México, 20 de marzo de 1998.
- BERGÖEND, Bernardo, *La nacionalidad mexicana y la Virgen de Guadalupe*, 2a. ed., México, Jus, 1968.
- BOGGIANO, Antonio, *La doble nacionalidad en derecho internacional privado*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1973.
- CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, “La reforma constitucional relativa a la no pérdida de la nacionalidad mexicana por nacimiento”, en *Responsa*, año 3, núm. 13, México, enero de 1998, pp. 15-19.
- , *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1994, 279 pp.
- ESPINOZA, Héctor Enrique, *Estudios socio-jurídicos de la nacionalidad*, México, UNAM, 1934.
- FERNÁNDEZ MCGREGOR, Genaro, *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, tomo II, México, 1920.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Artículo 30”, *Los derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, México, LV Legislatura-Cámara de Diputados/Porrúa, 1994.
- GARZA GARCÍA, César Carlos, *Derecho constitucional comparado*, México, Mc Graw-Hill, 1997, 406 pp.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Derecho internacional y nueva ley de nacionalidad mexicana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 80, México, mayo-agosto de 1994, pp. 315-345.
- , “México consagra la doble nacionalidad”, en *Revista de Derecho Privado*, año 8, núm. 23, Mc Graw-Hill, mayo-agosto de 1997.
- GONZÁLEZ FÉLIX, Miguel Ángel, “La no pérdida de la nacionalidad mexicana y la protección de mexicanos en el extranjero”, en *Memoria de los Foros de Análisis en Materia de Nacionalidad*, México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, 1996, pp. 35-39.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Régimen jurídico de la nacionalidad en México*, núm. 33, México, UNAM/(Corte de Constitucionalidad de Guatemala/Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 1998, 190 pp.

- , “Reflexiones sociológicas y jurídicas de la nacionalidad”, en Hugo Fernández de Castro (comp. y ed.), *Las migraciones y los transterrados de España y México. Una segunda mirada humanística*, México, UNAM, 2004, pp. 47-60.
- HERNÁNDEZ TRILLO, Luis, “Efectos jurídicos de la naturalización de los extranjeros casados con mexicanos”, *Memoria del Simposio Extranjeros y Derechos Humanos según su Calidad y Características Migratorias*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 15 y 16.
- LOMNITZ, Claudio, “Hacia una antropología de la nacionalidad mexicana”, en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 2, México, 1993, pp. 169-195.
- MAKAROV, “Principes du droit de la nationalité”, R. des C., 1949, citado por Laura Trigueros Gaisman, “La doble nacionalidad en el derecho mexicano”, en *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996.
- MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, “Una nueva ley de Nacionalidad”, en *Responsa*, año 3, núm. 13, México, enero de 1998.
- MANCINI, Pascuale, *Della nacionalità come fondamento del diritto delle genti*, 1851.
- MUÑOZ ROJAS, Pablo, “¿Tienen nacionalidad las personas morales?”, en *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 21, México, Universidad Iberoamericana, 1992, pp. 367-386.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1980.
- REMOLINA ROQUEÑI, Felipe, *La Constitución de Apatzingán; estudio jurídico-histórico*, México, Biblioteca Michoacana, 1965, 268 pp.
- SAN MARTÍN Y TORRES, Xavier, *Nacionalidad y extranjería*, México, Mar, 1954.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y Antonio Sirven, *Derecho internacional privado*, tomo I, 3a. ed.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19a. ed., México, 1995.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1978.
- TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “La reforma en materia de nacionalidad”, en *Alegatos*, núm. 35, México, enero-abril de 1997.
- , “Nacionalidad única y doble nacionalidad”, en *Alegatos*, núm. 32, México, enero-abril, 1996.
- , “La doble nacionalidad en el derecho mexicano”, en *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, pp. 581-602.
- TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *La nacionalidad mexicana*, México, edit. Jus, 1940, 167 pp.
- VALADÉS RÍOS, Diego, “Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVIII, núm. 112, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, enero-abril, 2005.
- VERDUGO, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano*, tomo I, México, tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1885.

Artículo 30

Trayectoria constitucional

30 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 18-I-1934

XXXV LEGISLATURA (1-IX-32/31-VIII-34)

Presidencia de Abelardo L. Rodríguez, 3-IX-32/30-XI-34

Se precisan las condiciones para adquirir la nacionalidad mexicana: por nacimiento o por naturalización.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 26-XII-1969

XLVII LEGISLATURA (1-IX-67/31-VIII-70)

Presidencia de Gustavo Díaz Ordaz, 1-XII-64/30-XI-70

La reforma posibilita a la madre mexicana para que su hijo nacido en el extranjero sea mexicano.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 31-XII-1974

XLIX LEGISLATURA (1-IX-73/31-VIII-76)

Presidencia de Luis Echeverría Álvarez, 1-XII-70/30-XI-76

Se faculta al varón extranjero que contraiga matrimonio con mujer mexicana a adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-III-1997

LVI LEGISLATURA (1-XI-94/31-VIII-97)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-94/30-XI-00

Se establece el reconocimiento de la doble nacionalidad.

Quinta reforma

Diario Oficial de la Federación: 22-VII-2004

LIX LEGISLATURA (1-IX-03/31-VIII-06)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-00/30-XI-06

Se reformó el artículo transitorio del decreto de reformas relativo al tema de la doble nacionalidad, que en parte guarda relación con la modificación constitucional antes referida (20 de marzo de 1997). Con la reforma al transitorio se especificó que quienes hayan perdido su nacionalidad mexicana por nacimiento por haber adquirido una nacionalidad extranjera, y se encuentren en pleno goce de sus derechos, podrán acogerse a lo dispuesto por el artículo 37 de la Constitución.

Artículo 31

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Los antecedentes más directos de este artículo los encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812, ya que en dicho texto se perfilan los puntos básicos que aluden a las obligaciones de los ciudadanos para con su Patria. Años más tarde, esos puntos se retomarán en los primeros textos constitucionales del México independiente. La mencionada constitución gaditana señaló como obligaciones de los españoles el amor a la Patria (art. 6°); ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar a las autoridades establecidas (art. 7°); contribuir en proporción de sus haberes a los gastos del Estado (art. 8°); defender la Patria con las armas, cuando fueren llamados por la ley (art. 9°).¹

Asimismo, en sus artículos 339 y 340 estableció la forma en que se distribuirían las contribuciones al Estado, mientras que en los artículos 360 a 362 se conformó la obligatoriedad y forma de servir a la Patria con las armas. Por último, podríamos citar el artículo 366, donde se señaló la necesidad de establecer escuelas de primeras letras en todos los pueblos donde, además de enseñar a leer, escribir y contar, se impartiera “una breve exposición de las obligaciones civiles”.

Dichas obligaciones cobraron particular importancia en México en plena Guerra de Independencia, y después de ella en tanto el Estado estaba falto de recursos y con necesidad de defender su soberanía. De ahí que la Constitución de Apatzingán señalara, en su artículo 36, que las contribuciones públicas no eran extorsiones a la sociedad, sino donaciones de los ciudadanos para seguridad y defensa.² El artículo 41, por su parte,

¹Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

31

Sumario Artículo 31

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	731
Texto constitucional vigente.	735
Comentario	
Gabriela Ríos Granados y Miriam Guillermina Gómez Casas Obligación a la educación pública	736
Obligación de alistarse en la Guardia Nacional	739
Obligación de pagar contribuciones	740
Bibliografía	747
Trayectoria constitucional	750

estableció como obligaciones de los ciudadanos: “una entera sumisión a las leyes, un obediencia absoluta a las autoridades constituidas, una pronta disposición a contribuir a los gastos públicos, un sacrificio voluntario de los bienes, y de la vida, cuando sus necesidades lo exijan. El ejercicio de estas virtudes forma el verdadero patriotismo.”

Como puede apreciarse, la defensa y las contribuciones al Estado se consideraron los pilares de las obligaciones ciudadanas. Esto mismo se constata en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en 1822, tras la independencia de México.³ El entonces emperador, Agustín de Iturbide, señaló que todos los habitantes del imperio deberían contribuir, en razón de sus proporciones, a cubrir las urgencias del Estado (art. 15) y que todos los ciudadanos, excepto los eclesiásticos, deberían cumplir con el servicio militar (art. 21).

Como puede observarse, estos mismos puntos estaban muy en consonancia con lo que había señalado diez años antes la Constitución gaditana. Otro punto de coincidencia fue el artículo 99 del mencionado Reglamento Provisional, en el cual se señaló que el gobierno expediría reglamentos y órdenes conforme a las leyes, para hacer que los establecimientos de instrucción y moral pública llenaran los objetos de su institución de forma debida y provechosa, y en consonancia con el actual sistema político.

En 1823 se apuntaron nuevas obligaciones en el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, la cual debería tener un corte de República federal.⁴ Entonces se señalaron como tales las siguientes (art. 1º): profesar la religión católica, apostólica, romana como única del Estado; respetar a las autoridades legítimamente establecidas; no ofender a sus semejantes; y cooperar al bien general de la Nación. Asimismo, su artículo 6º señaló que los ciudadanos podrían formar establecimientos particulares de educación con miras a difundir y adelantar la ilustración en el Estado.

Además de los que hubiera de carácter particular, se señaló que habría institutos públicos, uno central y “otro provincial en cada provincia”. En el fondo estaba la necesidad de asentar el nuevo Estado mexicano. Preocupaba a sus autoridades la independencia nacional, recordemos, por ejemplo, que apenas en 1836 España la reconoció. Ese mismo año en México se proclamaron las Leyes Constitucionales de la República,⁵ en las cuales nuevamente sobresale el intento por fomentar el respeto a sus autoridades constituidas y defender a la patria.

Las obligaciones dictadas por dichas leyes para los mexicanos fueron: profesar la religión de su patria; observar la Constitución y las leyes; obedecer a las autoridades; cooperar con los gastos del Estado; defender la patria, y cooperar al sostén o restablecimiento del orden público, cuando la ley y las autoridades a su nombre le llamen (Ley primera, art. 3º). Además de estas obligaciones, las Leyes de 1836 puntualizaron otras

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

⁵Leyes Constitucionales de la República, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

que señalaron como “obligaciones particulares del ciudadano mexicano” (Ley primera, art. 9°), éstas señalaron la responsabilidad de adscribirse en el padrón de su municipalidad; concurrir a las elecciones populares, y desempeñar los cargos concejiles y populares para los que fuese nombrado. Nótese que en estos últimos casos, lo que interesaba era señalar las obligaciones de los ciudadanos en el nombramiento de las autoridades y el deber de servir en todo cargo de elección a que fueren llamados.

Los ordenamientos posteriores, por ejemplo, en 1842 en las Bases Orgánicas sólo resumieron las obligaciones en dos puntos: “Es obligación del mexicano, contribuir a la defensa y a los gastos de la Nación”.⁶ Éstas continuaban siendo las dos obligaciones primordiales de todo mexicano. Por su parte, el Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana resumió las obligaciones en el siguiente párrafo: “Es obligación de todo ciudadano alistarse en la Guardia Nacional, adscribirse en el padrón de su municipalidad, votar en las elecciones populares y desempeñar cargos públicos de elección popular”.⁷ En este caso se rescató lo señalado en las leyes de 1836.

Años más tarde, el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, si bien reparó en los mismos puntos, precisó cuáles serían las contribuciones con que debería participar todo ciudadano (art. 4°), es decir, bienes raíces de su propiedad y las establecidas al comercio o industria que ejerciere, todo con arreglo a las disposiciones y leyes generales de la República.⁸ Todo lo señalado hasta aquí dio forma al artículo 31 de la Constitución de 1857. En dicho artículo se condensó lo señalado hasta entonces en materia de obligaciones ciudadanas:

- I. Defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de su Patria.
- II. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.⁹

Este texto constitucional estuvo vigente todo el resto del siglo XIX hasta que, en 1898, el gobierno federal lo reformó para adecuarlo a las necesidades del momento. Entonces se anexó como obligación de todo mexicano el prestar sus servicios en el Ejército o Guardia Nacional, conforme a las leyes orgánicas respectivas.¹⁰ Debemos recordar aquí que, durante el Porfiriato, el servicio en el Ejército se volvió imprescindible en tanto el Estado se consolidó en gran parte sobre esta institución.

⁶Bases Orgánicas de la República Mexicana, artículo 14, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/cons-hist/pdf/1842.pdf>.

⁷Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1842_143/Segundo_proyecto_de_constituci_n_Le_do_en_la_Sesi__1428_printer.shtml.

⁸Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁹Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/cons-hist/pdf/1857.pdf>.

¹⁰*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 861.

No obstante, dado que en muchas ocasiones el servicio militar se volvió una forma de abuso, el Programa del Partido Liberal Mexicano, de 1906, propuso la supresión del servicio militar obligatorio y el establecimiento de la Guardia Nacional (art. 4°), de manera que quienes prestaran servicio en el ejército lo harían de forma libre y voluntaria.¹¹ Asimismo, el PLM solicitó que se revisara la ordenanza militar para suprimir de ella lo que se considerara opresivo y humillante para la dignidad del hombre, y mejorar los haberes de los que sirvieran en la milicia nacional. Además, se reparó en la necesidad de la instrucción pública y la enseñanza de los rudimentos de artes y oficios, así como en la instrucción militar y cívica (arts. 12 y 14).

Esta demanda no se pasó por alto y, en 1916, tras el triunfo constitucionalista, se propuso sumarla a las obligaciones de los mexicanos. En ese momento, el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza colocó como tal el que los menores de 10 años concurrieran a las escuelas públicas o privadas, durante el tiempo que marcara la ley de instrucción pública de cada estado “a recibir la educación primaria, elemental y militar”.¹² Estos nuevos puntos formaron parte del artículo 31 promulgado en la Constitución de 1917.

¹¹*Idem.*

¹²*Idem.*

Artículo 31

Texto constitucional vigente

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

31

- I.** Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.¹³
- II.** Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar.
- III.** Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y
- IV.** Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.¹⁴

¹³Fracción reformada, *DOF*: 05-03-1993, 12-11-2002 y 09-02-2012.

¹⁴Fracción reformada, *DOF*: 25-10-1993, 29-01-2016.

Artículo 31

Comentario por **Gabriela Ríos Granados** y **Miriam Guillermina Gómez Casas**

31 El artículo 31 constitucional tiene por objeto la exigencia a los mexicanos del cumplimiento sobre aspectos político-militares, educativos y fiscales del Estado mexicano.

A lo largo de este comentario se plantea el desarrollo que ha tenido este artículo al paso del tiempo, sus causas históricas y políticas que dieron origen a las reformas y los efectos que ha generado en la actualidad. Por ello, para una comprensión didáctica, este comentario se ha dividido en tres segmentos:

- 1) Obligación a la educación pública, la cual se desglosa en educación civil y militar;
- 2) Obligación de alistarse en la Guardia Nacional, y
- 3) Obligación de pagar contribuciones.

Obligación a la educación pública

Así pues, partamos desde su origen en 1917, que a la letra decía:

Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurren a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de Instrucción Pública en cada Estado.

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar.

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.¹⁵

A la luz del primer texto, la pregunta que surge es: ¿Por qué establecer la obligatoriedad de brindar una educación pública en la Constitución? Responder esta pregunta requiere hacer historia, pues antes la educación solamente era proporcionada a

¹⁵Artículo 31 CPEUM 1917, disponible en http://www.insp.mx/transparencia/XIV/leyes_federales/refcens/pdfsrcs/31.pdf, junio de 2016.

personas de altos recursos económicos, pues no había escuelas públicas, y no fue sino hasta la presidencia de Porfirio Díaz¹⁶ que se creó la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, y la Universidad Nacional de México, cuya finalidad era facilitar la educación pública al sector popular en México. Sin embargo, no es sino hasta 1917 que se establece la gratuidad constitucionalmente, estableciendo como requisitos de la educación el que fuera laica, obligatoria y gratuita.¹⁷ La finalidad que el Estado tiene al proporcionar educación debe ser entendida como un “elemento indispensable en la formación de los futuros ciudadanos”,¹⁸ que facilite al ser humano el desarrollo de sus capacidades, y esto a la vez permita un mayor progreso del Estado mexicano, pues sin duda alguna la evaluación es el elemento de movilidad social.

La obligación constitucional a la educación pública y laica, también sancionada en el artículo 3° constitucional como derecho a la educación, es objeto de protección convencional, pues es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), al cual México se adhiere el 23 de marzo de 1981 y decretado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.¹⁹ Así, lo referente a la educación en la fracción primera del artículo 31 puede desglosarse en dos partes: por un lado, la relativa a la educación civil, y por otro, a la educación militar.

La educación civil establece la exigencia hacia los padres o tutores de brindar una educación en el nivel elemental y así garantizar el derecho de adolescentes menores de 15 años a recibir una educación primaria. No obstante, a pesar de la obligatoriedad de brindar educación, México tiene gran rezago en esta materia, pues de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en 2015 se registró una cifra de 4 749 057 millones de analfabetas, calificando de esta manera a la población de 15 años y más que no sabe leer ni escribir.²⁰ Por otro lado, se establece la exigencia que tiene el Estado mexicano de brindar una educación militar. Así, en la fracción segunda del mismo artículo, se hace referencia a que deben impartirse conocimientos sobre el manejo de armas y los referentes a la disciplina militar. En consecuencia, la Ley del Servicio Militar, en su artículo primero, establece que los mexicanos que tengan 18 años de edad deben prestar su servicio en el Ejército o en la Armada, y se destacan como sujetos obligados a los mexicanos que tengan esta calidad, ya sea por nacimiento o naturalización.²¹

¹⁶Que, como hemos indicado en otros trabajos: “es un personaje controversial, en mi opinión fue un presidente con un talante emprendedor que impulsó el desarrollo económico del naciente Estado mexicano, pero a su vez también causó grandes sacrificios para la población mexicana, pero a su vez también lo llevó a su debacle y a la revolución de 1910”. Gabriela Ríos Granados, *Breves apuntes sobre el sistema tributario en México*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4121/13.pdf>, junio de 2016, pp. 215-216.

¹⁷Alejandro Navarro, Educación, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, en *Educación*, disponible en www.diputados.gob.mx/cesop/, 2 de junio de 2016.

¹⁸Margarita Moreno y María González, *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM, 2006, Serie Doctrina Jurídica, núm. 355, p. 502.

¹⁹Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>, 30 de mayo de 2016.

²⁰Encuesta intercensal 2015, INEGI, disponible en http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/especiales/ei2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf, junio de 2016, p. 39.

²¹Ley del Servicio Militar, artículo primero, 2016.

Históricamente, la prestación del servicio militar ha sido considerada como una obligación sólo para personas del sexo masculino; sin embargo, existe la opción de que personas del sexo femenino presten su servicio militar, siempre de forma voluntaria. Respecto a la llamada educación militar, ésta es proporcionada a quien la solicita de forma voluntaria, inscribiéndose en los distintos planteles militares, cuyo objeto es capacitar a hombres y mujeres que deseen incorporarse y sean competentes para estar dentro del Ejército o la Fuerza Aérea.²² Existe un Sistema Educativo Militar con planes de educación que son los siguientes:

- Plan de formación: brinda formación profesional-militar, científica y tecnológica, humanística, axiológica y físico-mental.
- Plan de capacitación: tiene contenidos técnicos.
- Plan de aplicación: materializa la enseñanza de los tópicos militares.
- Plan de perfeccionamiento: complementar y mejorar el desempeño profesional militar.
- Plan de actualización: brinda las innovaciones que surgen de las diferentes disciplinas militares.
- Plan de especialidad: enfocado al conocimiento y habilidad en un cuerpo específico de las ramas de la ciencia, la técnica y el arte.²³

Sin embargo, no debe perderse de vista que el Estado mexicano es un Estado no bélico, por lo que realmente el Ejército y la Fuerza Aérea Mexicanos sirven como apoyo a la protección civil, tal como se establece en el Plan DN-III-E, el cual tiene su fundamento legal en la Ley Orgánica del Ejército y la Fuerza Aérea Mexicana y que cuenta con tres fases:

- *Fase de auxilio*: tiene como objeto salvaguardar la vida de las personas, sus bienes y la planta productiva, así como preservar los servicios públicos y el medio ambiente ante la presencia de un agente destructivo.²⁴ Dentro de esta fase se establecen diversas acciones entre las que destacan la coordinación con autoridades estatales y municipales en caso de emergencia como desastres naturales, la coadyuvancia con las fuerzas de seguridad pública en caso de conflictos que alteren la paz pública, la búsqueda y rescate, entre otras.
- *Fase de prevención*: realizan acciones dirigidas a controlar el riesgo, evitar o mitigar el impacto destructivo de los desastres, etcétera.²⁵ Algunos ejemplos en esta fase son la coordinación con consejos estatales y municipales del Sistema de Protección Civil, así como el despliegue de la Fuerza de Apoyo para Casos de Desastre (en adelante FACD)
- *Fase de recuperación*: es el referente a la reconstrucción y mejoramiento del sistema afectado.

²²Sistema Educativo Militar, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/articulos/sistema-educativo-militar-31103?idiom=es>, junio de 2016.

²³*Id.*, acciones y programas, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/sistema-educativo-militar?idiom=es>, junio de 2016.

²⁴Fases del Plan DN-III-E, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/fases-del-plan-dn-iii-e>, junio de 2016.

²⁵*Idem.*

La FACD es un organismo militar, cuyo propósito es proporcionar apoyo inmediato a mandos militares ante desastres de gran magnitud, como fenómenos naturales que pudieran afectar a la población civil y cuya capacidad se vea rebasada por este fenómeno.²⁶ Entre las actividades realizadas por la FACD se encuentran: los reconocimientos aéreo y terrestre; la elaboración de un informe inmediato sobre la situación en el área afectada; análisis de control de daños; labores de búsqueda, rescate y evacuación de la población en el área del desastre; proporcionar atención médica y odontológica; distribución de alimentos, y colaboración en los trabajos de remoción de escombros y el restablecimiento de las vías de comunicación.²⁷

Los principales desastres en los que ha sido reflejado el apoyo y trabajo del Plan DN-III fueron el sismo en la Ciudad de México (1985), sismo en Colima y Jalisco (1995), huracán *Paulina* (1997), huracán *Isis* (1998), sismo en Oaxaca (1999), inundaciones en Valle de Chalco e Ixtapaluca (2000),²⁸ huracán *Wilma* (2005),²⁹ fuertes tormentas en Tamaulipas (2016)³⁰

Obligación de alistarse en la Guardia Nacional

La exigencia de alistarse y servir en la Guardia Nacional en este artículo es de carácter histórico, pues a la Guardia Nacional la caracteriza ser una fuerza temporal, estar constituida por ciudadanos y tener un alcance en el nivel local,³¹ características opuestas a las del Ejército federal, que se encuentra constituido permanentemente, de tal suerte que debe hacerse una distinción entre éste y la Guardia Nacional. Además, la Guardia Nacional no se debe confundir con los grupos de autodefensas que han surgido en varias entidades del país, cuyo origen fue contrarrestar a los grupos de narcotraficantes y no tienen un origen legal. En este sentido, es importante mencionar que no existe una ley orgánica que regule aspectos de la Guardia Nacional, como sus funciones, creación y organización.³²

Pese a que es mencionado el término de Guardia Nacional en distintos artículos constitucionales —como el 10, el 34 fracción IV, el 73 fracción XV, el 76 fracción IV,

²⁶Fuerza de apoyo para casos de desastre, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/fuerza-de-apoyo-para-casos-de-desastre-plan-dn-iii-e>, junio de 2016.

²⁷*Idem*.

²⁸David Cienfuegos Salgado, “Las fuerzas armadas y la protección civil: el plan DN-III”, en *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Gro., 6a. época, año 9, núm. 39, México, mayo de 2010, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3076/3.pdf>, junio de 2016.

²⁹Tania Medina, *50 años del plan DN-III*, disponible en <https://www.lajornadamaya.mx/2016-05-30/Ejercito--listo-en-caso-de-huracan>, junio de 2016.

³⁰Guadalupe Álvarez, *Está Tamaulipas bajo el agua*, disponible en <http://www.enlineadirecta.info/?option=view&article=287980#sthash.VmiEIHbu.dpbs>, junio de 2016.

³¹Jesús Solano González, “La Guardia Nacional”, en *AÍDA ópera prima de derecho administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derechos Administrativo*, México, opus núm. 12, año 6, julio-diciembre de 2012, p. 211.

³²Miguel Carbonell et al., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 8a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 2012, vol. III p. 10.

el 78 fracción I, el 89 fracción VII—³³ es imposible dar cumplimiento a esta obligación constitucional debido a la omisión por parte del Congreso de la Unión al no expedir su respectiva ley,³⁴ por lo cual desde 1917 nunca se ha establecido una Guardia Nacional. La existencia de la Guardia Nacional en la Constitución de 1917 data de sus antecedentes de la urgencia de agrupar a la ciudadanía en defensa de la República ante la invasión estadounidense en 1846,³⁵ y es por ello que a la fecha sigue en la Constitución, pero no es un precepto observado.

Obligación de pagar contribuciones

En tercer lugar, se establece en la fracción IV del artículo 31 la obligación de pagar contribuciones, lo que constituye la exigencia que tienen los mexicanos de aportar al gasto público en los niveles federal, estatal y municipal, integrando los siguientes sistemas de recaudación:

<i>SISTEMA TRIBUTARIO FEDERAL</i>	<i>SISTEMA TRIBUTARIO ESTATAL</i>	<i>SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL (CARECE DE FACULTADES DE IMPOSICIÓN, PERO HAY FACULTADES DE RECAUDACIÓN)</i>
Impuestos Derechos Contribuciones de mejoras Aportaciones de seguridad social	Impuestos Derechos Contribuciones de mejoras Aportaciones de seguridad social (algunas veces) Con la reforma al artículo 122 constitucional alcaldías y hacienda unitaria	Impuestos Derechos Contribuciones de mejoras

Fuente: Gabriela Ríos Granados, *Derecho tributario parte general*, México, Porrúa, 2014, p. 8.

Esta fracción en su origen se nutrió de los principios establecidos en la obra de David Ricardo, *La riqueza de las naciones*, y que a la fecha respecto a los principios materiales de justicia tributaria no ha tenido ninguna reforma, pero sí se ha ensanchado su ámbito de protección a los contribuyentes por interpretación jurisdiccional. A pesar de que al inicio de la fracción se establece que son obligaciones de los “mexicanos”, esta obligación se vincula con el término de territorialidad o ámbito espacial para el pago de las contribuciones, ya que deben contribuir al gasto público tanto personas extranjeras como nacionales.

Ahora bien, a pesar de que esta fracción no se encuentra en la parte dogmática de la Constitución, no es obstáculo para reconocer que de su texto se desprenden derechos

³³ Jesús Solano González, “La Guardia...”, *op. cit.*, p. 237.

³⁴ Carbonell, Miguel, *et al.*, *Derechos del pueblo mexicano. México...*, *op. cit.*, p.10.

³⁵ Jesús Solano González, “La Guardia...”, *op. cit.*, p. 212.

humanos de los contribuyentes,³⁶ los cuales son el de *proporcionalidad, equidad, legalidad y destino al gasto público*, y que jurisprudencialmente se traducen en capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley tributaria y destino del gasto público. Cualquier contribución debe reunir estos cuatro principios, de lo contrario puede ser declarada inconstitucional.³⁷ A continuación los definiremos brevemente:

Capacidad contributiva

Es un término ligado a la capacidad económica cualificada que tiene el contribuyente, la cual se mide a partir del mínimo existencial que es el conjunto de bienes básicos que permiten desarrollar un plan de vida autónomo mediante la satisfacción de necesidades personales y familiares básicas.³⁸

Debe resaltarse que el cumplimiento de este principio se realiza mediante las llamadas tasas progresivas, las cuales consisten en que los contribuyentes con mayores recursos cubran un monto de impuesto superior al de los contribuyentes con menores ingresos.³⁹ Es decir, la capacidad contributiva es la potencialidad real de pagar contribuciones. Esto significa que los sujetos pasivos deben aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades, rendimientos o la manifestación de la riqueza gravada, esto de acuerdo con la jurisprudencia mexicana. De tal manera que la doctrina mexicana la ha identificado como la real aptitud de pago de contribuciones.⁴⁰

Igualdad tributaria

Es la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido. Para que haya un trato diferenciado las finalidades deben estar avaladas por la Constitución; el ejemplo más claro de lo anterior son los llamados fines extrafiscales.⁴¹ ¿Qué son los fines extrafiscales? Son medidas que el legislador realiza a través de deducciones, exenciones, amortizaciones, reducciones a la tasa cuyo objeto es el fomentar o modificar el comportamiento del contribuyente.⁴²

³⁶Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 793.

³⁷Gabriela Ríos Granados, *Derecho tributario. Parte general*, México, Porrúa, 2014, p. 24.

³⁸*Idem*.

³⁹*Ibidem*, p. 25.

⁴⁰Gabriela Ríos Granados, *Derechos humanos de los contribuyentes a la luz del artículo 31 fracción IV constitucional y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013, tomo II, p. 2345.

⁴¹*Id.*, *Derecho tributario. Parte...*, *op. cit.*, p. 32 y 33.

⁴²*Idem*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, para analizar si es constitucional ese trato diferenciado, acude a un control de proporcionalidad para saber si ese trato desigual es idóneo o congruente, necesario y proporcional con el fin que se persigue, toda vez que mediante ésta existe una colisión de derechos humanos. En recientes fechas, nuestra Suprema Corte en el estudio de la constitucionalidad del trato diferenciado ha introducido un elemento del derecho colombiano y se conoce como *la doctrina del escrutinio no estricto*, y las características principales de esta teoría son las siguientes: 1) El escrutinio no estricto se refiere al examen no riguroso por parte del órgano jurisdiccional sobre la igualdad que no derive del artículo 1° de la Constitución Federal, dicho de otra manera, el órgano jurisdiccional hará un estudio profundo sobre las razones que tuvo el legislador para establecer un trato diferenciado siempre y cuando se refiera a “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, pues existe una prohibición expresa para realizar este tipo de discriminaciones, lo que ha interpretado la Suprema Corte es que se refiere a una relevante protección o tutela particular a no ser discriminado por los motivos enunciados en el artículo 1° constitucional. 2) Respecto al escrutinio estricto el juzgador exigirá al legislador razones fuertes y precisas, es decir, sólidas argumentaciones en las cuales exprese los motivos que le llevaron a establecer la medida legislativa que vulnera el principio de igualdad derivado del artículo 1° constitucional. 3) De esta manera, se presentan diversas intensidades de escrutinio o examen, desde la débil hasta la fuerte con el objetivo de no vulnerar la libertad del legislador en la configuración de la norma. 4) Es así que la igualdad tributaria merecerá un escrutinio no estricto de acuerdo con esta metodología. 5) Y al hilo de esta argumentación nace el tema de la “motivación reforzada”, que no es sino otra cosa que el legislador cuando altera derechos humanos o bienes considerados relevantes por la Constitución, deberá razonar si los fines que persigue con la medida legislativa empleada están de acuerdo con la Constitución. 6) En todo caso, el juzgador podrá analizar si el trato desigual o discriminatorio vulnera derechos fundamentales o existen categorías sospechosas, esto con el ánimo de aplicar el escrutinio intenso.⁴³

Reserva de ley

Se refiere a que toda contribución debe estar establecida en la ley, en caso contrario esa contribución puede ser declarada inconstitucional.⁴⁴ Es decir, todos los elementos tanto cuantitativos como cualitativos de la obligación tributaria deben estar sancionados en una ley formal y material. Los elementos cualitativos son sujeto, objeto, hecho imponible y sus elementos temporal y espacial; mientras que los cuantitativos son los que cuantifican la deuda tributaria, es decir, tasa, alícuota o cuota y base imponible o parámetro. Sobre este tema hemos visto que algunas legislaturas de las entidades federativas dejan al amparo de los ayuntamientos u otras organizaciones no gubernamentales los elementos que cuantifican el pago de impuestos derechos. Ante esta circuns-

⁴³Gabriela Ríos Granados, *Derechos humanos de los contribuyentes...*, op. cit., p. 2351-2353

⁴⁴*Id.*, *Derecho tributario. Parte...*, op. cit., p. 38.

tancia los órganos jurisdiccionales han declarado inconstitucionales los artículos que sancionan esta delegación indebida de facultades reservadas al legislador por mandato del artículo 31 fracción IV.⁴⁵

Destino del gasto público

Las facultades que tiene la Cámara de Diputados respecto a la aprobación del presupuesto público están reguladas en el artículo 74 fracción IV constitucional; sin embargo, gracias a esta última fracción del artículo 31 constitucional existe la garantía de que todas las contribuciones serán para fines públicos y nunca para fines privados. Es decir, el importe recaudado por el fisco se destina a los gastos determinados en el Presupuesto de Egresos correspondiente.⁴⁶ Ahora, después de este breve recuento del contenido de este precepto constitucional, en las siguientes páginas abordaremos las cinco reformas que ha tenido a lo largo de estos casi cien años desde su publicación, las cuales son:

1ª Reforma establecida en el *DOF*: 05-03-1993

2ª Reforma establecida en el *DOF*: 25-10-1993

3ª Reforma establecida en el *DOF*: 12-11-2002

4ª Reforma establecida en el *DOF*: 09-02-2012

5ª Reforma establecida en el *DOF*: 29-01-2016

En la primera reforma, con fecha de 5 de marzo de 1993, fue modificada la fracción primera quedando de la manera siguiente:

Artículo 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

Hacer que sus hijos o pupilos concurren en las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.

En esta primera reforma se retoma el derecho a la educación, también regulado en el artículo 3º constitucional, eliminando así el rango de “menores de 15 años” establecido anteriormente como parámetro obligatorio para recibir educación primaria. Asimismo, se añade la obligatoriedad al derecho a la educación secundaria. Cabe destacar que esta reforma fue realizada de forma paralela a la del artículo 3º constitucional, siendo esta última un parteaguas en el sistema laico de la educación en México al promover diversas e importantes modificaciones entre la relación del Estado mexicano y la Iglesia católica durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari.

En ese orden de ideas, el contexto histórico vivido en ese momento era un presidente que mostraba una postura de búsqueda hacia un “Estado democrático y

⁴⁵*Id.*, *Derechos humanos de los contribuyentes...*, *op. cit.*, p. 2354.

⁴⁶Miguel Carbonell *et al.*, *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, p. 10.

modernizante”,⁴⁷ promoviendo el desarrollo económico del país y resolviendo las controversias entre la división de temas civiles y religiosos. También se debe recordar que en ese momento la Iglesia demandaba un reconocimiento jurídico y una inclusión,⁴⁸ lo cual de cierto modo propició que fuera retirada la prohibición impuesta a ministros de cultos e iglesias de establecer o dirigir escuelas en el nivel primaria.⁴⁹ Tal como lo señala Enrique Velasco, el sexenio de Salinas de Gortari se basaba en la separación entre las iglesias y el Estado, respeto a las creencias de los mexicanos y el mantenimiento de la educación pública laica.⁵⁰

El tratamiento a la educación laica era promovido hacia la educación brindada por el Estado, es decir, la educación pública. Asimismo, ante las instituciones privadas el Estado (aún vigente) contaba con la facultad de otorgar y retirar el reconocimiento de validez oficial de estas instituciones. El *Diccionario de la Real Academia Española*, en su edición 2014, define *laico* como: “Independiente de cualquier organización o confesión religiosa”,⁵¹ característica clave para que en cualquier Estado pueda existir una pluralidad de ideas y la convivencia en armonía. La laicidad tiene una connotación positiva, es decir, un principio específico de separación del Estado con la Iglesia.⁵²

Así mencionada por destacados juristas como Diego Valadés, quien retoma la definición de laicidad del siglo XIX del *Dictionnaire de l'Académie Française*,⁵³ la cual establecía una neutralidad religiosa de independencia en relación con las iglesias; incluso Bobbio consideraba que más allá de un acto la laicidad era un sistema, modelos teóricos y prácticos e ideas.⁵⁴ Por otro lado, el término *laicismo* para algunos autores como Michelangelo Bovero puede utilizarse para indicar una supuesta degeneración en el significado de laicidad.⁵⁵ Asimismo, Olivier de la Brosse define *laicismo* como el movimiento agresivo de defensa y de promoción de la laicidad.⁵⁶ Es importante destacar, anterior a la reforma del 2013 al artículo 40 constitucional que:

[...] la idea que prevalecía en México era la de un Estado de corte liberal, que favorecía a la libertad negativa. Es decir, el Estado se concentraba en no interferir en asuntos religiosos y asegurar que su legitimidad no proviniera de alguna entidad sobrenatural.⁵⁷ [Con la reforma fue adoptada la idea de República laica, donde] la postura del Estado frente a

⁴⁷ Alejandro Ortiz-Cirilo, *Laicidad y reformas educativas en México: 1917- 1992*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 86.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁹ Eugenio Enrique Velasco Ibarra Argüelles, *Pasado y presente de laicidad en México*, México, IJ-UNAM, 2015, p. 51.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁵¹ *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, edición 23, 2014.

⁵² Michelangelo Bovero, Valadés, Portier, Kissling, “Cuatro visiones de Laicidad”, en *Laicidad y laicismo. Notas sobre una cuestión semántica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 34.

⁵³ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁷ Pedro Salazar Ugarte et al., *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 20 y 40 constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 18.

la laicidad y a la separación de Estado e iglesias no se limita a la no interferencia, sino que también debe garantizar que exista una convivencia pacífica y tolerante entre las distintas opciones éticas y morales.⁵⁸

En la segunda reforma del 25 de octubre de 1993, fue modificada la fracción IV al agregar:

Artículo 31. Fracción IV son obligaciones de los mexicanos:

IV. [...]Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Se adiciona al Distrito Federal como entidad recaudatoria, en razón a la reforma paralela del artículo 122 constitucional, la cual establecía que el gobierno del Distrito Federal estaba a cargo de los Poderes de la Unión, los cuales se ejercerían a través de órganos del Gobierno del Distrito Federal, representativos y democráticos.⁵⁹

En la tercera reforma, con fecha de 12 de noviembre de 2002, se modifica la primera fracción:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley

Es necesario recordar que todas las leyes tienen como finalidad regular la realidad social que se vive en un determinado tiempo y lugar, es decir, adaptarse a los cambios que surgen en una sociedad y buscar una mejora en ésta. La presente reforma incorporaba a la educación básica obligatoria la instrucción preescolar, señalando que ésta era la base para continuar con una buena educación primaria. Al igual que la obligatoriedad de la educación preescolar mejoraría y daría herramientas de desarrollo a los niños que comenzaban sus estudios, ésta servía para evitar los problemas y costos de proporcionarla en el ámbito nacional⁶⁰ permitiendo realizar políticas públicas para garantizar y salvaguardar este derecho.

Según datos estadísticos del INEGI, en 2010 solamente 52.3 por ciento de la población de entre 3 y 5 años asistía a la escuela, aumentando en 2015 a 63 por ciento,⁶¹ es decir, se observa un aumento de casi 11 puntos porcentuales en la población que recibió

⁵⁸*Ibidem*, p. 18.

⁵⁹Reformas al artículo 122, junio de 2016, disponible en http://www.insp.mx/transparencia/XIV/leyes_federales/re-fens/pdfsrcs/122.pdf.

⁶⁰Antonio Rodrigo Mortera Díaz, "Reforma 2002, artículos 3 y 31 Constitucionales", *Eureka Revista electrónica*, <http://www.juridicas.unam.mx/inst/becarios/eureka/3/art5.htm>, 2016.

⁶¹Encuesta intercensal 2015, INEGI, disponible en http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/especiales/ei2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf, junio de 2016, p. 34.

educación. En la cuarta reforma, con fecha 9 de febrero de 2012, se modifica la fracción primera:

Artículo 31 [...]

Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.

Con esta reforma se da una mayor esfera de protección al derecho a la educación al retomar la interrogante de *¿cómo puede entenderse el derecho a la educación?* La educación es un derecho humano fundamental del que nadie puede ser excluido y que conduce a la realización de otros derechos. El derecho a la educación se puede entender como una función pública ineludible del Estado de otorgar enseñanza accesible, obligatoria, general y gratuita a toda persona menor o adulta, que le permita adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su persona, así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶²

La cita anterior refleja los objetivos principales que brinda el derecho a la educación, los cuales ayudan a un desarrollo próspero del Estado mexicano pues las personas tienen un impacto en su esfera social, personal e intelectual, lo que genera nuevos conocimientos que pueden utilizarse en beneficio de la sociedad. El tema de la educación ha tenido un desarrollo positivo en nuestra Constitución federal a lo largo de estos casi 100 años desde su promulgación, adicionando la educación en los niveles preescolar, secundaria y medio superior como de carácter obligatorio; por ende, se ha ampliado la protección a este derecho fundamental que pretende evitar un rezago en la sociedad y poder brindar las herramientas necesarias para que las personas puedan aspirar a tener una mejor calidad de vida. Sin embargo, aún es una tarea pendiente del Estado mexicano en cuanto a calidad y cobertura a toda la población. La última reforma fue realizada en enero de este año, en la que fue modificada la fracción IV: “Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

Esta última reforma se refiere al cambio de lo que antes llamábamos Distrito Federal y ahora es la Ciudad de México, es decir, ha pasado a ser la entidad federativa autónoma número 32. Esto conduce a la creación de una Constitución Política, de un Congreso local y una hacienda pública unitaria.⁶³ Entre los principales cambios que implica esta reforma está que ya no habrá delegaciones dentro de la Ciudad de México, sino “Demarcaciones territoriales”, las cuales estarán a cargo de un alcalde y un cabildo integrado por diez concejales elegidos democráticamente; ahora el Jefe de Go-

⁶²Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Poder Judicial de la Federación/Consejo de la Judicatura Federal/UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, tomo I, p. 438.

⁶³*Reforma política, el adiós al Distrito Federal*, disponible en <http://www.forbes.com.mx/reforma-politica-el-adios-al-districto-federal/>, junio de 2016.

bierno nombrará al Jefe de la Policía y al Procurador de Justicia, y ahora la Ciudad de México podrá participar en la toma de decisiones respecto a reformas Constitucionales.⁶⁴

Por último, es importante mencionar que la reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos ha impactado de manera muy preponderante en la protección de los contribuyentes. De tal suerte:

[...] en materia tributaria adquiere relevancia el contenido del artículo primero de la constitución que señala: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas en la interpretación más amplia. De tal suerte, que esta norma será la piedra de toque de algunos derechos humanos que no han podido ser justiciables como es el caso de los derechos económicos y sociales engarzándolos el referido al destino del gasto público. Ahora bien, con esta reforma los operadores jurídicos nacionales deberán nutrirse de normas convencionales en materia de derechos humanos, así como de sus interpretaciones, de normas consuetudinarias internas o internacionales.⁶⁵

Bibliografía

- BOVERO, Michelangelo, Valadés, Portier, Kissling, “Cuatro visiones de Laicidad”, en *Laicidad y laicismo. Notas sobre una cuestión semántica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.
- CARBONELL, Miguel *et al.*, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 8a. ed., vol. III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, 2012.
- , *Los derechos fundamentales en México*, 4° ed., México, Porrúa, 2011.
- Diccionario de la Lengua Española*, RAE, 23a. ed., 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, tomo I, México, Poder Judicial de la Federación/Consejo de la Judicatura Federal/ Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.
- MORENO, Margarita y María González, *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM, 2006, Serie Doctrina Jurídica, núm. 355.
- ORTIZ-CIRILO, Alejandro, *Laicidad y reformas educativas en México: 1917-1992*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, *Derechos humanos de los contribuyentes a la luz del artículo 31 fracción IV Constitucional y de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, tomo II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- , *Derecho tributario. Parte general*, México, Porrúa, 2014.
- SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 20 y 40 constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.

⁶⁴Reforma política, *op. cit.*

⁶⁵Gabriela Ríos Granados, *Derechos humanos de los contribuyentes...*, *op. cit.*, p. 2340.

SOLANO GONZÁLEZ, Jesús, “La Guardia Nacional”, en *AÍDA ópera prima de derecho administrativo Revista de la Asociación Internacional de Derechos Administrativo*, México, opus núm. 12, año 6, julio-diciembre de 2012.

VELASCO IBARRA ARGÜELLES, Eugenio Enrique, *Pasado y presente de laicidad en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.

Artículos

CIENFUEGOS SALGADO, David, “Las fuerzas armadas y la protección civil: el plan DN-III”, en *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Gro., sexta época, año 9, núm. 39, mayo, México, 2010, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3076/3.pdf>, junio de 2016.

MORTERA DÍAZ, Antonio Rodrigo, “Reforma 2002, artículos 3 y 31 Constitucionales”, *Eureka*, revista electrónica, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/inst/becarios/eureka/3/art5.htm>, 2016.

Páginas de Internet

ÁLVAREZ, Guadalupe, *Está Tamaulipas bajo el agua*, disponible en <http://www.enlineadirecta.info/?option=view&article=287980#sthash.VmiE1Hbu.dpbs>, junio de 2016.

Artículo 31 CPEUM 1917, http://www.insp.mx/transparencia/XIV/leyes_federales/refcns/pdfsrcs/31.pdf, junio de 2016.

Encuesta intercensal 2015, INEGI, disponible en http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/especiales/ei2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf, junio de 2016, p. 39.

Fases del Plan DN-III-E, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/fases-del-plan-dn-iii-e>, junio de 2016.

Fuerza de apoyo para casos de desastre, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/fuerza-de-apoyo-para-casos-de-desastre-plan-dn-iii-e>, junio de 2016.

MEDINA, Tania, *50 años del plan DN-III*, disponible en <https://www.lajornadamaya.mx/2016-05-30/Ejercito--listo-en-caso-de-huracan>, Junio de 2016

NAVARRO, Alejandro, Educación, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública *Educación* [Actualización: 20 de abril de 2006], disponible en www.diputados.gob.mx/cesop/, 2 de junio de 2016.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>, 30 de mayo de 2016.

Reformas al artículo 122, disponible en http://www.insp.mx/transparencia/XIV/leyes_federales/refcns/pdfsrcs/122.pdf, junio 2016.

Reforma política, el adiós al Distrito Federal, disponible en <http://www.forbes.com.mx/reforma-politica-el-adios-al-distrito-federal/>, junio 2016.

RÍOS GRANADOS, Gabriela, *Breves apuntes sobre el sistema tributario en México*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4121/13.pdf>, junio de 2016.

Sistema Educativo Militar, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/articulos/sistema-educativo-militar-31103?idiom=es>, junio 2016.

Sistema Educativo Militar, acciones y programas, disponible en <http://www.gob.mx/sedena/acciones-y-programas/sistema-educativo-militar?idiom=es>, junio de 2016.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley del Servicio Militar

Artículo 31

Trayectoria constitucional

31 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 5-III-1993

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se suprime de la fracción I el límite de edad para concurrir a las escuelas públicas o privadas.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 25-X-1993

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se agrega, en la fracción IV, la obligación de contribuir para los gastos públicos del Distrito Federal o del estado y municipio.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 12-XI-2002

LVIII LEGISLATURA (1-IX-2000/31-VIII-2003)

Presidencia de Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Se adiciona el precepto en su fracción I, para el efecto de establecer en el texto constitucional la obligatoriedad de la educación preescolar.

Artículo 32

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

Durante el periodo virreinal fue común que los empleos más importantes del gobierno estuvieran en manos de españoles; no obstante, los criollos, es decir, los nacidos en Nueva España comenzaron, desde el siglo XVI, a ocupar importantes cargos tanto civiles como eclesiásticos. A pesar de ello, los puestos de mayor importancia y que garantizaban la estabilidad del reino novohispano se buscó que recayeran en peninsulares. Esta tendencia se consolidó hacia fines del siglo XVIII cuando la Corona ordenó que sólo una tercera parte de los cargos serían para los criollos. Ante esta medida, el ayuntamiento de la Ciudad de México, por ejemplo, reaccionó en 1771,¹ demandando al rey que en la distribución de empleos y beneficios fueran preferidos los criollos. Esta demanda fue una de las causas que propiciaron las ríspidas relaciones entre criollos y peninsulares que, más adelante se tomaría también como bandera del movimiento independentista.

A inicios de 1812, este reclamo se encuentra presente en los Elementos Constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón, en donde se señala el derecho de los extranjeros a solicitar carta de naturalización; estableció, además, que sólo los patricios obtendrían los empleos “sin que en esta parte pueda valer privilegio alguno o carta de naturaleza”.² A diferencia de esta disposición, la Constitución de Cádiz, se limitó a declarar que los empleos municipales serían sólo para los

¹“Representación que hizo la ciudad de México al rey don Carlos III en 1771 sobre que los criollos deben ser preferidos a los europeos en la distribución de empleos y beneficios en estos reinos”, en Juan E. Hernández y Dávalos (ed.), *Colección de documentos para la historia de la guerra de Independencia de México de 1808 a 1821*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, México, 2010.

²Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

32

Sumario Artículo 32

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	751
Texto constitucional vigente.	754
Comentario	
Nuria González Martín	755
Evolución histórica y los principios de la nacionalidad	757
Referencia específica a la reforma a la Constitución del 20 de marzo de 1997	762
La Ley de Nacionalidad de 1998	767
La no renuncia a la nacionalidad. Doble nacionalidad	775
Derecho comparado	780
Bibliografía	781
Traectoria constitucional	783

ciudadanos (art. 23), es decir, a los “españoles de ambos hemisferios” (art. 18); de manera que tanto españoles peninsulares como criollos podrían obtener tales cargos.

Por su parte, en los Sentimientos de la Nación, elaborados por Morelos en 1813, se señala que los empleos los obtendrían “sólo los americanos” (punto 9).³ Años más tarde, elaborados por Iturbide y en el marco de la independencia nacional, tanto el Plan de Iguala, promulgado en 1821, como en el Reglamento Provisional Político de 1822, plasmaron que todos los habitantes del Imperio Mexicano “sin otra distinción que su mérito y virtudes” serían ciudadanos idóneos para optar por cualquier empleo;⁴ de ahí que en ellos se señale como americanos a todos aquellos que permanecieran en el territorio y juraran la independencia. La vieja rencilla entre españoles y criollos dejaría de existir en tanto los habitantes del ahora nuevo Imperio ya que todos serían considerados como mexicanos.⁵ Estas puntualizaciones parece que se consideraron inherentes al derecho de los mexicanos pues no se volvió a hacer ningún señalamiento en los textos jurídicos sino hasta 1842 en que el Primer Proyecto de Constitución Política señaló, en su artículo 19:

Los cargos, empleos y comisiones de nombramientos de las autoridades, para cuyo ejercicio no exija la ley la condición de ciudadano, ni alguna otra cualidad individual de pericia prescrita por ella misma, se conferirán exclusivamente a los mexicanos.⁶

Dentro del mismo texto se señaló que una ley arreglaría el ejercicio de los derechos concedidos a los naturalizados “por lo que respecta a la opción de empleos y cargos públicos”. En cuanto a los mexicanos, todos los textos constitucionales de la época señalaron como sus obligaciones el recibir instrucción militar y alistarse en la Guardia Nacional, además de contribuir a los gastos del Estado. Los extranjeros si bien gozarían de derechos de ciudadanía una vez naturalizados, el ejercicio de los mismos estaría sujeto a las leyes en la materia.

Un señalamiento similar se estableció en el artículo 15 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1842. En dicho texto se señaló que, era derecho de los mexicanos el que se les confirieran exclusivamente los empleos y comisiones de nombramiento de cualquier autoridad cuando para su ejercicio no se exigiera la calidad de ciudadano. Se afirmaba también que, cuando se requiriera la circunstancia de pericia, serían “preferidos los mexicanos a los extranjeros en igualdad de circunstancias”.

Por su parte, el Estatuto Orgánico Provisional de 1856 observó que los extranjeros que residieran en el territorio mexicano durante un año, serían considerados como

³José María Morelos, Sentimientos de la Nación, 1813, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>.

⁴Agustín de Iturbide, Plan de Iguala, 1821, disponible en <http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/263/1/images/Independencia18.pdf>.

⁵En su artículo 16 dicho ordenamiento señaló: “Las virtudes, servicios, talentos y aptitud, son los únicos medios que disponen para los empleos públicos de cualquier especie”. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁶Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

domiciliados y estarían sujetos al servicio militar en caso de guerra exterior que no fuere con sus respectivos gobiernos.⁷ No obstante, estos domiciliados no gozarían de los derechos propios de los mexicanos ni obtendrían beneficios eclesiásticos (arts. 6º, 7º y 8º). En lo que respecta a los empleos, se establecía que toda persona sería libre de emplear su trabajo o capital en el giro o profesión honesta que mejor le pareciere (art. 62), no obstante que los empleos y cargos públicos no serían propiedad de las personas que los desempeñaran (art. 64).

El Proyecto de Constitución Política, también de 1856, en su artículo 37,⁸ señaló que se debería preferir a los mexicanos sobre los extranjeros en igualdad de circunstancias para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de autoridades en que no fuera indispensable la calidad de ciudadano. Además, se contempló que las leyes del país deberían procurar mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguieran en cualquier ciencia o arte. Este texto prácticamente se transcribió en la Constitución de 1857 y formó parte de su artículo 32.⁹

Estos lineamientos sólo recibieron modificaciones en 1916, donde se percibió la influencia del proceso revolucionario y se le otorgó un peso específico al servicio de las armas. Desde el proyecto de Constitución de 1916, Venustiano Carranza propuso agregar que en tiempo de paz, ningún extranjero podría servir en el Ejército ni en las fuerzas de policía o seguridad pública,¹⁰ esto se agregó al artículo un año más tarde. Cuando en 1917 se plasmó el nuevo texto, se estableció, además, el requisito de ser mexicano por nacimiento para pertenecer a la Marina Nacional de Guerra y desempeñar cualquier cargo o comisión en ella. Misma calidad se puso como requisito para ser piloto, patrón o primer maquinista de los buques mercantes mexicanos en los cuales, dos terceras partes deberían también cumplir con éste.

⁷Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

⁸Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1856, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1856_149/Proyecto_de_Constituci_n_Pol_tica_de_la_Rep_blica__245.shtml.

⁹Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁰*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 899.

Artículo 32

Texto constitucional vigente

32 *Artículo 32.* La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.¹¹

¹¹Artículo reformado, DOF: 15-12-1934, 10-02-1944 y 20-03-1997.

Artículo 32

Comentario por **Nuria González Martín**

32

Son muchas las razones que llevaron a los legisladores mexicanos a normativizar la no pérdida de la nacionalidad; la llamada, comúnmente, doble nacionalidad, a través de la nueva Ley de Nacionalidad, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de enero de 1998, con entrada en vigor el 20 de marzo del mismo año en curso. Los movimientos migratorios en busca de mejores condiciones de vida; de mejores mercados económicos; del reagrupamiento familiar, entre otros de los muchos factores determinantes, propician que los Estados necesiten cambiar “formatos”, “esquemas” establecidos desde sus orígenes, como principios rectores que marcan sus políticas, sus regímenes, sus ordenamientos jurídicos.

México consagró, por décadas, la nacionalidad única; en ese proceso evolutivo que marca cualquier sociedad que se precie; en ese proceso dinámico que caracteriza una sociedad que no está estancada, que va al ritmo de los cambios sociales, económicos y políticos, principalmente. En ese esquema, siguiendo a Jorge Carpizo y a Diego Valadés, México adecúa su normatividad y repercute en los millones de mexicanos que radican en el exterior (en los Estados Unidos de América, principalmente). Esto representa una fuente de ingresos (segunda fuente de divisas en México) y lo que es aún más importante, cómo los mexicanos residentes en el exterior no han optado por la naturalización en el país donde residen, por temor a perder la nacionalidad mexicana de la que tan orgullosos nos sentimos, y también, por supuesto, por cuestiones prácticas, sobre todo de aquellos mexicanos que poseen propiedad en la “faja prohibida” que son las enunciadas en el artículo 27 constitucional “cien kilómetros en las fronteras y cincuenta en las playas”, y consideran que al cambiar de nacionalidad las perderían.

Por ello, se reforma la Constitución y se reglamenta una nueva ley que sobrepasa la nacionalidad única, y consagra la no renuncia a la nacionalidad o la doble nacionalidad para los mexicanos de origen independientemente del arraigo que haya tenido la nacionalidad única, por cuestiones históricas, como indicamos. De hecho, y así lo consideraba Víctor Carlos García Moreno, desde hace más de tres décadas se empezó a notar una tendencia en el ámbito internacional y extranjero para admitir la posibilidad de la doble nacionalidad. Incluso en algunas regiones del mundo, como en Europa, se han firmado diversos convenios para aceptar y reconocerle ciertos efectos jurídicos a la nacionalidad dual; así, por ejemplo, España ha suscrito varios tratados bilaterales con diversos países de América Latina con el fin de otorgarle reconocimiento a la múltiple nacionalidad. Algunos países, inclusive, sobre todo en el continente americano, han reformado sus constituciones y legislación para dar cabida a la nacionalidad plural.

En otro orden de ideas, el artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, establece el deber del Estado de elaborar un Plan Nacional de Desarrollo al que deben estar sujetos obligatoriamente los programas de la Administración Pública federal, y para cuya elaboración “recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan”. Las reformas incorporadas en 1998, tanto de la Constitución como de las leyes secundarias, responden al planteamiento del proyecto “Nación Mexicana” establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Con la no renuncia de la nacionalidad, según Laura Trigueros.

Se pretende lograr que aumente el número de ciudadanos estadounidenses con derecho de voto, en las comunidades latinas residentes ahí, con objeto de obtener la fuerza política suficiente para defender los intereses de estos grupos y la promoción de sus derechos, empleos mejor pagados y prerrogativas en el lugar de su residencia y evitar la discriminación de que son objeto, tanto por parte de los particulares como de las autoridades.

Insistimos en que la doble nacionalidad, sin lugar a dudas, protege los derechos de los mexicanos residentes en el extranjero, con mayor precisión, a residentes en los Estados Unidos de América. Pero la cuestión es que esta doble nacionalidad, siguiendo de nuevo a Carpizo y Valadés “abre la puerta” a la doble ciudadanía y la perspectiva de esa doble ciudadanía, doble lealtad, no es precisamente clara ni propicia. En este sentido, deberíamos o deberían nuestros legisladores, y así lo manifiestan Carpizo y Valadés, cuidar el “detalle” de dar la posibilidad del voto de los mexicanos en Estados Unidos, ya que cabría la posibilidad de que solamente se les podría reconocer como ciudadanos para aquellos efectos políticos en la lucha de partidos.

De manera muy directa, con la nueva Ley de Nacionalidad, se pretende que cesen los actos discriminatorios en las personas de quienes se ostentan como nacionales de otro país; la posibilidad de que se puedan desarrollar en un ámbito de igualdad en las comunidades donde residen; la promoción de sus derechos ante el principio de igualdad de oportunidades, tanto frente a particulares como frente a las autoridades; sobre todo con propuestas como la 187 o la 209, en la campaña electoral de Pete Wilson en California en 1995. A estas razones añadimos la llegada prevista de una dureza en la legislación estadounidense, restringiendo la entrada y estancia de personas de nacionalidad extranjera en el territorio norteamericano, una política antimigratoria, xenófoba y, por supuesto, antimexicana.

Paralelamente a estos elementos que ponemos de relieve, hay que añadir que en la actualidad el concepto jurídico y, más aún, el concepto sociológico de la nacionalidad, amplió sus horizontes en el sentido de que no se agota en una demarcación geográfica, va más allá de los límites impuestos por las fronteras y, por ende, no puede ser constreñida por el espacio o territorio en el que se nace; se amplían, como dijimos, las necesidades de “fluir” cruzando fronteras y en ese “ir y venir” se redefine el concepto de nacionalidad. En este sentido, hay que destacar que uno de los rasgos de la soberanía mexicana reside en, lo que muchos autores han llamado, la cohesión social de los mexicanos.

Estas razones expuestas podrían ser algunas de las motivaciones de los legisladores mexicanos para reformar la nacionalidad en México. El derecho afortunadamente evoluciona al ritmo de los cambios sociales y por ello debemos actualizar nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, queremos transmitir inquietud en cuanto al serio y contundente debate nacional que ya está en alza, por el delicado tema de la doble ciudadanía; son muchos los factores de riesgo.

El número de electores mexicanos radicados en el país vecino pueden poner en jaque la fundamentación jurídica de que son los mexicanos radicados en su territorio a los que realmente se les va a gobernar; éstos son los que deben elegir a sus gobernantes y no mexicanos que perdieron vínculos con el país y que ni siquiera les repercuten esos gobernantes elegidos. De nuevo Valadés nos expresa que “no se trata de menoscabar los derechos de los que viven fuera, sino de no afectar los de quienes viven dentro”.

Evolución histórica y los principios de la nacionalidad

México ha tenido una, o muchas, constantes a lo largo de su historia y que cobra una importancia vital con respecto a la nacionalidad. Se ha definido, en cada ocasión la esencia de la nacionalidad mexicana y de ello hemos dado prueba en la introducción del presente comentario constitucional. Desde la Constitución de Apatzingán, los Tratados de Córdoba, refinados por las leyes constitucionales de 1836 y por la Constitución de 1857, hallamos ese constante anhelo por definir la mexicanidad y por ende la nacionalidad mexicana, cuestión que fue profundamente abordada en el comentario al artículo 30 constitucional en esta misma obra.

Desde un inicio se conjugó el criterio de atribución de la nacionalidad al *ius soli* y al *ius sanguinis*, pero nunca se perdió de vista el concepto fundamental, tal y como expresa Cuevas Cancino, de que pertenecer a la nación mexicana era un privilegio que por su misma razón de ser no podía compartirse con otro igual. En 1886, con la Ley Vallarta, tenemos dos ideas clave: 1) la de reintegrar a los que hubieran perdido la nacionalidad por causas ajenas a su voluntad, incluso cuidando de los mexicanos que quedaron en territorios que no eran ya parte de la República, y 2) calificar de extranjeros a los mexicanos que se nacionalizaren en otros países.

Por otra parte, la Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934 va en la misma tónica e incluso al igual que la Ley Vallarta, agrega algunas precisiones y así: 1) pierde la nacionalidad el mexicano que adquiere voluntariamente una extranjera; 2) al que desea volver a ser parte de la patria se le facilita la recuperación de su nacionalidad, y 3) se especifica que en caso de doble nacionalidad podrá libremente renunciar a la mexicana. Con la Ley de Nacionalidad de 1993 se llega a la cumbre de esta evolución cuando dispone en su artículo 6º que “la nacionalidad mexicana debe ser única”.

Siguiendo de nuevo a Cuevas Cancino, la Ley Vallarta en su artículo 4º, fracción III, castigaba con la pérdida de la nacionalidad al mexicano que se ausentara del país sin permiso y por un periodo de 10 años. Diferentes son las disposiciones que encontramos en las citadas leyes de 1934 y 1993, ya que otorga al emigrante que ha adquirido otra

nacionalidad, la posibilidad de recuperar la original. La ley presupone la buena fe en cuanto son conocidas las restricciones que como extranjeros hallarán los mexicanos en otros Estados, de ahí que dichas leyes establecen que no se considerará adquisición voluntaria cuando se haya operado en virtud de la ley, por simple residencia, como condición indispensable para adquirir trabajo, o bien para conservar el ya adquirido.

La invocación, en 1993, de una nacionalidad única era simplemente la confirmación de toda esta evolución histórica que, por otra parte, era una tendencia *cuasi* universal, al menos desde las primeras reuniones de los privatistas internacionales. Podríamos aprovechar y corroborar esta idea de la nacionalidad única, apuntando en este momento los principios de la nacionalidad. Así, la práctica y doctrina internacional, desde tiempos inmemoriales, reconoce la existencia de principios que regulan la atribución de la nacionalidad.

El Instituto de Derecho Internacional celebró varias reuniones para analizar los elementos del derecho de la nacionalidad y encontrar soluciones a los problemas que se estaban presentando. Las reglas fundamentales en materia de nacionalidad establecidas por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Cambridge de 24 de agosto de 1895, parten del reconocimiento de la autonomía estatal en la atribución de nacionalidad y de la posibilidad de que los individuos tengan un papel activo al respecto. Algunos de estos principios son los siguientes:

REGLA PRIMERA: *Toda persona debe tener una nacionalidad y nada más que una nacionalidad.* Con esta regla se enuncia la atribución de la nacionalidad única y, por supuesto, evitar la doble nacionalidad, producida generalmente por deficiencias de los sistemas jurídicos internos que establecen métodos de atribución de nacionalidad demasiados amplios que provocan interferencias con otros ordenamientos jurídicos, por ello el Derecho internacional ha implementado el principio de evitar la doble nacionalidad, estableciendo que el Estado de cuya nacionalidad se trate, solamente puede considerar a un individuo como su nacional, aun cuando otro Estado le atribuya también su nacionalidad; es decir, la nacionalidad de un individuo únicamente se puede determinar de conformidad con el derecho del Estado del que se trate, y la apreciación que de ella hagan otros Estados, no puede tomarse en consideración, salvo que exista un convenio o tratado internacional en materia de nacionalidad que regule esta situación. En el caso de que exista nacionalidad múltiple, solamente una de ellas puede producir plenos efectos, la otra queda siempre en suspenso.

En este mismo sentido, en el que se proclama la nacionalidad única, la Sociedad de Naciones, en 1930, recomendó el doble principio de que: 1) Todo individuo debe poseer nacionalidad, y 2) No debe poseer más de una. Ambos principios fueron recogidos por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. El hecho de no tener nacionalidad e incluso tener doble nacionalidad es un perjuicio considerable para los Estados ya que de la nacionalidad se derivan múltiples consecuencias (obligaciones/derechos frente al Estado). Esta primera regla tiene una doble puntualización, como es el caso de los apátridas y la doble o múltiple nacionalidad:

a) Los apátridas, heimatlosen o apoloides, como ya mencionamos, son aquellos individuos que carecen de nacionalidad. Parece inconcebible que existan personas (ya se trate de personas físicas o morales) sin nacionalidad, porque han nacido o han tenido su origen en un territorio determinado perteneciente a un Estado e incluso, más aún, tratándose de personas físicas, han nacido de otras que forzosamente han tenido una nacionalidad de origen, ya sea por la liga de sangre (*ius sanguinis*), ya sea por la liga del territorio (*ius soli*). No obstante, existen casos de apátridas y son principalmente:

1. Individuos nómadas, como es el caso de los gitanos, entre otros, que han perdido todo lazo con su país de origen e incluso pueden llegar a ignorar su país de procedencia.
2. Individuos hijos de apátridas natos.
3. Individuos que se fijan sobre un territorio, sin que la ley del lugar les absorba cuando menos durante un tiempo razonable.
4. Individuos que han perdido su nacionalidad, sea a título de voluntad (como por ejemplo matrimonio con extranjero en algunos países), o sea a título de pena (individuos que incurren en alguna de las causas que en su país traen consigo la pérdida de la nacionalidad sin que hayan adquirido otra).

b) Los que tienen varias nacionalidades. El sistema de doble nacionalidad lo inauguró una famosa ley alemana, llamada Ley Delbruck, de 22 de julio de 1913, que según su artículo 25 permitía conservar la nacionalidad al alemán que antes de adquirir nacionalidad extranjera, pedía y obtenía de la autoridad competente de su país de origen, la autorización para conservar su nacionalidad de Estado. Los problemas que puede suscitar la doble nacionalidad, según una doctrina realmente numerosa, pueden verse resueltos en forma relativa y cuando dos o más Estados celebren tratados, convenios o acuerdos sobre la materia.

REGLA SEGUNDA: *Toda persona desde su origen debe tener nacionalidad. Esta regla es una consecuencia directa de la primera y atribuye, asimismo, la nacionalidad desde el nacimiento del individuo.* Son tres los grandes principios en que se dividen las legislaciones de todo el mundo: *Ius sanguinis*, *Ius soli*, *Ius domicili*, son los denominados nexos de la nacionalidad, y que dada su importancia remitimos al lector al comentario del artículo 30 constitucional en esta misma obra, en el apartado correspondiente a los elementos de la nacionalidad.

REGLA TERCERA: *Puede cambiarse voluntariamente la nacionalidad con el asentimiento del Estado nuevo; constituye el derecho a cambiar de nacionalidad.* En un principio se consideraba que la dependencia con el Estado o su soberano era perpetua y no podía cambiarse. Todo individuo, bajo su propia responsabilidad, y en su propio beneficio, posee la facultad de modificar su nacionalidad, siempre que lo haga ante las autoridades competentes y demuestre que existe la certeza de que no quedará como apátrida. Actualmente, el Estado puede aceptar que sus nacionales lo abandonen, una vez que estos hayan cumplido con ciertos requisitos, sin embargo, en oposición a lo anterior, el Estado no está obligado a aceptar al extranjero entre sus nacionales, ya que la mani-

festación de este para adoptar una nueva nacionalidad no basta, la aceptación o no de los extranjeros dentro de la población nacional de un Estado es un derecho soberano del mismo; de ahí la consecuencia de la regla cuarta.

REGLA CUARTA: Cada Estado determina soberanamente quiénes son sus nacionales; lo cual consiste en no atribuir nacionalidad en forma automática. Se debe tomar en consideración la voluntad de la persona para atribuirle una nacionalidad, debiendo manifestar siempre su deseo o aceptación de tal acontecimiento, salvo que se trate de la nacionalidad originaria atribuida por el Estado respectivo, con base en el principio de que toda persona debe poseer una nacionalidad desde su nacimiento, por el hecho de que la persona, al momento de nacer, no puede manifestar su voluntad de adoptar una nacionalidad definitiva por su auténtica incapacidad para hacerlo, reservándose el derecho de opción, al momento en que pueda expresar su voluntad. Por otra parte, se establece el derecho del Estado soberano para regular su población, pero ese derecho no es absoluto e ilimitado, tiene limitaciones en el Derecho internacional.

REGLA QUINTA. Consistiría en el derecho a la renuncia de la nacionalidad; siempre que lo permita la legislación del Estado del cual es súbdito el renunciante y que tal renuncia tenga como fin la adquisición de una nueva nacionalidad.

REGLA SEXTA. Posibilidad de perder la nacionalidad únicamente si se adquiere otra. Esto implica que todo individuo debe tener nacionalidad, ser súbdito de un Estado. Este precepto se deriva de los principios que requieren que todo individuo debe poseer una nacionalidad, y que establece el derecho de todo individuo de adquirir una nueva, con el fin de evitar la existencia de personas sin nacionalidad, ya que el individuo que lo sufre recibe un perjuicio trascendental al quedar desamparado en un medio al que no pertenece, además de la carga que significa el apátrida en un Estado del que no es nacional ni extranjero.

REGLA SÉPTIMA. No utilizar la pérdida de nacionalidad como sanción; lo cual no es sino consecuencia, en muchas ocasiones, del desconocimiento del Estado de sus obligaciones internacionales y que de hacerlo, se provocaría la apátrida al individuo dejándolo en una situación jurídica sumamente precaria, lesiva de sus derechos fundamentales. Laura Trigueros nos explica que la inobservancia de estos principios provoca la aparición de conflictos positivos o negativos de nacionalidad que tienen efectos y consecuencias tanto internas como internacionales. Sin embargo, no se les reconoce obligatoriedad por sí mismas, como normas coercitivas del derecho internacional; se consideran como recomendaciones que pueden ser recogidas por los Estados o no, según convenga a sus políticas de población. Si una vez repasados los vaivenes históricos en cuanto a la idoneidad o no de la doble nacionalidad mexicana, nos abocamos, de igual modo, al recuento histórico del resto del enunciado del artículo 32 constitucional, tenemos que el artículo 32 de la Constitución de 1857, al igual que el artículo 15 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1853, disponía:

Artículo 32: Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno, en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. Se expedirán leyes para mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguen en cualquier ciencia o arte, estimulando el trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de arte y oficios. En tiempo de paz, ningún extranjero, podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública.

Este precepto determina con ello una separación tajante entre mexicanos y extranjeros. En el texto originalmente aprobado en 1917, solamente se exigía la nacionalidad mexicana por nacimiento a los miembros de las dos terceras partes de la tripulación del personal de aeronaves y embarcaciones amparados con el pabellón nacional o insignia mercante mexicana. Por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, en su edición de 5 de diciembre de 1934, se exigió el requisito de la ciudadanía mexicana por nacimiento para desempeñar el cargo de capitán de puerto y para prestar los servicios de practicante y de agente aduanal en la República.

Posteriormente, por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 1 de febrero de 1944 también deben ser de nacionalidad mexicana por nacimiento, los capitanes y los miembros de la tripulación, así como los mecánicos de embarcaciones y aeronaves que se amparen con la bandera o insignia mexicana.

Por otra parte, en cuanto a la preferencia de los mexicanos frente a los extranjeros para ocupar ciertos cargos, el artículo 15 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 12 de junio de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo mes y año, enunciaba que:

Es derecho de los mexicanos que se les confieran exclusivamente los empleos y comisiones de nombramiento de cualquier autoridad, cuando para su ejercicio no se exija la calidad de ciudadano: si se requiere la circunstancia de pericia, serán preferidos los mexicanos a los extranjeros en igualdad de circunstancias.

En el mismo sentido, el artículo 37 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856:

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de autoridades, en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. Las leyes del país procurarán mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguen en cualquier ciencia, arte, estimulando el trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de artes y oficios.

Por último, el mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, expresaba en su artículo 32 que:

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento del gobierno, en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. En tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en el Ejército ni en las fuerzas de policía o seguridad pública.

Definitivamente son antecedentes estos de la propia Constitución Política de la Monarquía Española, de la Constitución de Cádiz, promulgada el 19 de marzo de 1812, en donde se estableció en su artículo 23: “Sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley”. El artículo 96 enuncia: “Tampoco podrá ser elegido diputado de Cortes ningún extranjero, aunque haya obtenido de las Cortes carta de ciudadano”.

Galindo Garfias, en su recuento de los antecedentes constitucionales e históricos menciona que también son antecedentes de la propia Constitución de 1814 en donde se expresaba “Que los empleos los obtengan sólo los americanos”, y por supuesto del artículo 19 del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechada en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

Los cargos, empleos y comisiones de nombramientos de las autoridades, para cuyo ejercicio no exija la ley la condición de ciudadano, ni alguna otra cualidad individual de pericia prescrita por ella misma, se conferirán exclusivamente a los mexicanos. Una ley arreglará el ejercicio de los derechos concedidos a los naturalizados por lo que respecta a la opción de empleos y cargos públicos.

Referencia específica a la reforma a la Constitución del 20 de marzo de 1997

La Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos aprobó por consenso, el 5 de diciembre de 1996, el decreto de reformas a los artículos 30, 32 y 37 de nuestra Constitución Política, con objeto de plasmar, a nivel constitucional, el reconocimiento de la no pérdida de la nacionalidad o “doble nacionalidad”.

Con fecha 20 de marzo de 1997 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las mencionadas reformas, entrando en vigor un año después. Estas reformas obligaron a adecuar alrededor de unas 80 legislaciones federales referentes a la nacionalidad mexicana, así como el establecimiento de una nueva Ley de Nacionalidad, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de enero de 1998, con entrada en vigor el 20 de marzo de 1998.

Comenzamos el comentario específico al artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo que este ha sufrido tres reformas desde su promulgación en 1917:

a) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 15 de diciembre de 1934. Se establece el requisito de ser mexicano por nacimiento para el personal que tripule cualquier embarcación

de la marina mercante mexicana o para desempeñar el cargo de capitán de puerto o de agente aduanal en la República;

b) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de febrero de 1944. Se establece que para pertenecer a la Fuerza Aérea Mexicana o desempeñar el puesto de mecánico, o para ser miembro de una tripulación de aeronave que lleve insignia mercante mexicana o bien para ser comandante de aeródromo se requiere ser mexicano por nacimiento, y

c) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de marzo de 1997, con entrada en vigor el 20 de marzo de 1998, reforma que es objeto del presente comentario.

El artículo 32 en su forma original, tal y como nos expresa Cuevas Cancino, determinaba los empleos, cargos, comisiones y concesiones en los que los mexicanos serían preferidos a los extranjeros. Asimismo, en su segunda frase, determinaba los cargos y comisiones considerados de importancia estratégica, y para cuyo desempeño era preciso contar con la nacionalidad mexicana de origen. La reforma actual, con cambios meramente literarios, mantiene el mismo principio pero, en cambio, se introducen, dos párrafos iniciales por medio de los cuales se establecen: 1) que “para evitar conflictos por doble nacionalidad”, y para regular los derechos de los mexicanos “que posean otra nacionalidad”, se aprobará en su oportunidad una Ley Reglamentaria, y 2) que el ejercicio de cargos y funciones retenidos para los mexicanos por nacimiento “se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad”.

De esta manera, con la última reforma del artículo 32 constitucional, en su primer párrafo, se establece la posibilidad de que la legislación secundaria regule el ejercicio de derechos específicos de aquellos que gocen de dos nacionalidades. Se refiere a las normas que deberá establecer la legislación para evitar conflictos por doble nacionalidad. Contreras Vaca expresa que la imposibilidad jurídica de perder la nacionalidad mexicana, de origen, conlleva la necesidad de “crear criterios legislativos para determinar la nacionalidad que debe ser preferida, a efecto de derivar con ello el derecho aplicable en casos específicos”, como establecer que el nacional dual vote en el país de residencia habitual, evitar la doble o múltiple tributación, etcétera.

Se trata no solamente de prever los posibles conflictos jurídicos —que surgen de la doble nacionalidad pueden tratarse: por vía internacional, a través de la celebración de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales; o por vía nacional, mediante disposiciones idóneas en el derecho interno de cada país— derivados de la doble nacionalidad, sino de evitarlos; evitar la doble tributación de las personas con doble nacionalidad; los deberes militares; los actos jurídicos en materia familiar y sucesiones; la extradición, así como los derechos políticos como votar u ocupar puestos públicos, etcétera.

Recordemos que el artículo 32 establece que las leyes determinarán los casos en que algunos cargos y funciones serán reservados a mexicanos que no tengan otra nacionalidad. Tal y como exponen Carpizo y Valadés, de aplicarse este criterio a los ciudadanos —el precepto alude únicamente a los mexicanos—, y aceptando que el sufragio en nuestro sistema es una función, la ley podría excluir del voto a los mexicanos que también fueren ciudadanos norteamericanos, por ejemplo, o el darle el derecho al voto en México a quienes también votan como norteamericanos, sentando las bases

para nuevas y más agresivas modalidades de absorción que no podemos contemplar con indiferencia.

Realmente sería un éxito si conseguimos que esa legislación secundaria que estipula el artículo 32 constitucional, la Ley de Nacionalidad de 1998 —a través de su interpretación o reforma— lograra abarcar y regular cada uno de los supuestos que se nos plantean con la doble nacionalidad y con la doble ciudadanía, cuestión que se sigue debatiendo en la Cámara de los Diputados en junio de 2005 con la iniciativa de reforma del Senado de la Ley Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales tal y como comentamos en el artículo 36 constitucional en esta misma obra.

Definitivamente, la doble nacionalidad está presente con las reformas constitucionales y en especial con la reforma del artículo 32 constitucional; no obstante, podríamos afirmar que en el anterior esquema constitucional existía la doble nacionalidad, aunque sea de carácter temporal, hasta los 18 años, cuando el individuo debía de optar, *ius optandi*, por la nacionalidad (*ius soli* o *ius sanguinis*). Hoy en día la reforma del artículo 32 implica el abandono de la nacionalidad única que teníamos expresamente estipulado en la Ley de Nacionalidad de 1993.

Insistimos que el primer párrafo del citado artículo 32 constitucional, al disponer que la legislación reglamentaria va a regular los derechos que tienen los mexicanos que posean otra nacionalidad, implica necesariamente que nuestros ordenamientos jurídicos establezcan diversas categorías de mexicanos, de tal manera que el Estado mexicano, a través de su legislación y de acuerdo con las disposiciones que establezca en la misma para regular la nacionalidad mexicana, así como los derechos y obligaciones que de ella emanen, va a ejercer ciertas limitaciones a aquellos individuos que posean más de una nacionalidad, como comentábamos anteriormente; nos referimos a la restricción de detentar ciertos cargos a aquellos individuos que opten por la doble nacionalidad.

El segundo párrafo del mismo numeral establece que el ejercicio de ciertos cargos públicos o funciones será para aquellos que sean mexicanos por nacimiento y que posean única y exclusivamente la nacionalidad mexicana, lo cual implica una limitante para aquellos que aspiren a un cargo o función pública, como presidente de la República, diputado y senador, ministro de la Suprema Corte, miembro de la Marina Nacional de Guerra o de la Fuerza Aérea, etcétera. En opinión de Laura Trigueros, constituye una situación completamente irregular porque aunque la Constitución pueda privar a los individuos de los derechos que les otorgaba con anterioridad, se debieron haber resguardado los derechos adquiridos.

Para verificar este estado o condición, y así acceder a estos cargos públicos, se solicitará el llamado certificado de nacionalidad mexicana, que es, según el artículo 2º, fracción II de la Ley de Nacionalidad, aquel “instrumento jurídico por el cual se reconoce la nacionalidad mexicana por nacimiento y que no se ha adquirido otra nacionalidad”. Según Mansilla y Mejía, la obtención del certificado de nacionalidad le otorgará al solicitante la capacidad para acceder a cargos destinados exclusivamente a mexicanos por nacimiento, quienes además deberán tener, únicamente, la nacionalidad mexicana. Por lo tanto y en cuanto a documentos probatorios se refiere,

la Ley de Nacionalidad en su artículo 3º establece que son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana, cualquiera de los siguientes:

- I. El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables;
- II. El certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte, exclusivamente para los efectos de los artículos 16 y 17 de esta Ley;
- III. La carta de naturalización;
- IV. El pasaporte;
- V. La cédula de identidad ciudadana; y
- VI. La matrícula consular que cuente con los siguientes elementos de seguridad:
 - a) Fotografía digitalizada
 - b) Banda magnética,
 - c) Identificación holográfica.

A falta de los documentos probatorios mencionados en las fracciones anteriores, se podrá acreditar la nacionalidad mediante cualquier elemento que, de conformidad con la ley, lleve a la autoridad a la convicción de que se cumplieron los supuestos de atribución de la nacionalidad mexicana.

Continúa diciendo la Ley de Nacionalidad en su artículo 4º que:

Independientemente de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría podrá exigir al interesado las pruebas adicionales necesarias para comprobar su nacionalidad mexicana cuando encuentre irregularidades en la documentación presentada. Podrá también hacerlo cuando se requiera verificar la autenticidad de la documentación que la acredite.

Si nos centramos en el Certificado de Nacionalidad Mexicana, regulado en los artículos 2º, fracción II, 3º, fracción II, 16, 17 y 18 de la Ley de Nacionalidad, como documento probatorio de la nacionalidad mexicana y como que verifica la no dualidad de nacionalidades, tenemos que el certificado de nacionalidad por nacimiento es un documento que se expide a los mexicanos a quienes otro Estado les atribuye también su nacionalidad. Lo anterior significa que, ante la dualidad de nacionalidades, un mexicano por nacimiento tiene la posibilidad de confirmar su nacionalidad, a la vez que se desliga de la nacionalidad que le otorga otro Estado, siempre y cuando manifieste las renunciaciones que le exige el segundo párrafo del artículo 17 de la Ley de Nacionalidad.

De lo expuesto, vemos que el Certificado de Nacionalidad Mexicana, como instrumento probatorio tiene tal importancia que la Ley de Nacionalidad no pierde ocasión para establecer, además de su concepto como tuvimos ocasión de definir, su tramitación y su nulidad. En cuanto a su tramitación:

Los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, deberán presentar el certificado de nacionalidad mexicana, cuando pretendan acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera ser mexicano por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad. Al efecto, las autoridades correspondientes deberán exigir a los interesados la presentación de dicho certificado.

En el caso de que durante el desempeño del cargo o función adquieran otra nacionalidad, cesarán inmediatamente en sus funciones (art. 16 de la Ley de Nacionalidad).

Se podrá solicitar el Certificado de Nacionalidad Mexicana ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para los efectos de poder tener uno de los “empleos prohibidos” a los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, y para ello:

Formularán renuncia expresa a la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente de aquél que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros. Asimismo, protestarán adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y se abstendrán de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero. (Segundo párrafo del artículo 17)

El certificado de nacionalidad mexicana se expedirá una vez que el interesado haya cumplido con los requisitos de esta Ley y su reglamento (art. 17 de la Ley de Nacionalidad). Del texto del artículo 17 de la Ley de Nacionalidad, se desprende que quien solicite un certificado de nacionalidad por nacimiento, estará ejerciendo el derecho de opción ya que se le exige renunciar a toda nacionalidad distinta a la mexicana. Con objeto de que la nacionalidad mexicana por nacimiento quede plenamente probada, al decir de Mansilla y Mejía, la ley faculta a la autoridad competente a fin de que solicite sin límite, las pruebas que considere pertinentes. La Ley de Nacionalidad establece, asimismo, la posibilidad de que la Secretaría de Relaciones Exteriores pueda declarar la nulidad, estableciendo lo siguiente:

La Secretaría declarará, previa audiencia al interesado, la nulidad del certificado cuando se hubiera expedido en violación de esta Ley o de su reglamento, o cuando dejen de cumplirse los requisitos previstos en ellos.

La declaratoria de nulidad fijará la fecha a partir de la cual el certificado será nulo. En todo caso, se dejarán a salvo las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia del certificado a favor de terceros de buena fe (art. 18 de la Ley de Nacionalidad).

Manuel Becerra nos indica que del artículo 18 de la Ley de Nacionalidad:

Podemos desprender que se trata de una nulidad administrativa de carácter relativo, sólo la puede hacer valer la Secretaría de Relaciones Exteriores, sus efectos se limitan a las partes y dejan “a salvo las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia del certificado a favor de terceros de buena fe”. No se habla de en cuánto tiempo prescriben pero para eso hay que remitirse a las leyes supletorias, y al efecto se establece que “para todo lo no previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y las de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo” (art. 11 de la Ley de Nacionalidad). También como parte de su patología, el certificado de nacionalidad mexicana puede ser revocado, cuando se dé el supuesto de pérdida de la nacionalidad mexicana (art. 32 de la Ley de Nacionalidad).

Por otro lado, el texto constitucional, cuando se refiere a los “cargos de capitán, piloto, patrón, maquinista, mecánico y en general para todo el personal que tripula cualquier embarcación o aeronave con insignia o bandera mercante mexicana” mencionados por la reforma constitucional, corresponden a los mismos al anterior texto constitucional, a excepción del agente aduanal, eliminando el carácter de mexicano por nacimiento para desempeñar dicho cargo, lo cual implica una notoria desigualdad en relación con los cargos y empleos públicos.

Por último, debemos comentar, con respecto al artículo 32 constitucional que la Constitución no distingue en cuanto a que “los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”. No obstante, no hay que olvidar la prohibición para los extranjeros de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una “faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas” (art. 27 constitucional). Según Becerra Ramírez:

A los mexicanos que tengan otra nacionalidad les podrá beneficiar la reforma constitucional, por ejemplo, un México-estadounidense puede adquirir en la zona que tradicionalmente estaba destinada sólo a los mexicanos. La idea parece simple: la inversión extranjera (que técnicamente no sería extranjera) puede fluir a esas zonas.

La Ley de Nacionalidad de 1998

Tal y como nos hemos venido refiriendo, la actual Ley de Nacionalidad reconoce dos tipos de atribución de nacionalidad: la nacionalidad mexicana por nacimiento; la nacionalidad mexicana por naturalización y añadimos un supuesto más, la de aquellos que tengan más de una nacionalidad. Para ver este último “tipo” de atribución de nacionalidad (doble nacionalidad) creemos conveniente explicar los otros dos. Existen dos formas de otorgar la nacionalidad a las personas físicas:

- *La originaria o por nacimiento*, que es la que se otorga desde el momento del nacimiento, sin pedir el consentimiento de la persona que la recibe (dada su incapacidad natural debido a su minoría de edad). Esta situación está justificada ya que se prefiere que el individuo cuente con nacionalidad desde su nacimiento a que se espere a tenerla cuando tenga capacidad para solicitarla o ejercerla.
- *La derivada o naturalización*, que es la otorgada con posterioridad al nacimiento.

Originaria

Denominada también, por nacimiento. Hay atribución originaria de la nacionalidad, cuando los factores que se toman en cuenta para su otorgamiento están relacionados

directamente con el nacimiento del individuo. El objetivo que persigue la atribución originaria es que todo individuo tenga una nacionalidad desde el momento de su nacimiento. Para adquirir esta nacionalidad, la Constitución utiliza dos criterios: el *ius soli* (art. 30, apartado A, fracciones I y IV); y el *ius sanguinis* (art. 30, apartado A, fracciones II y III). Con respecto al primero, al *ius soli*, podemos decir que etimológicamente es una locución latina que significa “derecho del territorio en que se ha nacido”. Es, en definitiva, un sistema de atribución originaria de la nacionalidad que toma como criterio el lugar en donde ocurre el nacimiento del individuo.

Se consideró que era la voluntad del legislador la que establecía una presunción otorgando la nacionalidad a los que nacían en su territorio mientras tanto podían decidir por ellos mismos su nacionalidad. Este sistema del *ius soli* lo establecen los países con alta inmigración para ir asimilando a los nuevos sujetos del pueblo.

El *ius soli* tiene beneficios debido a que el medio en donde se desarrolla el individuo, por virtud de su nacimiento, influye en su vida, y además, los medios de comunicación y la educación oficial juegan un papel muy importante para que se cree una conciencia común. Por otro lado también tiene serios inconvenientes, ya que no es por sí solo un método completo que asegure un vínculo real dado que puede haber individuos que no se identifiquen con el grupo a pesar de haber nacido en su territorio. Por ello, normalmente se combina con otros sistemas, como es el hecho de exigir que establezcan su domicilio en el territorio del Estado que les otorgó la nacionalidad.

Con respecto al *ius sanguinis*, también su definición etimológica nos da cierta percepción de su significado como “derecho de la sangre o derecho de la familia”. Es un sistema de atribución originaria de la nacionalidad que, para otorgarla, toma como factor determinante la filiación y así establece dicho vínculo. Se considera que hay una presunción de que el descendiente optaría por la nacionalidad de sus padres, mientras no se manifieste de otra forma. Este criterio de atribución se utiliza en países en donde hay poca población o en los que hay muchas emigraciones para aumentar o conservar a su pueblo.

Tiene, además, un fundamento sociológico, ya que la unidad familiar se mantiene cuando todos sus miembros tienen la misma nacionalidad, y teniendo una familia fuerte, hay menos probabilidad de que el pueblo se disgregue. Por supuesto, al igual que el anterior criterio de atribución, el *ius sanguinis*, se puede desvirtuar de su objetivo de mantener la cohesión, ya que puede suceder que se transmita la nacionalidad a través de personas o familias que se encuentran fuera del Estado y que no tienen ninguna vinculación con él.

Al decir de Laura Trigueros, en términos generales la nacionalidad se podrá transmitir a una sola generación, con algunas variantes, puesto que la filiación puede operar por cualquiera de las dos ramas: la materna o la paterna. Este sistema, en los mismos términos, se extiende a los sujetos nacidos en el extranjero, hijos de padres naturalizados, en el entendido de que solamente uno de ellos puede transmitir esta nacionalidad. En estos casos resulta difícil que la nacionalidad se transmita más allá de la primera generación.

La misma autora continúa diciéndonos que en la atribución de la nacionalidad por el método del *ius soli* se realizó una apreciación más allá de la real, una presunción de la integración del sujeto al pueblo del Estado donde nació; y debería haber-

se limitado el *ius soli*, exigiendo a los padres del menor, o a uno de ellos, que tuviera su residencia habitual en el país o al menos que tuviera la categoría de inmigrante. Entonces, el único supuesto en que la presunción es válida es el que se refiere a los niños expósitos encontrados en territorio mexicano —supuesto que no fue contemplado en la reforma.

La Ley de Nacionalidad no define quiénes son los mexicanos por nacimiento, ya que, entendemos, que la Constitución en su artículo 30 lo hace. La ley únicamente se refiere a ciertos “candados” u obligaciones que establece para los mexicanos de origen. En este sentido, tenemos que:

- Deben de ostentarse como nacionales en el momento de salir o ingresar al territorio nacional (art. 12 de la Ley de Nacionalidad);
- Se establece una presunción jurídica de que los nacionales por nacimiento actuarán como nacionales respecto a:
 - I. Los actos jurídicos que celebren en territorio nacional y en las zonas en las que el Estado mexicano ejerza su jurisdicción de acuerdo con el derecho internacional, y
 - II. Los actos jurídicos que celebren fuera de los límites de la jurisdicción nacional, mediante los cuales:
 - a) Participen en cualquier proporción en el capital de cualquier persona moral mexicana o entidad constituida u organizada conforme al derecho mexicano, o bien ejerzan el control sobre dichas personas o entidades;
 - b) Otorguen créditos a una persona o entidad referida en el inciso anterior, y
 - c) Detenten la titularidad de bienes inmuebles ubicados en territorio nacional u otros derechos cuyo ejercicio se circunscriba al territorio nacional (art. 13 de la Ley de Nacionalidad).

Estimamos que la esencia de esta disposición, al igual que nos expone Becerra Ramírez, es evitar la denominada protección diplomática, y de alguna manera es un resultado de la famosa Cláusula Calvo que está contenida en la Constitución mexicana en su artículo 27. Asimismo, la persona que no cumpla con los anteriores cometidos expuestos “perderá en beneficio de la Nación los bienes o cualquier otro derecho sobre los cuales haya invocado dicha protección” (art. 14 de la Ley de Nacionalidad).

Independientemente de tales providencias que quiso tomar el legislador mexicano hay que tener en cuenta que en el Derecho internacional público, hay reglas claras en caso de protección diplomática a la doble nacionalidad. En efecto, es un principio de Derecho internacional público el hecho que un Estado no puede legítimamente pretender ejercer la protección diplomática de uno de sus nacionales, en contra de un Estado que también considera a este último como uno de sus propios nacionales. Dicho principio de origen consuetudinario lo encontramos en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto al caso de la reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas.

En cuanto a las personas morales, la Ley de Nacionalidad establece: “son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal” (art. 8 de la Ley de Nacionalidad). Respecto a la atribución de nacionalidad a las cosas, con la reforma se mejoró el sistema

de ficción que hasta la fecha venía imperando. El concepto de nacionalidad de embarcaciones y aeronaves ha sido sustituido por el de abanderamiento, logrando mantener el vínculo entre la persona y el Estado que debe otorgarle su nacionalidad, para evitar una posible apátrida, sin recurrir a ficciones ni incurrir en errores conceptuales, según expresa Laura Trigueros.

Derivada o por carta de naturalización

También denominada no originaria o naturalización, la podemos definir como una institución jurídica en virtud de la cual, una persona física adquiere y disfruta de la condición jurídica de nacional, en ocasiones con modalidad, por obtenerla con posterioridad al nacimiento.

Aquí no podemos hablar de los dos criterios de atribución de la nacionalidad originaria, es decir, el *ius soli* y el *ius sanguinis*, pero de manera conexas o análoga, con estos dos criterios puede atribuirse la nacionalidad, mediante la voluntad expresa del sujeto que le permite adquirirla con base en su petición de una nueva nacionalidad, es decir, la llamada *nacionalidad por naturalización*. Sin embargo, y de conformidad con la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia, fundamentalmente en el *leading case*, el Caso Nottebôhm de 6 de abril de 1955, se ha añadido una limitación importantísima a la competencia discrecional del Estado en materia de atribución de la nacionalidad.

Así, siguiendo a Alonso Gómez Robledo, para que sea posible que surtan los efectos jurídicos en lo que concierne a la protección diplomática, la atribución de la nacionalidad —especial y particularmente por efectos de naturalización—, es forzosamente necesario que dicha nacionalidad haya sido reconocida por los Estados a los cuales les es oponible, o bien que hayan presentado los caracteres objetivos que la hacen de pleno derecho oponible a terceros Estados. Esto último se produce, cuando presenta un “vínculo sociológico efectivo”, entre el Estado y el particular. En Derecho internacional positivo no hay ninguna duda de que un tribunal arbitral, una jurisdicción internacional, o una Comisión Mixta de Reclamaciones, *v. gr.* las diversas comisiones mixtas México-E.U.A.; México-Alemania; México-Gran Bretaña, tienen absoluta competencia para apreciar si un individuo lesionado en sus derechos, posee efectiva y fehacientemente, la nacionalidad que ostenta con objeto de poder beneficiarse de la protección diplomática. Por otra parte, de la anterior apreciación tenemos que la naturalización puede ser:

a) *Voluntaria ordinaria*. El sistema jurídico mexicano, para adquirir la nacionalidad mexicana, bajo el sistema de naturalización voluntaria ordinaria, específicamente, se basa en el artículo 19 de la Ley de Nacionalidad, que dice lo siguiente:

El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá:

- I. Presentar solicitud a la Secretaría en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana;
- II. Formular las renunciaciones y protesta a que se refiere el artículo 17 de este ordenamiento;

La Secretaría no podrá exigir que se formulen tales renunciaciones y protestas sino hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante. La carta de naturalización se otorgará una vez que se compruebe que éstas se han verificado.

III. Probar que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional, y

IV. Acreditar que ha residido en territorio nacional por el plazo que corresponda conforme al artículo 20 de esta Ley.

Para el correcto cumplimiento de los requisitos a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta ley.

Opera necesariamente con la manifestación de la voluntad de la persona del naturalizado, previa tramitación administrativa o mixta —judicial y administrativa— que culmina con la declaración de la nacionalidad en favor del promovente, debiendo demostrar el sujeto, un completo grado de adaptación al medio, garantizando la nacionalidad, cuestiones como la entrada de un individuo plenamente identificado con aquellos con quienes va a convivir en calidad de compatriota.

Este procedimiento de naturalización se verifica en el supuesto de que un extranjero, que no tenga un lazo especial de identificación con el país de que se trate, no pueda naturalizarse como nacional del mismo.

b) *Voluntaria privilegiada*. El sistema jurídico mexicano apoya esta forma de naturalización privilegiada para que un extranjero sea considerado como nacional del Estado mexicano en el artículo 20 de la Ley de Nacionalidad, que dice lo siguiente:

El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes:

I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado:

a. Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento;

Quedarán exentos de comprobar la residencia que establece la fracción I, aquellos descendientes en línea recta de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuente con otra nacionalidad al momento de la solicitud; o bien no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento;

b. Tenga hijos mexicanos por nacimiento;

c. Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, o

d. A juicio de la Secretaría, haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación. En casos excepcionales, a juicio del Titular del Ejecutivo Federal, no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se refiere esta fracción.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

No será necesario que el domicilio conyugal se establezca en territorio nacional; cuando el cónyuge mexicano radique en el extranjero por encargo o comisión del Gobierno mexicano. En el caso de matrimonios celebrados entre extranjeros, la adquisición de la nacionalidad mexicana por uno de los cónyuges con posterioridad al matrimonio, permitirá al otro obtener dicha nacionalidad, siempre que reúna los requisitos que exige esta fracción, y

III. Bastará una residencia de un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos.

Si los que ejercen la patria potestad no hubieren solicitado la naturalización de sus adoptados o de los menores, éstos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad, en los términos de esta fracción.

La carta de Naturalización producirá sus efectos al día siguiente de su expedición.

Opera en la misma forma que la naturalización voluntaria ordinaria, con la única diferencia de que se va a aplicar a todas aquellas personas vinculadas de una manera especial, con un lazo más firme, respecto del país del que pretendan nacionalizarse, se les ha favorecido con un procedimiento más simple y expedito; por reunir condiciones necesarias de que pueden asimilar al grupo; por ello, se les dispensa de la obligación de llenar los requisitos y trámites de la naturalización ordinaria. Tenemos, entonces, que en cuanto al plazo de residencia, la ley establece cuatro tipos de naturalización, según el mencionado artículo 20 de la Ley de Nacionalidad:

Primera. Cinco años de residencia: El extranjero que pretenda naturalizarse debe acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos a la fecha de su solicitud. Este supuesto no contempla una naturalización voluntaria privilegiada.

Segunda. Dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado:

- a) Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento;
- b) Tenga hijos mexicanos por nacimiento;
- c) Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, o
- d) A juicio de la Secretaría, haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación [...]

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consumo en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

Y además, no será necesario que el domicilio conyugal se establezca en territorio nacional, cuando el cónyuge mexicano radique en el extranjero por encargo o comisión del Gobierno mexicano.

En el caso de matrimonios celebrados entre extranjeros, la adquisición de la nacionalidad mexicana por uno de los cónyuges con posterioridad al matrimonio, permite al otro obtener dicha nacionalidad siempre que reúna los requisitos que aquí se exigen.

Con la actual redacción de la Ley de Nacionalidad, no cabe duda que la nacionalidad, en el caso de matrimonios celebrados entre extranjeros, se obtiene cuando se expide la Carta

de Naturalización, conservándola aún después de disuelto el matrimonio, salvo en el caso de nulidad del matrimonio, imputable al naturalizado (art. 22 de la Ley de Nacionalidad).

Tercera: un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos. Además, se establece que si los que ejercen la patria potestad no hubieren solicitado la naturalización de sus adoptados o de los menores, estos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad. En este caso la residencia deberá ser ininterrumpida. También hay que mencionar que: “las ausencias temporales del país no interrumpirán la residencia, salvo que éstas se presenten durante los dos años anteriores a la presentación de la solicitud y excedan en total seis meses” (art. 21 de la Ley de Nacionalidad).

Cuarta: Cuando se otorga la nacionalidad sin que haya sido agotado ningún plazo de residencia. Esta hipótesis se refiere a dos supuestos que señala la ley: el primer caso se refiere a que los descendientes en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, quedarán exentos de comprobar la residencia de un año, siempre y cuando no cuenten con otra nacionalidad al hacer la solicitud, o no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento (art. 20, fracción I, inciso a), segundo párrafo).

La anterior disposición fue adicionada a la Ley de Nacionalidad, mediante decreto publicado en el *DOF* el 23 de abril de 2012, en un claro intento por cumplir con el principio de que todo individuo debe poseer una nacionalidad, pues se verán beneficiados los nietos de mexicanos por nacimiento que no cuenten con una nacionalidad.

El segundo supuesto se refiere a la facultad discrecional y excepcional del Ejecutivo, ya que cuando a juicio del Ejecutivo federal, el extranjero haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la nación no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se ha hecho referencia, es decir, de dos años (art. 20, fracción I, inciso d) de la Ley de Nacionalidad).

En cuanto al sistema previsto, antes de la reforma constitucional, de la asimilación del naturalizado, queda sin efecto debido a la consagración de la doble nacionalidad y las prohibiciones que lleva aparejadas.

En otro orden de ideas, la actual Ley de Nacionalidad, al consagrar la doble nacionalidad, supera el punto oscuro que la anterior Ley de Nacionalidad de 1993 proclamaba cuando decía que podían naturalizarse, por vía privilegiada “los hijos nacidos en el extranjero de padre o madre que hubiesen perdido la nacionalidad mexicana y que la recuperen”. Teníamos entonces dos supuestos:

1. Si los hijos nacieron cuando los padres eran mexicanos (antes de perder su nacionalidad mexicana), los hijos eran mexicanos, por virtud del *ius sanguinis* (art. 30, A, II constitucional —antes de la reforma de 1997—);
2. Si los hijos nacieron después de que su padre o madre hubieran perdido la nacionalidad mexicana, pero luego la recuperaron, entonces la ley le estaría dando efectos retroactivos a la recuperación de la nacionalidad, ya que en la Ley de Nacionalidad no se encontraba otro artículo que especificara este supuesto, en donde se dijera que se tenía que hacer una

solicitud demostrando que el padre o la madre tenían la nacionalidad mexicana pero que la habían perdido y luego la habían recuperado. Por lo tanto, a falta de dicho precepto, se podría entender que la nacionalidad se adquiriría de forma automática, lo cual agregaría un supuesto no previsto por la Constitución y además le daría efectos retroactivos a la recuperación de la nacionalidad, ya que una vez que la madre, o el padre volvían a ser mexicanos, los hijos también ya serían mexicanos aunque al momento de su nacimiento no lo hubieren sido por haber nacido en el extranjero y ser de padre o madre extranjero.

c) *Automática o de oficio* (art. 30, apartado B, fracción II constitucional). Hay atribución automática de la nacionalidad cuando el Estado la otorga en virtud de una disposición de derecho sin tomar en cuenta la voluntad del individuo.

Basta con que el supuesto de la norma se actualice para que la nacionalidad se otorgue, y no es necesario realizar todo un procedimiento reuniendo los requisitos de ley, ni tampoco se necesita de una resolución por parte del Estado (como ocurre en la naturalización). Sin embargo, este sistema crea muchos problemas de nacionalidad, ya que fácilmente se adquiere la nacionalidad, aun en contra de la voluntad del individuo, por lo tanto, se ha tratado de limitar al mínimo los supuestos de atribución automática, o bien limitarlo estableciendo requisitos adicionales como la residencia o el domicilio. El adquirir la nacionalidad de un Estado por virtud de la ley, implica que la voluntad de la persona física naturalizada al momento de otorgarse la nacionalidad no tiene relevancia, la naturalización automática u oficiosa, puede operar de dos maneras: por el simple transcurso del tiempo, o por la ejecución de un acto que la traiga aparejada.

En el primer caso, el Estado que recibe a un extranjero lo considera nacional por el solo hecho de que éste no haya abandonado las fronteras del país; en el segundo sistema basta la ejecución de un acto, como por ejemplo, la aceptación de condecoraciones, la aceptación y desempeño de cargos públicos oficiales, la emisión del voto electoral, el matrimonio con nacional de origen en el país que se efectúe, etcétera, cuya consecuencia sea la adquisición de la nacionalidad del lugar en donde se ejecuta, para que ésta opere. Sin embargo, estos supuestos traen como consecuencia el fenómeno de la doble nacionalidad, que no obstante la adquisición de una nacionalidad extranjera, puede darse el caso de que subsista la original.

Respecto al sistema jurídico mexicano, la naturalización por virtud de ley, automática u oficiosa, se fundamenta en el artículo 30, apartado B, fracción II de la Constitución, al establecer que son mexicanos por naturalización

La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Dicho procedimiento para naturalizarse como nacional del Estado mexicano está abierto únicamente para aquellas personas extranjeras que contraigan matrimonio con mexicano o mexicana, pero que además tengan o establezcan su domicilio dentro de la República, lo cual implica que la persona extranjera no podrá hacer valer su derecho

sino hasta después de seis meses, que es el lapso mínimo necesario para adquirir domicilio (arts. 29 y 30 del Código Civil para el Distrito Federal).

Podríamos añadir que la naturalización también puede clasificarse en completa o parcial, desde el punto de vista de los derechos de los naturalizados. Completa cuando los derechos y obligaciones son iguales; y parcial, cuando sean menores los derechos y mayores los deberes. En México se habla de una naturalización parcial, ya que para ciertos cargos públicos se requiere ser mexicano por nacimiento, para los llamados empleos prohibidos. El extranjero adquiere la nacionalidad del país que lo naturalizó; sin embargo, no siempre adquiere todos los derechos y obligaciones que tiene un nacional por nacimiento en el Estado que le concedió la nacionalidad.

La no renuncia a la nacionalidad. Doble nacionalidad

Este es el tercer supuesto que marcábamos en cuanto a la atribución de la nacionalidad y que nos interesa con base en la reforma del artículo 32 constitucional. Uno de los problemas que se presentan con el acto de naturalización, es el relativo al de la doble nacionalidad, ya que por regla general, el acto de naturalización no se encuentra subordinado a la potestad del Estado de origen, de la persona que pretenda naturalizarse a un Estado extraño, ni tampoco la pérdida de la nacionalidad originaria anterior; lo cual provoca un conflicto de nacionalidades entre dos Estados soberanos respecto de una persona que sea considerada como nacional de ambos. Esta situación sería susceptible de controlarse, siempre que entre los Estados involucrados medie un convenio o tratado que especifique claramente los lineamientos a seguir en caso de que se presente el supuesto de la doble nacionalidad. Según Laura Trigueros:

La definición de la nacionalidad como la relación jurídica que se establece entre un individuo y el estado, en virtud de la pertenencia del primero al pueblo del segundo, determinado especialmente por Eduardo Trigueros Saravia y Henri Batiffol, implica, necesariamente, reconocer como válido el principio de la nacionalidad única. Desde el punto de vista jurídico resulta imposible que un mismo individuo pertenezca al pueblo de dos o más Estados; el fundamento de la doble nacionalidad no puede sostenerse.

Ya pudimos constatar, en un epígrafe anterior, que la nacionalidad única para un país en donde el número de emigrantes crece vertiginosamente, queda por detrás de las necesidades reales. México, como consecuencia de este movimiento migratorio reclama y ya es un hecho, al menos desde el punto de vista político muy dudoso por cierto, la necesidad de otorgar el derecho de voto a los mexicanos residentes en el extranjero; mientras que en un contexto jurídico diferente, como en Europa o concretamente en España, son otros los móviles de modificación, como pudiera ser mantener los vínculos de nacionalidad con sus expatriados. Si un móvil es más importante que otro, es cuestión de valoración. Aunque los problemas sigan surgiendo por la pertenencia a dos potestades, a dos soberanías, que le exigen, por ejemplo, servicio militar;

pago de impuestos —el nuevo régimen de nacionalidad no afecta en nada las disposiciones vigentes en materia fiscal; los impuestos se pagan en el país en el que se generen los ingresos—; protección diplomática o consular, etcétera.

El actual artículo 37, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enuncia que “ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad”. Y en este sentido:

Para beneficiarse de lo dispuesto por el artículo 37, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el interesado deberá:

- I. Presentar solicitud por escrito a la Secretaría, Embajadas o Consulados de México, dentro de los cinco años siguientes al 20 de marzo de 1998 —fecha de la entrada en vigor de la Ley de Nacionalidad, según el Transitorio Primero de la misma ley—;
- II. Acreditar su derecho a la nacionalidad mexicana, conforme lo establece esta Ley; y
- III. Acreditar plenamente su identidad ante la autoridad (Transitorio Cuarto de la Ley de Nacionalidad).

Más que fomentar la doble nacionalidad, se establece que la nacionalidad mexicana no se pierda. Se beneficiarán de la doble nacionalidad:

1. Todos los mexicanos por nacimiento que adquirieron una nacionalidad extranjera antes del 20 de marzo de 1998, lo que implicaba una falta que causaba la pérdida de la nacionalidad mexicana.
2. Todos los mexicanos por nacimiento que tengan derecho a otra nacionalidad y la adquieran después del 20 de marzo de 1998.

Los mexicanos por nacimiento que adquirieron otra ciudadanía, por ejemplo la estadounidense, pueden, si lo desean, normalizar su situación y recuperar formalmente la nacionalidad mexicana, para ello se debe obtener la Declaración o Certificado de Nacionalidad Mexicana.

Se calculaba, por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que de dos a tres millones de personas que adquirieron otras nacionalidades podrían recuperar sus derechos como mexicanos, sobre todo, en su mayoría residentes en los Estados Unidos de América. Según Becerra Ramírez, hay que subrayar que el factor no solamente económico, sino también político y cultural de los trabajadores migratorios y los que se quedaron a residir en el país del norte, es sumamente trascendente y el Estado mexicano al sopesarlo tomó la determinación de inclinarse por una política de múltiple nacionalidad.

Comenta Becerra Ramírez que de acuerdo con la doctrina de Derecho internacional, el derecho que tiene el Estado a decidir quiénes son sus nacionales, es un derecho derivado de su soberanía y es irrenunciable. Por lo tanto, la decisión de México es indiscutible, pero también se habla en la doctrina que cuando la medida puede afectar a un tercer país, se debe consultar. En este caso no podemos hablar de una obligación de México, ya que no hay reciprocidad, pues en la práctica vemos que los Estados

Unidos no toman en cuenta a México cuando legislan en materia de migración, afectando los intereses de nuestros trabajadores migratorios.

El sistema de la doble nacionalidad, por su propia naturaleza, produce efectos tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional. Un individuo al ser considerado, simultáneamente, como nacional de dos Estados, tendrá derecho a que cada uno de los Estados que le atribuyen su nacionalidad, le otorguen y reconozcan, plenamente, sus derechos como nacional y en consecuencia dicho individuo podrá ejercer todos los derechos que le correspondan.

En resumen, retomando los comentarios anteriores, son muchos los efectos que conlleva la no renuncia de la nacionalidad; entre ellos destacamos los siguientes:

1. El ejercicio de los derechos políticos. El derecho al voto y el derecho a ser votado, constituyen el ejercicio de los derechos políticos, y a su vez constituyen obligaciones políticas, una vez cumplidos los requisitos que ha establecido el Estado para poder ejercer tales derechos y cumplir las obligaciones de la misma índole, tal como se establece en el artículo 34 constitucional.

2. El ejercicio de funciones y cargos. La no renuncia a la nacionalidad ofrece, entre otras, la ventaja de la libertad de trabajo en dos Estados soberanos diferentes, puesto que no se puede restringir a los propios nacionales, en este aspecto, aun cuando posean otra nacionalidad, además de la nacionalidad de origen; tienen y deben tener acceso a cualquier empleo sin necesidad de permisos, autorizaciones o cuotas especiales para ello, a menos que la ley establezca limitaciones al respecto.

El reformado artículo 32 constitucional limita el desempeño de ciertos cargos y funciones a los mexicanos de nacimiento, siempre y cuando no adquieran una nacionalidad diferente a la mexicana o que no se coloquen bajo el estatus jurídico de individuos con doble nacionalidad; por lo tanto, los individuos que siendo mexicanos por nacimiento no cumplan con las nuevas condiciones que establece la Constitución, no podrán ejercer las funciones o cargos a que se refiere la misma, y en todo caso quedarán privados de ese derecho, lo cual constituye una situación completamente irregular porque, pese a que la Constitución pueda privar a los individuos de los derechos que les otorgaba con anterioridad, se debieron haber resguardado los derechos adquiridos.

3. El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. El artículo 32, párrafo tercero, constitucional establece ciertas limitaciones; por ejemplo, en tiempo de paz, solamente los mexicanos podrán servir en el Ejército y en las fuerzas de policía o de seguridad pública, la Constitución excluye, de manera manifiesta, a los extranjeros. Del mismo modo, establece que para pertenecer al activo del Ejército, así como para desempeñar cualquier cargo o comisión, se requiere ser mexicano por nacimiento, excluyendo a los mexicanos que no lo sean por nacimiento, a los que hayan adquirido otra nacionalidad y a los mexicanos por naturalización.

En cambio, para pertenecer a la Armada o a la Fuerza Aérea Mexicanas, así como para desempeñar cualquier cargo o comisión, ya sea en tiempos de paz o de guerra, es requisito indispensable ser mexicano por nacimiento.

4. Servicio militar y reclutamiento. Determinado en el artículo 31 constitucional. La obligación de cumplir con el servicio militar no está sujeta a la condición de residencia en territorio mexicano, por lo que deberá cumplirse por todos los mexicanos varones de 18 años, sin importar el lugar en el que eventualmente residan.

Los mexicanos por nacimiento que hayan adquirido otra nacionalidad, no tendrán que cumplir el Servicio Militar Mexicano; lo único que deben solicitar es el comprobante correspondiente a dicha exención en el Consulado, comprobando, por cierto, la otra nacionalidad.

Por lo que se refiere al servicio en la Guardia Nacional, los mexicanos tienen la obligación de inscribirse en ella y de asistir en los días y horas designados por el ayuntamiento, al decir de Laura Trigueros, con la finalidad de crear cuerpos de defensa civil para el apoyo de la defensa del país, así como para el auxilio de la población en casos de emergencia.

5. El derecho de propiedad. Las restricciones que se exponen en el artículo 27 constitucional, no pueden imponerse a las personas que además de la nacionalidad mexicana, ostentan una nacionalidad extranjera, puesto que son tan nacionales del Estado mexicano como los que tienen solamente una nacionalidad, la mexicana.

Estos serían los efectos de la no renuncia de la nacionalidad, desde el punto de vista interno, pero no hay que olvidar que desde el punto de vista internacional, también se producen una serie de efectos directamente relacionados, con la extradición y la protección diplomática. En cuanto a los documentos probatorios, la Ley de Nacionalidad establece que son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana, cualquiera de los siguientes:

I. El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables;
 II. El certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte, exclusivamente para los efectos de los artículos 16 y 17 de esta Ley. Se entiende por Certificado de nacionalidad mexicana, al tenor del artículo 2, fracción II de la Ley de Nacionalidad, aquel “instrumento jurídico por el cual se reconoce la nacionalidad mexicana por nacimiento y que no se ha adquirido otra nacionalidad”.

III. La carta de naturalización. Asimismo, se entiende por Carta de naturalización, al tenor del artículo 2o, fracción III de la Ley de Nacionalidad, aquel instrumento jurídico por el cual se acredita el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a los extranjeros. Y por extranjero Aquel que no tiene la nacionalidad mexicana (art. 2o, fracción IV de la Ley de Nacionalidad).

IV. El pasaporte;

V. La cédula de identidad ciudadana;

VI. La matrícula consular que cuente con los siguientes elementos de seguridad:

a) Fotografía digitalizada;

b) Banda magnética, e

c) Identificación holográfica.

VII. A falta de los documentos probatorios mencionados en las fracciones anteriores, se podrá acreditar la nacionalidad mediante cualquier elemento que, de conformidad con la ley, lleve a la autoridad a la convicción de que se cumplieron los supuestos de atribución de la nacionalidad mexicana” (art. 3o de la Ley de Nacionalidad).

Continúa la Ley de Nacionalidad diciendo que:

Independientemente de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría podrá exigir al interesado las pruebas adicionales necesarias para comprobar su nacionalidad mexicana cuando encuentre irregularidades en la documentación presentada. Podrá también hacer-

lo cuando se requiera verificar la autenticidad de la documentación que la acredite (art. 4o de la Ley de Nacionalidad).

Remitimos al lector, para no reiterar, a lo manifestado en las páginas anteriores con respecto al certificado de nacionalidad mexicana y la carta de naturalización como documentos probatorios de la misma.

Para concluir, son muchas las razones que conllevan al establecimiento de la no renuncia de la nacionalidad, como indicamos en la introducción del presente comentario. Los motivos que han dado lugar a una reforma constitucional y a una reforma, en definitiva, en materia de nacionalidad son diversos. Pudiéramos enumerarlos de la siguiente manera:

1. En principio, por la emigración que México “ha padecido” desde el siglo pasado, por cuestiones de bajo desarrollo y situación económica, fundamentalmente.

2. Esta emigración supone para los mexicanos vender su mano de obra extremadamente barata para así “incentivar” la apertura o recepción de dicha población en los Estados Unidos, como primer país receptor de mexicanos.

3. Lo anterior provoca un temor generalizado de los estadounidenses ya que sienten una amenaza en relación con el mantenimiento de sus puestos de trabajo;

4. La vulnerabilidad de los mexicanos ante descargas de racismo, xenofobia, al no pertenecer al territorio donde residen, se hacen patentes.

5. Con el artículo 32 constitucional reformado, surge una tercera calidad de mexicanos: los de doble nacionalidad, y en especial proclama una restricción para detentar ciertos cargos a aquellos individuos que opten por la doble nacionalidad; además, se constata que las reformas implementan la idea de que hay mexicanos de diferentes categorías, lo que una doctrina mayoritaria denominó “nacionales de segunda”. El ejercicio de los derechos políticos implícitos en una doble ciudadanía a la que también tienen derecho traerá un sinnúmero de complicaciones. Al decir de Cuevas Cancino, “la nacionalidad jurídica se aparta aquí de la sociológica y nos adentramos en un terreno peligroso”.

6. El artículo 37 constitucional nos corrobora esas distinciones, declarando solamente la pérdida de la nacionalidad para los mexicanos por naturalización.

7. Asimismo, la duplicidad que implica la doble nacionalidad no puede ser determinada exclusivamente por el Estado mexicano. Éste puede, únicamente, admitir que sus nacionales posean una segunda nacionalidad, es decir, que agreguen a la originaria otra, conservando los derechos que la anterior les concedía pero, ¿qué ocurre, entonces, con la integración cultural? y no digamos ¿cómo conservan sus derechos como ciudadanos mexicanos?, ¿qué ocurre con el derecho al voto?, ¿de qué manera se contempla una doble lealtad?, ¿qué ocurriría con el fraude electoral, cómo lo controlaríamos? y también, ¿cuál sería el monto necesario para sufragar los gastos que conllevaría el voto de los mexicanos en el extranjero?, ¿sería posible establecer el referéndum para los residentes en el extranjero?

8. No hay que perder de vista que la nacionalidad mexicana tiene características propias (unión, suelo, lengua, historia, religión, etcétera) y que por cuestiones históricas, consagró la nacionalidad única, por lo que la reforma de los artículos 30, 32 y 37

constitucional, corta una evolución centenaria en favor de la nacionalidad única pero este cambio no tiene que ser negativo, tal y como hemos expresado.

9. Los derechos y obligaciones derivados de la ciudadanía únicamente se hacen valer en el Estado en el que reside el individuo afectado, en el Estado cuya nacionalidad se hace efectiva; por lo tanto, los derechos y obligaciones que se derivan de la ciudadanía no pueden hacerse valer por partida doble.

Derecho comparado

Tradicionalmente la mayoría de la doctrina y la práctica de algunos Estados han considerado negativa a la doble nacionalidad y buscan mecanismos para evitarla. En sentido opuesto muchos Estados asimilan en sus legislaciones la doble nacionalidad, tal es el caso de España, Portugal, Colombia, Perú y un largo etcétera. México, a través del Poder Ejecutivo y éste por medio del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, establece como prioridad el promover las reformas constitucionales y legales para que los mexicanos preserven su nacionalidad independientemente de la ciudadanía o residencia que se hayan adoptado, descuidando, a nuestro parecer, la regulación de la posible doble ciudadanía.

Hay autores que se cuestionaron la necesidad de una reforma de esta envergadura para proteger a nuestros connacionales, opinan que incluso con la reforma en vigor no se solventarán los problemas que subyacen en la comunidad mexicana residente en los Estados Unidos, por ejemplo. Añaden, del mismo modo, que esta doble nacionalidad permea a cualquier mexicano que resida en cualquier país y esto pudiera provocar cuestiones de orden público, en el mismo instante en que se acojan principios de países que nos son muy distantes tanto geográfica como jurídicamente hablando. La reforma, quizá, hubiera necesitado ser más cautelosa. España, por ejemplo, en su Constitución de 1978, y concretamente en su artículo 11 nos dice:

1. [...]
2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.
3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

Quizás una muletilla como la expresada hubiera solventado una reforma como la que comentamos, es decir, restringir la doble nacionalidad a pueblos con los que exista una verdadera comunidad cultural, y no restringirla a los naturalizados; pero de esta manera no abordaríamos al país en cuestión, del cual surgió la necesidad de implementar la no pérdida de la nacionalidad mexicana.

En cuanto a la renuncia de la nacionalidad, España, en su Código Civil expresa que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad, pero ello no obsta para que pueda renunciar a ella. Tras comprobar que ha adquirido otra nacio-

nalidad, y que efectivamente reside en el extranjero, se le admite que expresamente renuncie ante el cónsul competente; el subsiguiente trámite, implica la formal ratificación de dicha renuncia.

Chile también limita la doble nacionalidad a países cuya civilización e historia tengan afinidades como las descritas con respecto a España. De hecho, el tratado firmado entre España y Chile en esta materia, estipula que “españoles y chilenos forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua”, por lo cual las partes concuerdan en que chilenos y españoles pueden adquirir la otra nacionalidad “sin hacer previa renuncia a la de origen”. El articulado prevé la manera en que este principio se llevará a cabo, estableciendo las formalidades del caso; una vez hecho esto, los nacionales de ambos Estados “gozarán de la plena condición jurídica de nacionales” en la forma prevista por las leyes de su residencia.

La Constitución colombiana de 1994 expresa en su artículo 40, inciso 7), que los colombianos que tengan doble nacionalidad no podrán acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. La ley reglamenta esta excepción y determina los casos en que deba aplicarse. En torno al servicio militar para los colombianos, se establece que aquellos que tengan doble nacionalidad y residan en el exterior, definirán su situación militar de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente de Colombia, a menos de que lo hayan hecho en el exterior, lo cual se comprobará mediante certificación expedida por las autoridades extranjeras competentes. Los colombianos con doble nacionalidad que residan en Colombia, cubrirán su situación militar de conformidad con las leyes vigentes en el país, salvo que haya sido definitiva conforme a la legislación del otro país, lo cual se comprobará mediante certificación expedida por el respectivo consulado extranjero acreditado ante el gobierno nacional.

Otras constituciones latinoamericanas que merecen ser objeto de comentario dada su reciente aparición en la década de los noventa, y a las que nos remitimos son, en especial: la Constitución de Argentina de 1994, Bolivia de 2004, Costa Rica de 1999, Ecuador de 1998, Panamá de 1994, Paraguay de 1992, Perú de 1993, República Dominicana de 1994 o Uruguay de 1997.

Bibliografía

- ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier, “Nacionalidad *versus* ciudadanía en la Unión Europea”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Segunda Época, núm. 10-11, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, “Doble nacionalidad”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Segunda Época, núm. 10-11, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 1996.
- ANCONA SÁNCHEZ-ZAMORA, Elsa Martina, *El derecho a la doble nacionalidad en México*, México, LVI Legislatura-Cámara de Diputados, 1996, 178 pp.
- ARNÁIZ AMIGO, Aurora, *Ciencia política*, México, Porrúa, 1984.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, “Los peligros de la doble nacionalidad”, en *Memorias del Congreso sobre Doble Nacionalidad*, México, 1995.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La nacionalidad en México”, en *Revista de Derecho Privado*, Mc Graw-Hill.

- _____, “¿Qué es lo mexicano?”, *Novedades*, México, 3 de abril de 1998.
- CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, 140 pp.
- _____, “El peligro del voto de los mexicanos en el extranjero”, *Nexos*, México, julio de 1998.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, “La reforma constitucional relativa a la no pérdida de la nacionalidad mexicana por nacimiento”, en *Responsa*, año 3, núm. 13, enero, México, 1998, pp. 15-19.
- CUEVAS CANCINO, Francisco, “La llamada doble nacionalidad mexicana”, en *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho*, año XII, núm. 8, México, Universidad Anáhuac, primavera-verano 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Comentario al artículo 32”, *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo V, México, LV Legislatura, Porrúa, 1994.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Reformas constitucionales sobre la irrenunciabilidad de la nacionalidad mexicana”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, año III, núm. 21, marzo 1997.
- _____, “La propuesta de reforma legislativa sobre doble nacionalidad”, en *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, McGraw-Hill, septiembre-diciembre 1995.
- GONZÁLEZ FÉLIX, Miguel Ángel, “La no pérdida de la nacionalidad mexicana y la protección de mexicanos en el extranjero”, en *Memoria de los Foros de Análisis en Materia de Nacionalidad: Zacatecas, Jalisco, Baja California, Oaxaca*, México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, 1996.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Régimen jurídico de la nacionalidad en México”, en *Cuadernos Constitucionales*, núm. 33, México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- _____, “Artículo 32”, *Constitución comentada y concordada*, 17a. ed., México, Porrúa-Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, pp. 24-30.
- MANSILLA y MEJÍA, María Elena, “Una nueva Ley de Nacionalidad”, en *Responsa*, año 3, núm. 13, México, enero 1998.
- MÁRQUEZ VALERIO, Uriel, “Nacionalidad y ciudadanía de los migrantes mexicanos a los Estados Unidos de América”, en *Memoria de los Foros de Análisis en Materia de Nacionalidad: Zacatecas, Jalisco, Baja California, Oaxaca*, México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, 1996.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1992.
- SIQUEIROS, José Luis, “Panorama del derecho mexicano”, en *Síntesis del Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1985.
- TENORIO ADAME, Antonio, “La doble nacionalidad”, en *Memorias del Congreso sobre Doble Nacionalidad*, México, 1995.
- TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “La doble nacionalidad en el derecho mexicano”, en *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____, “La reforma constitucional en materia de nacionalidad”, en *Alegatos*, núm. 35, México, enero-abril 1997.
- _____, “Nacionalidad única y doble nacionalidad”, en *Alegatos*, México, núm. 32, enero-abril 1996.
- VÉJAR NAVARRO, Raúl, *El mexicano. Aspectos culturales y psicosociales*, México, UNAM, 1990.
- WOLDENBERG, José, “Intervención del Consejero presidente del IFE durante la reunión de trabajo con comisiones de la Cámara de Diputados, en torno al voto de los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero para las elecciones del año 2000”, 26 de mayo de 1998.

Artículo 32

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 15-XII-1934

XXXVI LEGISLATURA (1-IX-1934/31-VIII-1937)

Presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, 1-XII-1934/30-XI-1940

Se establece el requisito de ser mexicano por nacimiento para el personal que tripule cualquier embarcación de la Marina mercante mexicana o para desempeñar el cargo de capitán de puerto o de agente aduanal en la República.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-1944

XXXIX Legislatura (1-IX-43/31-VIII-1946)

Presidencia de Manuel Ávila Camacho, 1-XII-1940/30-XI-1946

Se establece que para pertenecer a la Fuerza Aérea Mexicana o desempeñar el puesto de mecánico, o para ser miembro de una tripulación de aeronave que lleve insignia mercante mexicana, o bien para ser comandante de aeródromo, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 20-III-1997

LVI LEGISLATURA (1-XI-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Con motivo del reconocimiento de la doble nacionalidad, en este artículo se fijan los términos en que la ley regulará el ejercicio de los derechos de aquellos mexicanos que posean otra nacionalidad. Asimismo, se determinan aquellos cargos o comisiones en que se requiere ser mexicano por nacimiento para desempeñarlos.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 22-VII-2004

LIX LEGISLATURA (1-IX-2003/31-VIII-2006)

Presidencia Vicente Fox Quesada, 1-XII-2000/30-XI-2006

Se reformó el artículo segundo transitorio del decreto de reformas relativo al tema de la doble nacionalidad, que en parte guarda relación con la modificación constitucional antes referida (20 de marzo de 1997). Con la reforma al transitorio se especificó que quienes hayan perdido su nacionalidad mexicana por nacimiento por haber adquirido una nacionalidad extranjera y se encuentren en pleno goce de sus derechos, podrán acogerse a lo dispuesto por el artículo 37 de la Constitución.

Artículo 33

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El contenido del artículo 33 encuentra sus antecedentes en la necesidad de regular la presencia de extranjeros en México. Uno de los más tempranos lo encontramos en los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón de 1812.¹ En sus puntos 19 y 20, se señaló que todo extranjero que deseara disfrutar de los privilegios de ciudadano americano debería impetrar carta de naturaleza a la Suprema Junta. No obstante, según rezaba, sólo los vecinos de fuera de favorecieron la independencia podrían ser recibidos bajo la protección de las leyes. Con este antecedente se plasma la intención de los separatistas: el deseo de que los extranjeros no conformes con la nueva situación política que se esperaba lograr, serían personas no gratas en la nueva nación.

En este mismo sentido se manifestó la Constitución de Apatzingán pues señaló, en su artículo 14, que los extranjeros radicados en México que profesaran la religión católica y no se opusieran a la libertad de la Nación, se reputarían también como ciudadanos de ella, para lo cual se les expediría carta de naturaleza que les permitiría gozar de los beneficios de la ley.² Acorde con estos señalamientos, cuando en 1821 se elaboraron los Tratados de Córdoba, en su artículo 16 se afirmó que deberían salir del ahora Imperio mexicano los empleados públicos o militares, considerados como notoriamente (desafectos a la independencia”.³ Por el contrario,

¹Elementos Constitucionales circulados por el Sr. Rayón, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/808/7.pdf>.

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

³Tratados de Córdoba, 1821, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1821B.pdf>.

33

Sumario Artículo 33

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	785
Texto constitucional vigente.	788
Comentario Miguel Carbonell Introducción	789
Evolución histórica.	790
El Derecho internacional de los derechos humanos.	791
La reforma de 2011	793
Bibliografía	810
Trayectoria constitucional	812

de acuerdo con el Reglamento Provisional Político⁴ elaborado por Iturbide en 1822, aquellos extranjeros que vinieran tras la independencia a residir y juraren fidelidad al emperador y a las leyes podrían ser considerados como mexicanos.

Años más tarde, en 1829, el gobierno mexicano promulgó un decreto sobre expulsión de los extranjeros del país. Con dicho decreto se buscó erradicar a todos aquellos españoles que tras la independencia seguían domiciliados en México, excepto a quienes estuvieran casados con mexicanas, tuvieran hijos españoles, los mayores de 60 años y los impedidos físicamente. Asimismo se señaló que se podría exceptuar a quienes hubieran “prestado servicios distinguidos a la independencia y hayan acreditado su afición a nuestras instituciones [...] y a los profesores de alguna ciencia, arte o industria útil en ella, que no sean sospechosos al mismo gobierno”.⁵

Como puede apreciarse los puntos que hasta aquí venían definiendo la situación de los extranjeros estaban determinados esencialmente por la defensa de la independencia. Los extranjeros no deberían hablar en contra de ésta y se sujetarían completamente a sus leyes y gobierno. Esa fue la forma en que se contempló este tema todavía en 1836 en las Leyes Constitucionales.⁶ No obstante, el texto constitucional que mejor resumió todo lo contemplado hasta este momento, considerando la independencia, los proyectos de colonización iniciados en los años de 1820 y la definición de extranjería, fue el Primer Proyecto de Constitución Política de 1842.⁷ El artículo 10, por ejemplo, señaló como obligaciones de los extranjeros el respetar la religión de la República; sujetarse a los fallos de sus tribunales sin interponer contra ellos otros recursos que los concedidos por las leyes mexicanas; y cooperar con los gastos del Estado. Por su parte, el artículo 11, se encargó de definir los límites de sus derechos al señalar que si bien podrían gozar todos los que no se otorgaran de forma privativa a los mexicanos, nunca podrían intentar reclamaciones contra la Nación. Ahora bien, para poder reclamar la observancia de sus derechos, dichos extranjeros tendrían que mostrar, como se expresó en el artículo 13, la carta de seguridad correspondiente en las formas que dispusieran las leyes.

Señalamientos igual de importantes que los anteriores se dieron en la década de 1850. Uno de los ordenamientos que consideraron largamente el tema fue el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.⁸ En dicho Ordenamiento se estipuló que los extranjeros no disfrutarían en México de los derechos y garantías que no se concedieran, conforme a los tratados, a los mexicanos en las naciones a que aquellos pertenecieran (artículo 5º). Asimismo el artículo 8º, señaló que los extranjeros no

⁴Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁵*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia, Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 929.

⁶Leyes Constitucionales, 1836, artículo 12, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

⁷Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

⁸Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

gozarían de los derechos políticos propios de los nacionales, ni podrían obtener beneficios eclesiásticos. No obstante, los extranjeros que residieran un año en el territorio podrían ser considerados como domiciliarios para efectos legales (artículo 6º), pero estarían sujetos al servicio militar en caso de guerra exterior que no fuere con sus respectivos países de origen, y al pago de toda clase de contribuciones (artículo 7º).

Prácticamente estos mismos puestos y los lineamientos construidos con anterioridad por los diversos ordenamientos jurídicos dieron forma al artículo 33 de la Constitución de 1857 que condensó lo elaborado hasta entonces sobre la materia:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la Sección I, título 1 de la presente Constitución, salvo en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso. Tienen obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera que dispongan las leyes y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos.⁹

Como puede apreciarse, los puntos considerados en 1857 sumaron el hecho de que el gobierno tendría la facultad de “expeler al extranjero pernicioso”. Este texto se mantuvo vigente durante todo el siglo XIX y sólo recibió modificaciones cuando se reformó la Constitución para publicar una nueva en 1917. En aquel momento, se conservaron los puntos contemplados hasta entonces pero se reforzó el peso del Estado ante los extranjeros. Se señaló, por ejemplo, que el Ejecutivo de la Unión (ya no el gobierno, como apareció en el texto de 1857) tendría la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente, y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgara inconveniente. Asimismo, se ordenó que ningún extranjero podría inmiscuirse en los asuntos políticos del país.¹⁰ Punto de gran relevancia cuando en varios de los acontecimientos ocurridos durante la Revolución Mexicana la participación extranjera había sido evidente.

⁹Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁰Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, artículo 33, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

Artículo 33

Texto constitucional vigente

33

CAPÍTULO III *De los Extranjeros*

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.¹¹

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.¹²

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

¹¹Párrafo reformado, *DOF*: 10-06-2011.

¹²Párrafo adicionado, *DOF*: 10-06-2011.

Artículo 33

Comentario por **Miguel Carbonell**

Introducción

33

El artículo 33 de la Constitución mexicana ha sido durante décadas trágicamente célebre. A lo largo del siglo XX y hasta que fue reformado mediante un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2011, dicho artículo se refería a tres distintas cuestiones:

- a) Definir a las personas que tienen la calidad de extranjeros;
- b) Contener la facultad del presidente de la República para expulsarlos del país, y
- c) Prohibir que se inmiscuyeran en asuntos políticos.

La primera frase del artículo no da lugar a mayores dudas: utiliza un criterio de exclusión para determinar quiénes son extranjeros y remite al artículo 30 para definirlo (por exclusión, repito). Recordemos que el artículo 30 considera dos formas para adquirir la nacionalidad mexicana: la directa o por nacimiento y la indirecta o por naturalización (también llamada derivada). Fuera de los supuestos de ese artículo estamos ante una persona extranjera.

La parte del artículo 33 que durante años había dado lugar a intensos debates (y que había hecho de ese artículo uno de los más conocidos del texto constitucional) es la que establecía que el presidente de la República podía hacer abandonar el territorio nacional a todo extranjero cuya permanencia juzgase inconveniente. Pero además, esta facultad podía ejercerse de forma “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez no dudan en calificar (y tienen toda la razón) a esa facultad —por fortuna ya acotada desde el año 2011— como “desbordante, que entra en pugna, de manera frontal y notoria, con el principio de legalidad y la garantía de audiencia” (García Ramírez y Morales Sánchez, 2011: 160).

Aunque el sesgo arbitrario y discriminatorio que tenía ese precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (no justificar) por qué estuvo presente durante décadas en nuestro texto constitucional, y de qué manera violaba varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Evolución histórica

Para empezar hay que decir que la razón por la que este precepto estuvo en el texto constitucional es de orden claramente histórico. Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía preva- leciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país.

Así, por ejemplo, en los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”. En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desemboca en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros.

Por esa razón las Bases Orgánicas de la República Mexicana ya facultaban al presidente de la República para “Expeler de la República á los estrangeros no natura- lizados, perniciosos á ella” [*sic*], de acuerdo con su artículo 87, fracción XXIV. Esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada re- lación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte (Becerra Ramírez, 2005: 60 y ss.).

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto que tuvo el artículo 33 de la Constitución de 1917, hasta antes de la reforma de junio de 2011. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857 se refiere a la facultad no del presidente sino del “go- bierno”, y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.¹³

Con esos antecedentes llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presenta Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917 (Tena Ramírez, 1989: 764 y ss.). En ese proyecto, el jefe del Ejército constitucionalista recoge la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agrega algunas modificaciones importantes.

Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no reside en “el gobier- no”, sino en el presidente. Además, tal facultad permite al presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión será “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”.

Finalmente, el proyecto establecía que “Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad no tendrán recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

¹³Actualmente la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional es la que figura en la parte final del artículo 11. Sobra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitra- riedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supues- tos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

En el transcurso de los debates del Congreso Constituyente de Querétaro, se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente no se limitara a los extranjeros, sino que pudiera abarcar clases tan disímbolas de personas como:

Los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etc.) [...] los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo [...] los que representen capitales clandestinos del clero [...] los ministros de cultos religiosos [y] los estafadores, timadores o caballeros de industria (Becerra Ramírez, 2005: 65).

Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado. Quedó aprobado el texto del artículo 33 que estuvo vigente hasta la reforma de 2011.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá tuvo, en el pasado, una justificación histórica.

El Derecho internacional de los derechos humanos

En el Derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera (Becerra Ramírez, 2005: 69).

Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del Poder Ejecutivo.

El objetivo en este punto debería ser —como lo señala Manuel Becerra— alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo en cuenta que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado debe aplicarse en distintos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar (Becerra Ramírez, 2005: 69).¹⁴

En el Derecho internacional de los derechos humanos encontramos diversas disposiciones que regulan la estancia de extranjeros en los Estados Partes. Éste es el caso de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero de tales preceptos dispone que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

¹⁴Manuel Becerra nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este artículo ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito (Carbonell, Moguel y Pérez, 2003: 462-468).¹⁵ Vale la pena detenernos en algunos de sus aspectos más destacados.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así, por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 [del Pacto]” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12, debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica. Por su parte, el artículo 13 del Pacto dispone que:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Aunque México, al momento de suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpuso una reserva respecto del artículo 13, al parecer habría

¹⁵Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67° periodo de sesiones del Comité en 1999.

elementos para considerar que tal reserva no puede ser válida, ya que va en contra precisamente del objeto y fin del tratado internacional (Becerra Ramírez, 2005: 73).¹⁶

Otra reserva destinada a proteger la arbitraria utilización del artículo 33 constitucional fue interpuesta por el gobierno de México al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También esta reserva se puede juzgar como nula, puesto que el momento elegido por México para interponerla no fue el correcto. Lo adecuado hubiera sido, en su caso, formular la reserva cuando se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, no cuando se reconoce la competencia de la Corte (Becerra Ramírez, 2005: 74).

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A luz de lo señalado es que se imponía como urgente e impostergable una reflexión acerca de la necesidad de reformar el artículo 33, a fin de hacerlo acorde con el Derecho internacional de los derechos humanos, en concreto con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (Carbonell, 2006: cap. II). Esa reforma llegó, finalmente, mediante el citado decreto de modificaciones constitucionales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

La reforma de 2011

El contenido de la reforma ya citada de junio de 2011 al artículo 33 es relativamente breve, ya que contiene leves modificaciones al primer párrafo de dicho precepto y la adición de un segundo párrafo; el que originalmente era párrafo segundo queda ahora como párrafo tercero, sin que su contenido se haya alterado en modo alguno.

En las páginas que siguen examinaremos, en consecuencia de lo que acabamos de señalar, tres cuestiones: el tema de la titularidad de derechos y la distinción entre extranjeros y mexicanos (párrafo primero del artículo 33), el debido proceso legal en el trámite de expulsión de extranjeros (párrafo segundo) y la participación política limitada de los extranjeros (párrafo tercero).

Titularidad de derechos

Respecto del primer párrafo, la reforma en cuestión precisa que son “personas” extranjeras las que no reúnan las calidades del artículo 30 constitucional (el cual, como ya

¹⁶Las declaraciones interpretativas y reservas presentadas por el gobierno mexicano al momento de suscribir este Pacto pueden consultarse en la publicación del tratado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 1981, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.

fue mencionado al inicio de este comentario, regula las vías de adquisición de la nacionalidad mexicana, ya sea por nacimiento o por naturalización).

Además, el primer párrafo del artículo 33 señala a partir de la reforma de 2011 que las personas extranjeras gozarán de los derechos y garantías que “reconoce esta Constitución”.

García Ramírez y Morales Sánchez han señalado una posible incongruencia en la reforma de 2011 (García Ramírez y Morales, 2011: 164), toda vez que en el artículo 1º, párrafo primero se establece que todas las personas tienen los derechos que reconocen tanto la Constitución como los tratados internacionales. Sin embargo, parecería (a la luz del contenido del artículo 33) que a los extranjeros solamente les resultarán aplicables los derechos previstos directamente por la Constitución. ¿Qué sucede con aquellos otros derechos que aparecen en los tratados internacionales? ¿Son o no aplicables a los extranjeros?

Me parece que la Constitución debe ser leída de forma integral y que la interpretación más amplia posible que está ordenada por el nuevo párrafo segundo del artículo 1º constitucional es aplicable al caso que nos ocupa. Esto significa que, de acuerdo con los artículos 1º, párrafos primero, segundo y quinto, y 133 de la Constitución, los extranjeros disfrutaban en México de todos los derechos y de todas las garantías que tienen los nacionales. Cualquier diferenciación que se haga resulta en sí misma sospechosa y debe ser estudiada con mucho detenimiento por las autoridades judiciales encargadas de la defensa constitucional.

Recordemos que, según lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de igualdad (incluyendo la igualdad entre nacionales y extranjeros, como regla general) es una norma de *ius cogens*, no disponible por parte de los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).¹⁷

Debido proceso legal y expulsión de extranjeros

Como ya hemos mencionado, hasta antes de la reforma del 11 de junio de 2011, el artículo 33 consagraba una facultad amplísima, de carácter arbitrario en la medida que no estaba sujeto a límite alguno, del presidente de la República para expulsar a cualquier persona extranjera cuya permanencia en el territorio nacional se estimase inconveniente.

A partir de la señalada reforma, el segundo párrafo del artículo 33 de nuestra Carta Magna establece que la facultad de expulsión de extranjeros se podrá ejercer por parte del presidente respetando la “previa audiencia” del afectado. Pero además, el mismo párrafo señala que la expulsión se debe hacer “con fundamento en la ley”, la cual además tendrá que regular el procedimiento administrativo que debe seguirse, así

¹⁷Véase, por ejemplo, la Opinión Consultiva 18/03 emitida precisamente a petición del gobierno de México, relativa a la condición jurídica y derechos de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio de un país que no es el suyo (párrafo 101).

como el lugar y el tiempo que podrá durar (en su caso) la detención del extranjero que se quiere expulsar.

Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal se refiere al:

Conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.¹⁸

De acuerdo con lo señalado, podemos afirmar que a partir de la citada reforma al artículo 33 constitucional, se establece en favor de los extranjeros el derecho de audiencia previa y el sometimiento al principio de legalidad en sentido amplio de la facultad del presidente. Vamos a ver qué significan tales derechos y qué alcance les ha dado la jurisprudencia.

Derecho de audiencia

En la Constitución mexicana hay distintas disposiciones que pueden ser identificadas como partes del concepto de “debido proceso legal” en sentido amplio. Pero quizá la más relevante para efectos de la adecuada comprensión del mandato del artículo 33 constitucional, en el sentido de que el procedimiento de expulsión de extranjeros debe respetar el derecho de “audiencia” del afectado, se encuentra en el artículo 14, párrafo segundo.

En efecto, el artículo 14 constitucional en su párrafo segundo dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la vida, 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”.

Es claro que dicho párrafo garantiza que toda persona sea escuchada antes de que se le prive de cualquier bien jurídico tutelado, como lo podría ser su permanencia en el país. Hay que tener presente que la jurisprudencia ha definido el acto privativo al oponerlo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente (las cursivas son agregadas):

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante

¹⁸Se trata de un criterio contenido en varios pronunciamientos de la Corte; por ejemplo en el caso “Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123.

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 tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución federal distingue y regula de manera diferente los *actos privativos* respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que *son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción *debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad conatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiene sólo a una restricción provisional*. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, julio de 1996, Tesis: P/J. 40/96, p. 5.

El criterio anterior nos indica que estaremos frente a un acto privativo siempre que una actuación de la autoridad produzca una disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado; si esa merma o menoscabo es solamente provisional, entonces no estaremos ante un acto de este tipo y no se aplicarán los requisitos que establece el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Como ya quedó asentado en la transcripción que hicimos, el mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Es una especie de resumen de lo que en otros países se engloba bajo la fórmula de “debido proceso legal”. Sobre su contenido concreto, la jurisprudencia mexicana ha sostenido la siguiente tesis, que es importante en la medida en que descompone los elementos que integran la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el

artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar, y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, diciembre de 1995, Tesis: P/J. 47/95, p. 133.

Como se desprende de esta tesis, las formalidades esenciales del procedimiento protegen en México el llamado “derecho de audiencia”, que resulta del todo interesante para dilucidar el contenido del artículo 33 constitucional a partir de la reforma de junio de 2011.

La primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a fin de que pueda defenderse correctamente; el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “avisado” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con la emisión de un acto privativo, sino que —de forma más amplia— exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa”, tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad (Ovalle Favela, 2002: 117).

Además de ser llamado, el particular debe tener la oportunidad de ofrecer pruebas y de que esas pruebas sean desahogadas.

En tercer lugar, el particular debe tener el derecho de ofrecer alegatos y de que esos alegatos sean tomados en cuenta por la autoridad; los alegatos, nos indica Héctor Fix Zamudio, son “la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso” (“Alegatos”, 2002: 215).

En cuarto lugar, el derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.

La jurisprudencia sobre el derecho de audiencia es muy abundante. Los diversos criterios jurisprudenciales han ido construyendo y dándole contenido a ese derecho, que en buena medida está indeterminado en el texto constitucional, tanto en el artículo 14 como en el 33. Entre las tesis más interesantes se encuentran las siguientes:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garan-

tía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa de los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VII, enero de 1991, p. 153.

GARANTÍA DE AUDIENCIA. SE INTEGRA NO SÓLO CON LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SINO TAMBIÉN CON SU ESTUDIO Y VALORACIÓN. La garantía de audiencia a que se refiere el texto del artículo 14 constitucional se integra, no sólo admitiendo pruebas de las partes sino, además, expresando las razones concretas por las cuales, en su caso, dichas probanzas resultan ineficaces a juicio de la responsable. Por ello, si la resolución que puso fin a un procedimiento fue totalmente omisa en hacer referencia alguna a las pruebas aportadas por la hoy quejosa, es claro que se ha cometido una violación al precepto constitucional invocado, lo que da motivo a conceder el amparo solicitado, independientemente de si el contenido de tales probanzas habrá o no de influir en la resolución final por pronunciarse. Tal criterio, que se armoniza con los principios jurídicos que dan a la autoridad administrativa la facultad de otorgarle a las pruebas el valor que crea prudente, es congruente, además, con la tendencia jurisprudencial que busca evitar la sustitución material del órgano de control constitucional, sobre las autoridades responsables, en una materia que exclusivamente les corresponde como lo es, sin duda, la de apreciación de las pruebas que les sean ofrecidas durante la sustanciación del procedimiento. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VIII, noviembre de 1998, Tesis: I.3o.A. J/29, p. 442.

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos

que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, abril de 1998, Tesis: P. XXXV/98, p. 21.

Un problema que se ha generado en la práctica respecto de la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que algunas leyes no establecían el procedimiento necesario para notificar a los afectados, para recibir y valorar pruebas, para que se pudieran formular alegatos o para regir la emisión de las resoluciones.

Ante estas lagunas, la jurisprudencia ha considerado que el derecho de audiencia debe respetarse, incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados. Es decir, el órgano encargado de emitir un acto privativo debe observar las formalidades esenciales del procedimiento aplicando directamente la Constitución, incluso frente a una ley omisa.¹⁹

Este señalamiento es interesante a la luz del artículo transitorio quinto del decreto de reforma constitucional publicado el 10 de junio de 2011, por medio del cual se ordena al Congreso de la Unión que expida la ley reglamentaria del artículo 33 de la Carta Magna en materia de expulsión de extranjeros. Si dicho mandamiento no se observa o se hace de forma deficiente, conviene tener presente el criterio jurisprudencial que acabamos de citar, a efecto de hacer plenamente efectivo el texto constitucional en su artículo 33.

El concepto de formalidades esenciales del procedimiento, que como acabamos de ver no está definido en el texto constitucional, sino que ha sido dotado de contenidos concretos por la jurisprudencia, no debe tener un carácter cerrado. Es decir, se puede estar de acuerdo en que, siguiendo la línea jurisprudencial que ya se ha expuesto, las formalidades esenciales del procedimiento se manifiesten en un núcleo duro e irreductible (una especie de “contenido esencial”) compuesto por la notificación o emplazamiento, la posibilidad probatoria en sentido amplio (ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas), el derecho de formular alegatos y la obligación de las autoridades de dictar una resolución resolviendo la cuestión planteada.

Pero ese núcleo duro puede verse ampliado por la naturaleza de cierto tipo de casos. Así, por ejemplo, en procedimientos judiciales en los que estén involucrados menores de edad o personas con discapacidad, deben exigirse otras formalidades esen-

¹⁹Véase tesis “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1985*, Segunda Sala, parte VIII, p. 112.

ciales, tales como la asistencia del Ministerio Público o ciertas medidas precautorias para asegurar los intereses de la parte más débil.

Aunque sería imposible en este momento hacer una lista exhaustiva de todas las formalidades esenciales que deben existir en los distintos procesos jurisdiccionales, lo que debe quedar claro es que el concepto mismo de “formalidades esenciales” es un concepto abierto, y que en ese sentido puede y debe ser ampliado por la jurisprudencia siempre que se esté ante un procedimiento jurisdiccional dirigido a realizar un acto privativo que, por sus características especiales, amerite una especial tutela de los intereses en juego.

Un ejemplo de la forma en que el pueden ser ampliadas las “formalidades esenciales” lo encontramos en una importante Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia al derecho a la información consular que le es aplicable a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional. A estudiar ese derecho a la asistencia consular dedicaremos uno de los próximos apartados.

Adicionalmente a lo que llevamos señalado, el párrafo segundo del artículo 14 constitucional se refiere a los “tribunales previamente establecidos” como los órganos encargados de conocer de los juicios en los que, observando las formalidades esenciales del procedimiento, se pueda llevar a cabo un acto de privación de la vida, de la libertad, de la propiedad, de la posesión o de los derechos.

A través de ese mandato, en realidad lo que está prescribiendo es el derecho que tenemos a ser juzgados por el juez predeterminado por la ley. El de “juez predeterminado por la ley” es un concepto técnico-jurídico que va más allá del simple aspecto competencial, y que se resuelve en una serie de mecanismos de seguridad jurídica en favor de los particulares (De Diego Díez, 1998).

La jurisprudencia mexicana ha entendido que cuando el artículo 14 se refiere a los tribunales previamente establecidos no está haciendo referencia solamente a autoridades judiciales en sentido formal, sino que el mandato constitucional también se proyecta sobre todas las autoridades que tienen competencia legal para llevar a cabo actos privativos.²⁰ Esto es particularmente aplicable a los tribunales administrativos o a los actos de las autoridades administrativas seguidos en forma de juicio.

Garantía de legalidad

El nuevo párrafo segundo del artículo 33 señala que el procedimiento de expulsión de extranjeros se debe llevar a cabo “con fundamento en la ley”. Eso significa, entre otras cuestiones, que a tal procedimiento le resulta completamente aplicable el principio de fundamentación de los actos de autoridad establecido en el artículo 16 constitucional. Dicho principio se ha entendido tradicionalmente como un mandato para que las autoridades se ajusten a la legalidad, entendida en sentido amplio.

²⁰Véase tesis “TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. COMPETENCIA PARA PRIVAR DE PROPIEDADES Y POSESIONES A LOS PARTICULARES. APARATOS MUSICALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 18, p. 85.

No hubiera hecho falta hacer un señalamiento expreso en el artículo 33 constitucional, puesto que a todo acto de autoridad se le aplica lo que establece el artículo 16, párrafo primero acerca del fundamento legal que siempre deben tener. Pero a la vista de la lamentable historia del artículo 33, ciertamente no sobra la aclaración. Precisamente uno de los propósitos de la reforma a dicho precepto fue anular la histórica discrecionalidad (mejor dicho, arbitrariedad) con la que el presidente de la República podía expulsar a extranjeros que estuvieran en territorio nacional.

Como se acaba de mencionar, es el párrafo primero del artículo 16 el que contempla lo que se podría llamar la garantía de legalidad en sentido amplio, conforme al siguiente texto: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El principio de legalidad establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional equivale a la idea sostenido por la jurisprudencia mexicana, en el sentido de que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite” (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1817-1988*, Segunda Parte, Salas y tesis comunes, p. 512).

De acuerdo con el principio de legalidad, toda acción de cualquier órgano investido de poder estatal debe estar justificada por una ley previa (Bilbao Ubillós, 1997),²¹ toda vez que en el Estado de derecho “ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad” (García de Enterría y Fernández, 1991: 433).

Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16.

Uno de los requisitos que exige el artículo 16 para los actos de autoridad, es que estén correctamente fundados y motivados, cuestión que tiene gran relevancia para el análisis del artículo 33 constitucional.

Lo que se intenta evitar por medio del mandato del artículo 16 es la arbitrariedad de los poderes públicos, al exigir que los actos de autoridad se emitan solamente cuando: *a*) cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación), y *b*) se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación). Tanto la fundamentación como la motivación deben constar en el escrito en el que se asienta el acto de autoridad. Un acto de cualquier poder público que no esté motivado y fundado es por ese solo hecho arbitrario.

La jurisprudencia ha definido la fundamentación y motivación en los siguientes términos:

²¹Para determinar el sentido de la expresión “acción estatal” es interesante revisar el texto de Bilbao Ubillós. En este texto el autor realiza un amplio análisis del concepto de *state action* en la jurisprudencia norteamericana.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo de la Constitución federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, tesis 40, pp. 46-47.

La fundamentación y motivación se debe dar en todo tipo de actos de autoridad, pues el artículo 16 no señala excepciones de ningún tipo. Incluso debe darse cuando se trata de actos discrecionales, es decir, de aquellos en los que la ley reconoce en favor de la autoridad que los emite un espacio importante de apreciación sobre el momento en que deben ser emitidos y los alcances que puedan tener.

La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: *a)* hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto; dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica” (Fernández, 1998: 97); *b)* aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto, y *c)* permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno (Fernández, 1998: 80-85). Sobre la motivación y fundamentación de los actos discrecionales la jurisprudencia mexicana ha sostenido, entre otras, la siguiente tesis:

FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD, CUANDO ACTÚA EN EJERCICIO DE. Cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales y tiene una libertad más amplia de decisión, esto no le otorga una potestad ilimitada, debiendo en todo caso la autoridad, dentro de una sana administración, sujetarse en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad; asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo, o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1214/91. Justo Ortego Ezquerro. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Fernando A. Ortiz Cruz. Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VIII, octubre de 1991, p. 181.

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racio-

nales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas (Delgado Barrio, 1991: 2311-2355).²²

Además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.²³ Como escribe Tomás Ramón Fernández:

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo (Fernández, 1998: 94-95).

La exigencia de fundamentación y motivación de los actos de autoridad ha sido desarrollada en México por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, los tribunales mexicanos han sostenido que una correcta fundamentación se da cuando la autoridad cita no solamente el ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto, sino los artículos, párrafos, incisos y subincisos de ese ordenamiento, tal como puede apreciarse en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual

²²Sentencia de la antigua Sala 4ª de 19 de mayo de 1987.

²³Sentencia de la Sala 3ª de 17 de abril de 1990.

comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 16/83. Jorge León Rodal Flores. 12 de julio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Roberto Terrazas Salgado. Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomos 175-180, Sexta Parte, p. 98.

Además de las partes concretas del ordenamiento jurídico aplicable, la autoridad debe poner en el escrito que contiene su acto el lugar y la fecha de emisión del mismo, pues según la Segunda Sala de la Suprema Corte:

Es menester que la autoridad señale con exactitud el lugar y la fecha de la expedición del acto administrativo, a fin de que el particular esté en posibilidad de conocer el carácter de la autoridad que lo emitió, si actuó dentro de su circunscripción territorial y en condiciones de conocer los motivos que originaron el acto [...] pues la falta de tales elementos en un acto autoritario implica dejar al gobernado en estado de indefensión, ante el desconocimiento de los elementos destacados. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, julio de 2000, p. 5.

En una tesis muy interesante se describe la forma en que la autoridad debe cumplir con la exigencia de fundamentar y motivar sus actos y, además, se afirma que también en las relaciones entre autoridades se debe observar esa exigencia. Se trata del siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES. Tratándose de actos que no trascienden de manera inmediata la esfera jurídica de los particulares, sino que se verifican sólo en los ámbitos internos del gobierno, es decir, entre autoridades, el cumplimiento de la garantía de legalidad tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada, y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación. Novena Época, Instancia:

Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000, Tesis: P/J. 50/2000, p 813.

La falta de fundamentación y motivación se pueden dar de forma directa o indirecta. Se verifica este segundo supuesto cuando un acto de autoridad se pretende fundar o motivar en otro acto que a su vez es inconstitucional o ilegal. En este caso, el segundo acto de autoridad no podrá considerarse correctamente fundado y motivado, como se sostiene en la tesis que sigue:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN INDEBIDA. LA TIENEN LOS ACTOS QUE DERIVAN DIRECTA E INMEDIATAMENTE DE UN ACTO U OMISIÓN QUE, A SU VEZ, ADOLECE DE INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD. En términos de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV; 99, párrafo cuarto, y 116, párrafo segundo, fracción IV, incisos b) y d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe llegarse a la conclusión de que un acto adolece de una indebida fundamentación y motivación, cuando deriva directa e inmediatamente de los actos y omisiones de otro acto u omisión que violen alguna disposición constitucional, como, por ejemplo, cuando se viola el derecho de votar de los ciudadanos, a través de sus tradiciones y prácticas democráticas, a fin de elegir a los concejales de cierto ayuntamiento municipal. Lo anterior, en virtud de que no puede considerarse como motivación jurídicamente válida de un acto o resolución de una autoridad el que se base en otro que, a su vez, adolece de inconstitucionalidad o ilegalidad. Esto es, debe arribarse a la conclusión que existe una relación causal, jurídicamente entendida como motivo determinante, cuando el posterior acto tiene su motivación o causa eficiente en los actos y omisiones inconstitucionales o ilegales de cierta autoridad, máxime cuando todos esos actos estén, en última instancia, involucrados por el alcance de su pretensión procesal derivada de su demanda. Sala Superior, tesis S3EL 077/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99.-Herminio Quiñónez Osorio y otro.-10 de febrero de 2000.-Unanimidad de votos.-Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.-Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.

Para tener un acto de autoridad como debidamente fundado y motivado no basta que se citen los preceptos aplicables a un caso concreto y que el supuesto normativo se haya verificado en la práctica, sino que también es necesario que el acto de autoridad que se emite en consecuencia esté apegado a lo que señalan las normas aplicables. Éste es el criterio de la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, NO EXISTE CUANDO EL ACTO NO SE ADECUA A LA NORMA EN QUE SE APOYA. Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído, no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se cumple con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 constitucional, por tanto, el acto reclamado es violatorio de garantías. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, enero de 1999, Tesis: VI.2o. J/123, p. 660.

Derecho a la asistencia consular

Aunque el nuevo artículo 33 constitucional no lo menciona expresamente, hay que tomar en consideración que en el trámite de detener y en su caso expulsar a cualquier persona extranjera, se deberá respetar también el derecho a la asistencia consular.

Respecto de este derecho a la asistencia consular hay que recordar el hecho de que el gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en la materia. La consulta fue desahogada por la Corte en la Opinión Consultiva 16/1999 (Carbonell, Moguel y Pérez, 2003: 1003-1097; García Ramírez y Del Toro, 2011: 65 y ss.).

La Corte recuerda que entre las consideraciones que dieron lugar a la consulta de México se encuentra el hecho de que el gobierno había hecho gestiones en favor de nacionales mexicanos detenidos por las autoridades norteamericanas que no habían sido informados de su derecho a la asistencia consular; en algunos casos, los mexicanos detenidos habían sido condenados a la pena de muerte (párrafo 46).

Hay que considerar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la que forman parte tanto Estados Unidos como México, establece en su artículo 36 lo siguiente:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

A) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

B) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente de ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

C) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello [...] (Gómez Robledo, 2005: 173-220).²⁴

²⁴Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963; entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, disponible en <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>. Fue precisamente este documento internacional el que habilitó al Estado mexicano a interponer una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América (9 de enero de 2003), respecto de 52 de sus connacionales que enfrentaban la pena de muerte. Dicha demanda, mejor conocida como *caso Avena*, fue resuelta en favor de México el 31 de marzo de 2004.

En la Opinión Consultiva que estamos analizando, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia (párrafo 80).

La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular.

La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informarle de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Un aspecto planteado por México tiene que ver con los alcances del artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de que la información sobre el derecho de comunicación consular se le debe dar a la persona detenida “sin dilación”. Para la Corte, al determinar el sentido de esa expresión, se debe tener en cuenta la finalidad a la que sirve la notificación al inculcado del derecho que le asiste. En este sentido, la Corte afirma que:

Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto [...] la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad (párrafo 106).

México consultó también si el derecho a la información consular podía enmarcarse, a la luz del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro de las garantías posibles para asegurar un juicio justo. A partir de este planteamiento, la Corte vincula el derecho de información consular con el concepto más amplio

del debido proceso legal. Conviene, sin embargo, reparar ahora en las consideraciones de la Corte sobre los alcances del “debido proceso legal”.

Para la Corte, la regulación de los procedimientos judiciales se ha ido enriqueciendo con la aparición de nuevos derechos en favor de los justiciables. Es decir, la Corte admite el carácter dinámico del proceso y asume la historicidad de los derechos al reconocer que el catálogo que los contiene —tanto en el ámbito nacional como en el internacional— no está cerrado y, en consecuencia, puede irse enriqueciendo progresivamente. En opinión de la Corte:

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados (párrafo 117).

La Corte vincula las garantías procesales del artículo 14 del Pacto con el derecho a la información consular y con el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales (lo que en el capítulo dos *supra* hemos llamado la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley). La Corte señala que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes nos llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (párrafo 119).

Las anteriores consideraciones justifican que se provea de traductor a la persona que desconoce el idioma en que se desarrolla el proceso, y que se atribuya al extranjero que está siendo procesado el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular (párrafo 120).

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

Otra cuestión planteada por México tenía que ver con las consecuencias de la violación por parte del Estado receptor de la obligación de informar al detenido sobre su derecho a comunicarse con su consulado. La Corte, al emitir su criterio sobre esta cuestión, recuerda que la pena de muerte es una medida de carácter irreversible y que, por tanto, el Estado debe ser muy estricto y riguroso con la observancia de las garantías procesales (párrafo 136).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena, se afectan las garantías del debido proceso legal y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4º y 6º, respectivamente).

La OC 16 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez (Carbonell, Moguel y Pérez, 2003: 1094-1097).

Para el juez García Ramírez, la OC 16 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular García Ramírez afirma que:

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

Para García Ramírez, el criterio adoptado en la OC 16 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia:

La admisión de este criterio —apunta nuestro juez— contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

Antes de terminar este apartado, quisiera apuntar dos cuestiones conclusivas que pueden resultar obvias. Por una parte, que la interpretación de la Corte a petición del gobierno mexicano por la situación de nuestros nacionales en Estados Unidos, resulta del todo aplicable al propio Gobierno mexicano. Es decir, que las autoridades mexicanas, al detener a una persona extranjera, deberán notificarle de inmediato el derecho que le asiste para poder contar con asistencia de la representación consular de su país y, con posterioridad, deberán permitir al personal de esa representación llevar a cabo todas las actividades relacionadas con esa asistencia.

Por otro, podemos concluir que en términos generales es obvio que las formalidades esenciales del procedimiento pueden ser ampliadas por los tratados interna-

cionales. Con frecuencia sucede que, en efecto, los tratados dan una cobertura protectora más amplia en casos de detención y procesamiento. Un ejemplo de esa ampliación puede encontrarse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, como ya vimos, fue mencionado de la Corte Interamericana en la OC 16.

Extranjeros y participación política

Respecto del ahora párrafo tercero del artículo 33 constitucional (era el párrafo segundo hasta antes de la reforma de 2011), conviene tener presente que se debe hacer una interpretación estricta y limitativa de lo que se entiende por “asuntos políticos del país”. Dichos asuntos deben ser entendidos en sentido estricto como los directamente relacionados con la materia electoral, porque de otra manera el mandato constitucional supondría una limitación indeterminada y sumamente amplia para los no nacionales.

La autoridad administrativa tendría un margen amplísimo de acción si por asuntos políticos entendemos todos aquellos que tengan que ver con actividades públicas (así, por ejemplo, sería inadecuado interpretar la disposición constitucional como la imposibilidad de los extranjeros para actuar en materia de política económica, de política social, de política de desarrollo, de política municipal, de política demográfica, de política ambiental, etcétera).

Toda vez que se trata de una norma restrictiva de derechos fundamentales, debe ser interpretada en forma estricta, como toda norma de excepción (ya que la regla general es la igualdad en la titularidad y disfrute de los derechos fundamentales de acuerdo con lo que señalan tanto el artículo 1º constitucional como diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México).

Bibliografía

- “Alegatos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM/Porrúa, 2002, tomo I.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, IJ-UNAM, 2005.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, CNDH, 2006.
- , Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, tomo I, México, Porrúa/CNDH, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.
- , Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

- DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.
- DELGADO BARRIO, Javier, “Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE, el control jurisdiccional de la administración y los principios generales del derecho”, en Sebastián Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2311-2355.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, México, UNAM/Porrúa, 2002.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., tomo I, Madrid, Civitas, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mauricio del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM/Porrúa, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2005, vol. 5, pp. 173-220.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, IJ-UNAM, 2011.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a. ed., México, Porrúa, 1989.

Artículo 33

Trayectoria constitucional

33 *Primera reforma*

Diario Oficial de la Federación: 10-VI-2011

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

En el marco de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos, se modifica el primer párrafo de este artículo, para incorporar el término “persona” en la definición de los extranjeros; y adiciona un segundo párrafo, que reconoce el derecho de previa audiencia en caso de su expulsión, misma que se llevará a cabo mediante un proceso administrativo, que se regulará exclusivamente a través de una ley.

Artículo 34

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 34 alude a la ciudadanía de los habitantes de la nación, es decir, el reconocimiento de una serie de derechos sustentados en los principios de igualdad y, entre ellos, el de la capacidad para participar en la elección de sus gobernantes. Esto no fue un paso menor, antes bien representó un rompimiento con las prácticas políticas del Antiguo Régimen, durante el cual los gobiernos los constituían directamente los monarcas. Uno de los quiebres de mayor trascendencia se dio con la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 6^o señaló que la ley era expresión de la voluntad general y todos los ciudadanos tenían el derecho de participar en su formación.

Asimismo, estableció que todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, eran igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.¹ Como puede apreciarse, hay una enorme trascendencia en el paso de súbditos a ciudadanos. Esta última categoría no sólo daba el derecho de participar en la constitución de las leyes y los gobiernos, sino incluso de participar en ellos.² De manera que la conformación de la ciudadanía fue uno de los puntos más importantes desde finales del siglo XVIII. Para el caso americano su conformación revistió una gran importancia, en particular a partir de los movimientos de independencia. Tras ese momento cada nación estableció los lineamientos para obtener la ciudadanía.

¹Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

²Sobre el tema véase Centro de Investigaciones de América Latina (comp.), *De súbditos del rey a ciudadanos de la nación*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2000.

34

Sumario Artículo 34

Introducción histórica Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	813
Texto constitucional vigente.	817
Comentario Francisco Ibarra Palafox y Aline Rivera Maldonado Breves reflexiones históricas sobre la ciudadanía, desde Grecia antigua hasta el siglo XXI	818
Teoría de la ciudadanía. Su significado y las diversas concepciones de la ciudadanía	830
La ciudadanía y el artículo 34 de la Constitución.	839
Bibliografía	844
Trayectoria constitucional	847

No obstante, uno de los primeros antecedentes se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz en 1812.³ Dicho ordenamiento señaló en su artículo 18 que se consideraban ciudadanos a los españoles que por ambas líneas tenían su origen en los dominios españoles de ambos hemisferios y estaban avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios. Se consideró ciudadano (art. 19) a los extranjeros que gozando de los derechos de español obtuviere en las Cortes una carta especial de ciudadano.

También lo serían los hijos legítimos de extranjeros domiciliados en las Españas que habiendo nacido en los dominios españoles no hubieran salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y que teniendo 21 años cumplidos se hubieran avecindado en un pueblo de los mismos dominios ejerciendo alguna profesión, oficio o industria útil. Por último, en su artículo 22 la Constitución citada dejó abierta las puertas a la ciudadanía a “los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África”. Las cortes expedirían cartas de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la patria y a los que ejercieran una profesión, oficio o industria útil con capital propio. Si bien esta Constitución fue pensada en el marco de la monarquía, puso los cimientos sobre los que se construyó la ciudadanía en los años posteriores a la independencia.

La Constitución de Apatzingán de 1814,⁴ señaló que se reputaban ciudadanos de América los nacidos en ella (art. 13) y los extranjeros radicados en este suelo que profesaran la religión católica y no se opusieran a la libertad de la nación (art. 14). Años más tarde, en el proyecto de Constitución formulado por Joaquín Fernández de Lizardi en 1825 puede verse de nuevo la importancia de la “utilidad” en la conformación de la ciudadanía, pues dicho texto contempló como ciudadanos a “todos los hombres que sean útiles de cualquier modo a la República, sean de la nación que fuesen”.⁵ De la misma forma se contempló en las Leyes Constitucionales de 1836, las cuales señalaron como ciudadanos a todos aquellos comprendidos en el artículo primero de las mismas leyes⁶ que tuvieran una “renta anual lo menos de cien pesos, procedente de capital fijo o mobiliario, o de industria o trabajo personal honesto y útil a la sociedad” (Ley primera, art. 7º).⁷

Asimismo, la fracción segunda del mismo artículo estipuló que eran ciudadanos los que hubieran obtenido carta especial de ciudadanía del Congreso General con los requisitos que estableciera la ley. Nótese entonces que para ejercer plenamente los derechos de ciudadanía era necesario tener cierta renta y modo honesto de vivir. Aquellos que no cumplieran con dicha renta anual podrían ser reconocidos como mexicanos

³Constitución Política de la Monarquía Española, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

⁴“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

⁵*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República, Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 970.

⁶En el artículo primero de la ley primera se señalan los requisitos para ser mexicanos, para esto véanse los antecedentes históricos del art. 30.

⁷Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

más no gozarían de los derechos otorgados por la ciudadanía. Como una forma de facilitar el acceso a la ciudadanía, el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales, elaborado en 1840, puso como monto de la renta 60 pesos en lugar de los cien señalados en éstas;⁸ no obstante, en la práctica esto no cambió mucho las cosas para la población pobre de México.

Es más, en años posteriores el acceso a la ciudadanía se dificultó aún más con los nuevos requisitos impuestos a ésta en el primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842. En dicho texto constitucional se señaló como ciudadanos mexicanos a todos los que obteniendo la calidad de mexicanos reunieran requisitos tales como haber cumplido 18 años siendo casado o 21 siendo soltero, y tener una renta anual de cien pesos, “procedentes de capital físico, industria o trabajo personal honesto, y saber leer y escribir desde el año de 1850 en adelante” (art. 20).⁹ Como puede apreciarse, el primer proyecto de constitución, además de volver a poner la cifra de la renta en 100 pesos, añadió la obligación de saber leer y escribir que empezaría a contemplarse a partir de 1850. Incluso, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana, promulgadas en 1843, se estableció, además de los requisitos ya mencionados, que la renta sería de 200 pesos.¹⁰

Cuatro años más tarde Mariano Otero, en su voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, señaló que el Congreso debería conceder el derecho de ciudadanía a todo mexicano que hubiera cumplido veinte años y no hubiera sido condenado en proceso legal a alguna pena infame y que tuviera modo honesto de vivir. Mas dicho personaje no estuvo de acuerdo en el requisito de una cuota para poder gozar de los derechos de ciudadano “porque nunca puede darse una razón que justifique más bien una cuota que otra”.¹¹ Esto fue retomado y publicado como parte del artículo primero del Acta Constitutiva¹² y en el artículo 22 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.¹³ Estos textos eliminaron la necesidad de una renta como requisito para ser ciudadano, y dieron preferencia a señalar la necesidad de tener un modo honesto de vivir y el no haber sido condenado en proceso legal a alguna pena infamante.

⁸Proyecto de reforma de la Nación Mexicana, su religión, territorio, condición general de sus habitantes, forma de gobierno y división del Poder Supremo, 1840, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1840_145/Proyecto_de_reforma_de_la_Naci_n_Mexicana_su_relig_233_printer.shtml.

⁹Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

¹⁰“Son ciudadanos los mexicanos que hayan cumplido diez y ocho años, siendo casados, y veintiuno si no lo han sido, y que tengan una renta anual de doscientos pesos por lo menos, precedente de capital físico, industria o trabajo personal honesto. Los Congresos constitucionales podrán arreglar, según las circunstancias de los Departamentos, la renta que en cada uno de estos haya de requerirse para gozar los derechos de ciudadano. Desde el año de 1850 en adelante los que llegaren a la edad que se exige para ser ciudadano, además de la renta dicha antes para entrar en ejercicio de sus derechos políticos, es necesario que sepan leer y escribir”. Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1842.pdf>.

¹¹*Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., p. 973.

¹²Acta Constitutiva y de Reformas, 1847, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>.

¹³Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 1856, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1856.pdf>.

Lo mismo consideró el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856.¹⁴ No obstante elaboró algunos cambios al señalar que se sumaría a los requisitos de ciudadano el saber leer y escribir a partir de 1860, y no ya de 1850 como se había señalado en 1842, muestra de que para entonces saber leer y escribir era todavía raro entre gran parte de la población a la cual se estaba buscando instruir mediante la creación de escuelas, colegios e institutos literarios en todo el país. No obstante, cuando en 1857 se promulgó la Constitución, en su artículo 34 sólo se pusieron como requisitos para ser ciudadano el “haber cumplido dieciocho años siendo casados, o veintiuno si no lo son [y] tener un modo honesto de vivir”.¹⁵ No se contempló entonces ni la renta ni la ausencia de alguna condena. Esto último, sin embargo, sí volvió a contemplarse en el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865 (art. 55).¹⁶

No obstante, dado que este último ordenamiento se dio por parte de Maximiliano de Habsburgo durante el Segundo Imperio Mexicano, su alcance fue limitado por lo efímero de su existencia como forma de gobierno. Tras desaparecer en 1867, la Constitución de 1857 recobró su vigencia. El mismo texto de 1857, que se limitó a los puntos de edad y modo honesto de vivir, fueron retomados en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 1916, y se plasmaron en el texto del artículo 34 de la Constitución de 1917.

¹⁴Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1856, art. 40, disponible en http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1856_149/Proyecto_de_Constituci_n_Pol_tica_de_la_Rep_blica__245.shtml.

¹⁵Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹⁶Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, 1865, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1865.pdf>.

Artículo 34

Texto constitucional vigente

CAPÍTULO IV

De los Ciudadanos Mexicanos

34

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I.** Haber cumplido 18 años, y
- II.** Tener un modo honesto de vivir.¹⁷

¹⁷Artículo reformado, *DOF*: 17-10-1953, 22-12-1969.

Comentario por **Francisco Ibarra Palafox** y **Aline Rivera Maldonado**

34

Breves reflexiones históricas sobre la ciudadanía, desde Grecia antigua hasta el siglo XXI

Ya Aristóteles señalaba que el ser humano es un ser social por naturaleza, y esta sociabilidad es fundamental en la concepción de ciudadano, ya que si toda persona pertenece a una sociedad, resulta una necesidad que cada uno de sus miembros pueda participar y ser escuchado por los demás. De esta concepción social del ser humano nace la *polis*, como fuera llamada la forma de organización política fundamental de los griegos, en cuya cultura por primera vez aparece en Occidente la ciudadanía.

Al respecto, es preciso tener presente que en Grecia la ciudadanía tuvo ciertas características fundamentales: sólo pertenecía a una élite —la de los hombres libres—, era hereditaria, estaba sujeta a la idea de libertad y representaba un vínculo de carácter religioso. En otras palabras, la posibilidad de ser ciudadano no era concedida a todos, sino únicamente a los hombres libres, derecho que se negaba no sólo a las mujeres sino a la mayor parte de la población en condiciones de esclavitud. Es decir, sólo algunos hombres griegos podían gozar de la ciudadanía, pues la Grecia antigua descansaba sobre una amplia base esclavista.¹⁸ Ahora bien, en la relación con la ciudadanía la *politeía* representaba la condición y derechos de un ciudadano o la ciudadanía misma, mientras que la condición de *politeúomai* se refería al ciudadano u hombre libre. La historia nos muestra que estos conceptos estuvieron muy unidos al desarrollo de la idea de democracia en las antiguas ciudades griegas.¹⁹

Asimismo, es importante señalar que en Grecia hubo algunos intentos para limitar los privilegios creados por la ciudadanía. De esta manera, en el siglo V a.n.e., cuando el estatus social y la situación económica eran determinantes para ejercer los derechos ciudadanos, se implementaron políticas destinadas a proteger los derechos de algunos sectores marginados, en el que no sólo no figuraron los esclavos, sino tampoco las mujeres. Tales prácticas tampoco implicaron el reconocimiento de la ciudadanía para estos últimos, con lo cual estas prácticas dejaron fuera de la participación política a una gran parte del pueblo griego.

Alrededor del año 450 a.n.e., Pericles hizo aprobar una ley que restringió la ciudadanía a sólo aquellos que hubiesen nacido de padre y madre griegos, con lo que se

¹⁸Mario de la Cueva, *La idea del Estado*, México, UNAM, 1986, pp.17-26.

¹⁹Mariateresa Galaz, "Historia del concepto de ciudadanía en la Atenas clásica", en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000, pp. 53-81.

restringía severamente reconocérsela a quienes, conforme a nuestras nociones actuales, tuvieran la nacionalidad griega, por lo que también se les negaba a los extranjeros. Esta ley se dirigía sobre todo a los integrantes de las clases bajas (compuesta por un gran número de extranjeros que habían emigrado a las ciudades griegas), pues a los griegos les preocupaba la competencia que representaban los extranjeros para el desempeño de cargos públicos.

Como en muchos otros aspectos torales de las instituciones políticas, el derecho romano retomó muchos de los principios de la cultura helénica en relación con esta noción esencial de la ciudadanía. Aunque en Roma no se estableció formalmente la nacionalidad como elemento fundamental de la ciudadanía (ello debido en buena medida a la expansión imperial de Roma, que la obligaba a estar en constante comunicación con otras culturas y recibir en sus ciudades a muchos extranjeros), existió la expresión *civitas*, así llamada por los romanos al conjunto de los *cives* o conciudadanos, que al mismo tiempo expresaba la idea de pertenencia a Roma.

El ciudadano romano solamente podía ser el varón libre de potestad, es decir, no sujeto a la tutela del padre, en virtud de lo cual los hijos de un ciudadano romano sólo podían adquirir un patrimonio y la ciudadanía misma una vez que el *pater familias* moría. Por lo que respecta a las mujeres, ellas podían adquirir la ciudadanía, pero no podían ejercer activamente sus derechos políticos, por lo que en la práctica eran excluidas de las decisiones de la *civitas* romana.

La ciudadanía era requisito indispensable para participar en el gobierno romano, y esta forma de participación democrática fue sobre todo importante durante la etapa de la historia romana denominada de la República. En efecto, después de la decadencia de la monarquía, tuvo lugar una nueva concepción de la ciudadanía y el tránsito hacia una nueva forma de gobierno: la República, que prometía prácticas más democráticas, pues en los primeros siglos de la historia de Roma, las prerrogativas que traía consigo la ciudadanía sólo eran concedidas a la clase aristocrática. Con la República, la participación política de los ciudadanos romanos se amplió y permitió el florecimiento de la democracia romana.

No obstante lo anterior, esta práctica democrática fue desapareciendo con la paulatina instauración del Imperio, ya que durante esta etapa el gobierno fue férreamente centralizado en los césares, quienes no obstante que siguieron tomando parecer al pueblo romano en general y, al Senado en particular, centralizaron el poder y fueron menos afectos a la política de los ciudadanos. Aunque con el paso del tiempo algunos plebeyos pudieron obtener la ciudadanía, es necesario tener en cuenta que este fenómeno tuvo lugar primordialmente durante la época del Imperio, momento en el cual la ciudadanía como forma de participación democrática había ya perdido la fuerza que tuvo durante la República.

En efecto, la expansión imperial de Roma motivó que la ciudadanía fuese reconocida a algunos miembros de aquellas regiones que iba conquistando el Imperio. De esta manera, los derechos y obligaciones ciudadanas se otorgaron a todos aquellos hombres libres que manifestaban su lealtad y obediencia al Imperio, aunque permanecieron ciertos usos para disciplinar a los nuevos ciudadanos: cada cinco años debían inscribirse e

inscribir a su familia en el censo y declarar cuánta riqueza poseían para que se pudiera calcular el monto de los impuestos, porque de no hacerlo podían devenir en esclavos.

Esta ampliación de la ciudadanía continuó extendiéndose cada vez más en Roma, hasta que aproximadamente en el año 212 d.n.e. el emperador Antonino Caracalla declaró ciudadanos romanos a todos los habitantes y hombres libres del Imperio, quienes debían cumplir con algunas obligaciones como el servicio militar y el pago del tributo. El hecho de favorecer a los hombres libres del Imperio con la ciudadanía, tenía como objetivo ganarse a las élites de las regiones conquistadas, pues sólo como ciudadanos se encontraban en posibilidades de auxiliar a Roma en sus aspiraciones imperiales.

De manera general, podemos decir que el elemento fundamental de la ciudadanía romana fue la libertad: sin ella no podía concebirse la idea de persona, pues el ser un hombre libre era un requisito indispensable para obtener el estatus político de ciudadano. En consecuencia, la ciudadanía romana se perdía cuando una persona dejaba de ser libre, y en otros casos, cuando renunciaba a ser parte de la comunidad romana o entraba voluntariamente en otra comunidad política, lo cual deja de manifiesto que no se podía detentar la ciudadanía de dos o más comunidades políticas.

Los derechos que detentaron los ciudadanos romanos fueron: en el ámbito civil, el *connubium*, es decir, la aptitud para contraer matrimonio, y el *commercium*, derecho para adquirir y transmitir la propiedad. En el ámbito político, el *ius suffragii*, o derecho a participar activamente en la vida política de Roma, y el *ius honorum*, es decir, la posibilidad de ser electos por sus conciudadanos. Al principio los ciudadanos que ocupaban un cargo público no recibían retribución alguna, ya que se consideraba un privilegio servir al pueblo y a Roma, aunque con el paso del tiempo se implementó la retribución pecuniaria a los servidores públicos.²⁰ En síntesis, la ciudadanía en la Roma antigua podía adquirirse, entre otras formas:

- a) Si se nacía ciudadano, con lo cual los niños y las niñas obtenían el estatus político de su padre,
- b) Si se alcanzaba esa calidad en el transcurso de la vida, como era el caso de los esclavos que podían obtener la ciudadanía si sus amos eran romanos y los liberaban mediante la formalidad y la solemnidad requeridas,
- c) Si el pueblo romano se la concedía a un extranjero,
- d) Si un extranjero ayudaba a la República romana, jurándole lealtad o,
- e) Si un extranjero era adoptado por un ciudadano romano.

Ahora bien, a partir del siglo I de nuestra era, vemos como paulatinamente va creciendo al interior de las provincias romanas un movimiento religioso y político que va a transformar de manera profunda la naturaleza de la ciudadanía romana, de la vida política y del estatuto general de la persona en Occidente. En efecto, el cristianismo como movimiento religioso-político, que tiene su origen en las provincias orientales del Imperio romano, postulará la igualdad intrínseca del ser humano y sostiene que todos

²⁰ José Ledesma, “La ciudadanía en la experiencia jurídica de Roma”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *op. cit.*, nota 2, p. 88.

los hombres y las mujeres son iguales ante los ojos del creador. Semejante proclama igualitaria tuvo un profundo impacto al interior de la sociedad dominada por Roma que, como hemos señalado, descansaba en una base social esclavista en la cual la mayoría de la población era esclavo o esclava, con una minoría de ciudadanos libres.

Ciertamente, conforme el cristianismo se expandía por las provincias romanas, los esclavos hacían suyo el discurso igualitario de la nueva religión. Desde luego, si consideramos que en sus primeros momentos el cristianismo era una religión adoptada por los esclavos, podrá comprenderse que la ciudadanía era, en estos momentos, considerada como una institución creadora de la desigualdad entre los hombres, pues era concedida sólo a los hombres libres. Ya hacia el final del Imperio y conforme se extendía cada vez más el cristianismo, la ciudadanía fue cada vez más asociada con la desigualdad y los privilegios concedidos a los hombres libres, mientras el cristianismo ganaba más adeptos entre los esclavos y, más tarde, entre algunos hombres libres, ciudadanos de Roma.

A partir del siglo I y hasta principios del siglo IV de nuestra era, el cristianismo se va extendiendo por todos los dominios romanos. Para principios de ese siglo IV, la población cristiana al interior de las provincias romanas era ya inmensa, lo cual hacía ya muy difícil el gobierno de Roma y de sus provincias para el emperador y las élites políticas romanas. En la misma ciudad de Roma se encontraban ya muchos cristianos, que criticaban profundamente el privilegio de los ciudadanos libres. De esta forma y con el propósito de ganarse a un pueblo que en buena medida se había convertido al cristianismo, el emperador Constantino I inició el proceso de convertir al cristianismo en una religión oficial.

El reconocimiento del cristianismo como religión oficial en las provincias romanas por Constantino y las posteriores adaptaciones que fueron realizando otros emperadores, como Dioclesiano, debieron tener un profundo impacto sobre la noción de ciudadanía. En efecto, a partir de este momento, la ciudadanía como estatuto que favorecía únicamente a los hombres libres, tal como en esencia había sido concebida durante siglos, tanto en Roma como en Grecia, debió perder gran parte de su fuerza. En su lugar se fue constituyendo una noción de igualdad ante Dios, en la que la antigua distinción entre hombre libre y esclavo desaparecía como noción esencial. Con la consolidación del cristianismo, se inicia en Occidente el eclipse del ideal ciudadano activo y secular (la persona que se afirma a través de la acción política) y principia la Edad Media, en la que el *homo politicus* es sustituido por el *homo credens* de la fe cristiana.

En otras palabras, hay un paradójico resultado con el declive de la ciudadanía y la aparición del cristianismo: si por un lado éste con su proyecto de igualdad tiende a diluir la desigualdad institucionalmente reconocida en Roma entre ciudadanos libres y esclavos; por otra parte, el ciudadano activo en el terreno político es desplazado, desde el comienzo de la Edad Media, por el creyente y la noción de ciudadanía pierde significativa importancia como institución que permite la participación política de los iguales en el gobierno, para ser desplazada por una noción de igualdad teológica desprovista de participación política, en la cual las personas son iguales ante Dios pero carecen de juicio para participar activamente en los asuntos públicos.

Y aunque sería un error considerar que desaparecen las instituciones seculares sobre la política, como la democracia, la ciudadanía y otras formas de participación en los asuntos políticos, éstas son desplazadas por el cristianismo medieval que trasladó la fuente de autoridad y sabiduría de los representantes seculares a los religiosos. De esta forma, durante la Edad Media, toda la Europa cristiana estará sujeta a las autoridades teocráticas: la Iglesia católica romana y el Sacro Imperio Romano.²¹

La institución de la ciudadanía reapareció con fuerza hasta el resurgimiento del republicanismo clásico que tuvo lugar durante el renacimiento temprano, especialmente en las ciudades de Italia, con lo que el significado de “la ciudadanía activa de la República” se transformó en una de las preocupaciones esenciales de la teoría política de la época. En este sentido, es importante señalar que los pensadores políticos de este renacimiento inicial revisaron la noción que los atenienses tenían sobre la ciudadanía, en virtud de lo cual bajo las directrices de los filósofos griegos, sobre todo Aristóteles y Platón, los pensadores renacentistas reformularon las nociones de la República y la ciudadanía. Aunque el concepto de *polis* mantuvo un lugar importante en la teoría política de la época y en especial en Florencia, dejó de ser considerada como un medio esencial para alcanzar la autorrealización de sus integrantes. En su lugar, se puso el acento en la virtud cívica como el medio apropiado para el ejercicio del gobierno y, sobre este punto, se puede apreciar cómo muchos de los autores italianos del Renacimiento rescataron el pensamiento de autores romanos como Cicerón, que habían desarrollado un esquema esencial de virtudes que debían ejercer los ciudadanos de cualquier organización política.²²

El núcleo del argumento republicano descansaba en la libertad de la comunidad política, es decir, en el supuesto de que las ciudades italianas del Renacimiento, como Florencia o Venecia, no debían rendir cuentas a ninguna otra autoridad que no fuesen ellas mismas. En este sentido, el autogobierno era la base de la libertad, junto con el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos comunes. Desde la perspectiva del renacimiento republicano, que como hemos dicho, retoma el pensamiento grecolatino, un ciudadano era alguien que participaba en la tarea de asumir responsabilidades y otorgar su opinión en los asuntos comunes, es decir, la ciudadanía significaba la participación en la vida política. Esta definición de la ciudadanía, tal como la encontramos en las ciudades renacentistas italianas, resultaría difícil de comprender en las democracias modernas, donde tales funciones las desempeñan los representantes y funcionarios del Estado, ya que en el restringido espacio que concede la política contemporánea a sus ciudadanos hubiese sido considerada por los renacentistas republicanos, los griegos y romanos como antidemocrática.

Este proceso de recuperación de la noción de ciudadanía que se inicia en el Renacimiento se acentuaría con el advenimiento de la Ilustración. En efecto, el arribo de las ideas de la Ilustración y de los levantamientos contra los regímenes monárquicos

²¹David Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 28 y 29.

²²Quentin Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

absolutistas resaltó la reivindicación de aquellas ideas que proclamaban al ser humano como el eje fundamental de todo instrumento jurídico-político, al tiempo que hacía hincapié en la necesidad de recuperar la participación de los hombres en sus gobiernos. Este nuevo pensamiento se cristalizó en dos instrumentos clave para el desarrollo del concepto contemporáneo de ciudadano: la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa. Estas declaraciones contienen una notable influencia de pensadores como Locke, Rousseau y Montesquieu, cuyas ideas fueron fundamentales para el desarrollo de una nueva concepción del derecho y de nuevas formas que permitieran contrarrestar el abuso del poder existente durante el desarrollo de los gobiernos monárquicos europeos.

En efecto, la paulatina desaparición de los regímenes monárquicos hizo necesaria la creación de instrumentos que permitieran distribuir y controlar el poder político, lo que era posible mediante la ciudadanía que era reconocida en estos documentos, pues posibilitaba que los hombres participaran en el ejercicio del mismo poder político. Surgió así una nueva relación político-jurídica: eran los ciudadanos quienes encomendaban al Estado vigilar y proteger los nuevos derechos del pueblo soberano. Este nuevo contrato social restituía al pueblo la potestad soberana de destituir al gobierno que no garantizara el cumplimiento de las funciones que le fueron delegadas (la posibilidad de destituir al mal gobernante, ya venía siendo examinada por los pensadores neoescolásticos del siglo XVI español). De esta manera, por medio de un escudo jurídico se truncaba la posibilidad de que se restablecieran gobiernos tiránicos y se ponía en el centro de la vida política el estatuto ciudadano.

En la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, por vez primera los derechos que se reclaman no son los “concedidos” al pueblo por el monarca, sino que eran derechos inherentes al hombre por su propia naturaleza. En este tenor, los hombres y mujeres se conforman como una organización política cuyo fin primordial consiste en proteger esos derechos, pero para alcanzar este fin es inevitable que cedan parte de sus derechos a la sociedad y a través de las leyes se establezcan las formas en que se protegerán.²³

En la búsqueda de nuevos mecanismos que permitieran la participación y el control popular se inscribe el establecimiento del principio de representación que reforzaba la nueva concepción del “ciudadano”. De esta manera, la posibilidad de participar activamente en las decisiones de la sociedad quedaba reservada a aquellos sujetos que mejor representaran los intereses de sus electores, pues las dimensiones de los Estados nacionales ya se habían consolidados para el siglo XVIII, hacían indispensable el ejercicio de los derechos ciudadanos a través de la figura de la representación.

En efecto, la democracia directa sólo fue posible en una sociedad política compuesta de pocos ciudadanos, como lo fue la *polis* griega; por el contrario, ya al entrar a la edad moderna, los nacientes Estados nacionales europeos podían ser sociedades políticas de millones de personas, en los que cualquier tipo de representación directa

²³José Antonio Caballero, “La idea de ciudadanía en la revolución de independencia de los Estados Unidos de América”, en Arredondo Ramírez (coord.), *op. cit.*, nota 2, p.16.

se hacía imposible, en virtud de lo cual, era indispensable la intermediación de políticos profesionales, dedicados a la representación de los intereses de otros ciudadanos.

No obstante los avances que significó esta Declaración, tampoco permitió conquistar a las mujeres y hombres de color la calidad de ciudadanos, por lo que el ideal de igualdad que se proclamaba en su artículo primero lo rebasaban los estigmas de una sociedad que aún no superaba las prácticas discriminatorias y anquilosadas de las sociedades antiguas, lo que obstaculizaba el alcance de la democracia en América. Del mismo modo, en Francia la Revolución de 1789 constituyó un evento político sin comparación en Europa, pues tenía como uno de sus proyectos principales la caída de la monarquía de Luis XVI y todo lo que ello representaba: la destrucción de una nobleza y todo un sistema de privilegios, en aras de levantar una sociedad de iguales, postulados por una pujante burguesía que deseaba abrirse más espacios políticos. Como bien dice Carré Malberg:

Era el comienzo de la destrucción de los órdenes o estados y el triunfo de los conceptos políticos del Tercer Estado, o sea, de la burguesía. Ésta, en efecto, para afirmar su supremacía, tenía que combatir a los antiguos órdenes privilegiados. Desde entonces, los hombres que tomaban la dirección de la Revolución se vieron llevados a exponer el concepto de que el Estado no está formado por clases, grupos ni corporaciones con intereses especiales, sino únicamente por individuos iguales entre sí y entre los cuales no puede establecerse distinción política.²⁴

Con el derrocamiento de la monarquía y la decapitación de Luis XVI, una nueva forma de gobierno, sostenida en la noción de ciudadano, se establecía por primera vez en Europa. En efecto, a partir de la Revolución Francesa, la concepción de ciudadano, que descansaba en una noción individualista e igualitaria de los hombres, se robustecía. Por lo que respecta a esta base igualitaria, el artículo 1° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano decía: “los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos”,²⁵ lo que rompía definitivamente con la tradición de privilegios propia de la monarquía y dejaba en el olvido la distinción de derechos obtenida por el estatus social o la situación económica como un elemento para acceder a la ciudadanía, con lo cual podemos confirmar que, “la proclamación de la igualdad de los hombres ante la ley, es el primer basamento del concepto contemporáneo de ciudadano”.²⁶

Sin duda, la Declaración francesa bosqueja los cimientos del Estado moderno, especificando manifiestamente los límites del Estado, y su equivalente en la sociedad: a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, por primera vez se dota al ciudadano de poder de decisión y participación dentro del Estado moderno, lo que contribuyó de manera notable al desarrollo de la idea de democracia en los Estados contemporáneos.

²⁴R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 1948, p. 949.

²⁵George Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, p. 96.

²⁶Marcia Muñoz de Alba, “El concepto de ciudadano a partir de la Revolución francesa”, en Arredondo Ramírez (coord.), *op. cit.*, nota 2, p. 145.

Pero no sólo esta Declaración sentaría las bases para el otorgamiento de la ciudadanía a todos los integrantes del Estado, también la Revolución Francesa y su Declaración serían las causantes de una gran conflagración militar europea que, en la práctica, haría necesario el reconocimiento de la ciudadanía universal. Me explico, la caída definitiva de la monarquía en Francia ponía en peligro a las otras monarquías europeas que temían que el nuevo discurso ciudadano e igualitario llegara hasta ellas y pusiera en entredicho la legitimidad de sus privilegios cortesano-monárquicos; en consecuencia, fueron hostiles al nuevo gobierno popular-burgués francés y le declararon la guerra.

La defensa inicial que puso en marcha Francia para defender su Revolución contra las monarquías europeas y la posterior etapa de defensa y expansión que tuvo lugar con las guerras napoleónicas, pusieron en armas a millones de hombres a todo lo ancho y largo del continente europeo, lo que tuvo como consecuencia que estas guerras se convirtieran en los movimientos bélicos que más seres humanos movilizaron hasta ese momento. De aquí nació la idea de que cada ciudadano era a la vez un soldado en defensa de su patria, en consecuencia, se debía reconocer la ciudadanía al mayor número de hombres como fuera posible, pues las guerras que inauguraban el siglo XIX así lo exigían.

Esta idea fue en particular importante en Francia y permitió a Napoleón constituir un ejército verdaderamente ciudadano, que pudiese rivalizar con las potencias extranjeras que amenazaban los logros de la Revolución. De esta manera, no fue extraño que en los ejércitos napoleónicos hubiese extranjeros que se alistaban con el único propósito de obtener la ciudadanía, o bien ciudadanos franceses que consideraban que luchar por la Revolución era la única manera de conservar su estatus igualitario, pues si la Revolución fracasaba y la monarquía fuese restaurada, los privilegios, pensaban, serían restaurados.

El mismo Napoleón fue útil a este propósito, pues a diferencia del resto de la élite militar europea, constituida esencialmente por nobles, Napoleón era un soldado que había ascendido en la escala militar por sus propios méritos, en otras palabras, era un simple ciudadano, un hijo del pueblo, como le decían los franceses. Inevitablemente, el resto de los Estados europeos también se vio en la necesidad de incorporar a cientos de miles e inclusive millones de hombres a sus ejércitos, lo que parecía imposible mientras se mantuviera el antiguo estatus que consideraba el ejercicio de las armas como privilegio de la nobleza; para incorporar al pueblo al ejército había necesidad de hacerle sentir que era parte de la vida del Estado, y que los intereses de éste eran también los suyos, es decir, había necesidad de incorporarlo a la vida política de su sociedad. En este sentido, el reconocimiento de la ciudadanía universal era un excelente instrumento. En síntesis, conforme la estrategia militar del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX requerían de la presencia de millones de seres humanos en los campos de batalla, esta noción político-militar de la ciudadanía se extendería, primero, por toda Europa y después por el resto del mundo.²⁷

²⁷Anthony Giddens, *Modernity and self identity. Self and Society in the late Modern Age*, Cambridge (GB), Polity Press, 1991. Hay traducción al español: *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Barcelona, Editorial Península, 2000.

Ahora bien, independientemente de la vinculación político-militar de la ciudadanía, ésta, como ya hemos dicho más arriba, fue extendiéndose como un justo reclamo de igualdad por toda Europa y en los nacientes Estados latinoamericanos que obtenían su independencia a principios del siglo XIX. De esta manera, las nociones de ciudadanía y soberanía popular serían esenciales en ese siglo, que es sin dudas, uno de los momentos más importantes de consolidación del Estado nacional moderno. Estado nacional y ciudadanía van juntas en este momento, como bien lo ha señalado Habermas:

La autoconciencia nacional de la gente proveyó un contexto cultural que facilitó la activación política de la ciudadanía [...] Con la transición a un Estado nacional democrático [...] la ciudadanía ganó el adicional significado político y cultural de un logro perteneciente a la comunidad de ciudadanos autorizados, los cuales activamente contribuyen a su mantenimiento.²⁸

Sin embargo, también es justo señalar que el reconocimiento de la ciudadanía fue un proceso lento a todo lo largo del siglo XIX, pues “la burguesía, clase impulsora de este movimiento revolucionario, siguió protegiendo los derechos políticos para sí”,²⁹ ya que en general la ciudadanía era esencialmente reconocida, no sólo a quienes podían formar parte de las filas militares, sino también a quienes poseían un patrimonio y podían contribuir esencialmente al fisco; es más, la posibilidad de ser representante en los órganos de gobierno era esencialmente reconocida sólo a quienes tuvieran una riqueza que los respaldara.

Desde luego que semejante práctica pasaba por la discriminación de las mujeres y de las minorías etno-culturales al interior de esos Estados nacionales. Esta forma de la ciudadanía censitaria, es decir, reconocimiento pleno de la ciudadanía sólo a los hombres blancos y con patrimonio, fue característica de Inglaterra y de otros Estados europeos durante buena parte del siglo XIX, así como de los Estados Unidos de América, país este último que vio desaparecer la esclavitud hasta muy avanzado ese siglo y después de una sangrienta guerra civil. Más aún, el derecho al voto para las mujeres fue un logro básicamente del siglo XX y, apenas en 1971, Suiza lo reconoció a sus mujeres. El último gran momento de expansión de la ciudadanía tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX y tiene dos acontecimientos clave:

- a) La caída de los imperios coloniales, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, y
- b) La paulatina extensión del gobierno democrático a partir, principalmente, de la década de 1980. Por lo que respecta a la caída de los imperios coloniales, hay que resaltar que durante toda la etapa colonial a los habitantes de los territorios ocupados por las potencias europeas en África y Asia, en particular, se les negó una plena ciudadanía, pues aunque muchas veces eran reconocidos como ciudadanos de las metrópolis (como franceses o ingleses), en realidad no podían participar realmente en la vida política, pues estaban impo-

²⁸J. Habermas, “El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía”, en *Alegatos*, núm. 31, México, UAM-Azcapotzalco, 1995, pp. 529-530.

²⁹Muñoz de Alba, *op. cit.*, nota 2, p. 148.

sibilitados para elegir a sus representantes, tanto en sus naciones originales como en las metrópolis imperiales. Una vez que las potencias coloniales comenzaron a retirarse de sus antiguas colonias, éstas se constituyeron en Estados nacionales y comenzaron el proceso de su consolidación ciudadana, permitiendo a sus nacionales ir participando en sus asuntos políticos, a través del reconocimiento pleno de la ciudadanía. Este es el caso de naciones como India, Vietnam o Argelia.

La segunda gran etapa de este último gran momento de expansión del estatuto ciudadano tiene lugar, como dijimos, muy recientemente, en especial a partir de la década de 1980. Entonces muchos Estados nacionales se integraron a ese gran movimiento global de expansión de las democracias, con lo que comenzaron a abandonar poco a poco formas de gobierno autoritarias o cuasi-autoritarias y asumieron en su lugar la democracia. En Europa tenemos los casos de España, Portugal y Grecia; destaca de manera particular el caso español, no sólo por la pacífica transición política, sino también por su despegue económico.

También en Latinoamérica tenemos casos notables, como los de Argentina, Brasil y Chile, pues su tránsito de dictaduras militares a democracias presidenciales tuvo lugar de manera pacífica. México, dentro del contexto latinoamericano, es un caso tardío de incorporación a la democracia, pues apenas hasta el año 2000 transitó de un sistema de partido predominante a uno de verdadera competencia electoral. Sin embargo, en el caso de los países latinoamericanos se ha insistido que el déficit social que mantiene todavía a un porcentaje muy alto de la población en la pobreza pone en riesgo a estas frágiles y nuevas democracias.

Finalmente, nos interesa destacar que el final del siglo XX y el principio del nuevo milenio han presenciado un impresionante movimiento migratorio global, que incita a repensar la noción de ciudadanía, pues ahora estamos observando cómo millones de seres humanos viven fuera de sus lugares de origen y se han trasladado a otros Estados nacionales en busca, principalmente, de mejores condiciones económicas y no gozan de ninguno de los derechos políticos esenciales del estatus ciudadano, lo cual los coloca en una posición de franca desigualdad frente al resto de la población. Sólo con el propósito de ilustrar la magnitud de este fenómeno, diremos que para 1995 la población extranjera de los países que integraban la Organización Europea para la Cooperación Económica y el Desarrollo era de 19 millones, de los cuales menos de siete millones eran ciudadanos de la Unión Europea.

Los residentes extranjeros en Alemania sumaban 9 por ciento de la población; 19 por ciento en Suiza; 6 por ciento en Francia, y 1 por ciento en Japón. Los Estados Unidos tenían 25 millones de residentes nacidos en el extranjero en 1996, 9 por ciento del total de la población; Canadá tenía 5 millones o 17 por ciento de su población; Australia tuvo cuatro millones o 23 por ciento de su población.³⁰ Además, han tenido lugar fenómenos migratorios atípicos como el que se presenta entre México y los Estados Unidos, ya que, por ejemplo, para el año 2000 se estimaba que había 7'841,000

³⁰Stephen Castles y Alastair Davidson, *Citizenship and Migration. Globalization and the politics of belonging*, Malaysia, Macmillan Press LTD, 2000, p. 64.

personas residentes en ese país que habían nacido en México, por lo que los inmigrantes mexicanos constituían en ese año 27.69 por ciento de la población total estadounidense nacida en el extranjero.

Asimismo, los hispanos representan 12 por ciento de la población estadounidense total en el 2000, de los cuales dos tercios son de origen mexicano y se estima que representarán 25 por ciento de la población en 2040.³¹ Al respecto, es importante señalar que casi todos los Estados nacionales han experimentado algún tipo de emigración o inmigración y, frecuentemente, ambos fenómenos. En este sentido, parece claro que no obstante los intentos para reducir la migración y controlar las fronteras de los Estados que mayor flujo de inmigrantes reciben, no hay razón para pensar que este fenómeno disminuirá en el futuro próximo.

El fenómeno migratorio mundial está compuesto, sobre todo, por dos grupos de inmigrantes: la migración regular y la irregular. En el primer caso casi no tenemos problemas, pues los inmigrantes han ingresado al Estado receptor bajo un programa oficial que ampara su acceso y estancia legal, y es muy probable que a esos inmigrantes se les reconozca la ciudadanía después de un periodo de residencia. En cambio, en el segundo grupo es donde aparecen los mayores problemas, ya que a los inmigrantes irregulares se les niega de forma sistemática la ciudadanía (y la nacionalidad, según que el sistema jurídico distinga entre ciudadanía y nacionalidad, como veremos más adelante) y se les excluye casi permanentemente de la vida social y política.

La inmigración irregular está integrada, a su vez, por otros dos subgrupos: en el primer subgrupo se encuentran todas aquellas personas que son admitidas sobre bases humanitarias, como los refugiados, o que han adquirido la posibilidad individual de inmigrar, como es el caso de los trabajadores admitidos para labores específicas. El segundo subgrupo está integrado por todos aquellos que se las arreglan para atravesar fronteras de manera clandestina, o permanecer en el Estado nación que los ha recibido más tiempo del que les permite su visa. Al primer subgrupo, normalmente los Estados liberales les niegan la residencia y cuando se les llega a conceder, entonces lo que se les niega es el acceso a la ciudadanía, con lo que se les mantiene al margen de la sociedad.

A los miembros de la segunda categoría se les niega en definitiva tanto la residencia como la ciudadanía, con lo que se les mantiene excluidos de la sociedad principal, y cuando se les encuentra son deportados definitivamente. En ambos casos, la marginación de estos inmigrantes irregulares nos enfrenta al hecho de que millones de seres humanos vivan excluidos de la ciudadanía, y ello constituye en sí un elemento de terrible desigualdad.³²

Sin duda, el fenómeno de los inmigrantes indocumentados constituye en la actualidad uno de los mayores problemas que enfrentan los Estados nacionales, y en particular las democracias contemporáneas en relación con el número de personas que no gozan de ciudadanía, pues sus números son impresionantes. No existen cifras confiables en el mundo; sin embargo, se estima que sólo en Estados Unidos para 2003 debió

³¹Samuel P. Huntington, *Quiénes somos*, Barcelona, Paidós, 2004, cap. 9.

³²Rainer Baubock, Agner Heller y Aristide R. Zolberg, *The Challenge of Diversity*, EUA, Avebury, 1996, pp. 7-9.

haber entre ocho y diez millones de trabajadores indocumentados, de los cuales se estimaba que 4.8 millones eran mexicanos.³³ En Europa el número de inmigrantes indocumentados se aproxima al 10 por ciento de los residentes legales extranjeros, lo cual puede arrojar una cifra de algunos millones de personas en los Estados desarrollados de Europa.³⁴

El mayor número de trabajadores indocumentados que se debe encontrar en un solo Estado nacional es en Estados Unidos, donde millones de trabajadores mexicanos, y de otros muchos países, han sido empleados en la agricultura, la industria y los servicios desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y en particular desde 1965 con la ley de inmigración de ese año.³⁵ Así, por ejemplo, las estimaciones del número de mexicanos que logran entrar indocumentados cada año a Estados Unidos es de alrededor de 105,000 cada año, según una comisión binacional mexicano-estadounidense, y de 350,000 por año durante la década de 1990, según la autoridad migratoria de los Estados Unidos. Conforme a fuentes estadounidenses, se estima que dos tercios aproximados de los inmigrantes mexicanos que han ingresado a Estados Unidos desde 1975 lo han hecho como indocumentados.

En síntesis, este fenómeno migratorio nos obliga a repensar la necesidad de definir a la ciudadanía, pues de otra manera dejaremos en los márgenes de esas sociedades políticas a los millones de inmigrantes que se han trasladado a los Estados receptores en busca de una mejor forma de vida. El hecho de no reconocerles la ciudadanía después de un periodo razonable de tiempo no sólo les niega el derecho de participación política que todo Estado nacional necesita para gozar de legitimidad, sino que también en paralelo les margina de toda igualdad socioeconómica frente al resto de la población.

La discriminación del estatuto tiene una larga tradición: sistemas de discriminación institucionalizada como la esclavitud, el trabajo no regulado y el *apartheid* han sido centrales en los tiempos modernos. Actualmente, la negativa de los Estados nacionales a otorgar la ciudadanía y los derechos asociados con ella, ocasiona que diversas categorías de personas en el mundo no disfruten de las condiciones mínimas para desarrollar su personalidad en términos de justicia.³⁶ En efecto, la ciudadanía constituye en la actualidad un requisito indispensable en los Estados nacionales para que las personas gocen de los derechos y las libertades básicas que todo Estado democrático debe conceder. En consecuencia, la persistencia de los Estados en negarles la ciudadanía a millones de trabajadores extranjeros, buscadores de asilo y trabajadores indocumentados y, consecuentemente, la negativa a reconocerles los más esenciales derechos y libertades básicas, contradice el principio de igualdad básico de todo Estado democrático.

En virtud de lo anterior, es necesario reflexionar en la nueva situación de la que todos formamos parte en la actualidad, ya que a partir de la idea de globalización los estándares y paradigmas que fueron determinantes para comprender nuestras socieda-

³³Samuel P. Huntington, "El desafío hispano", en *Letras Libres*, abril de 2004, p. 14.

³⁴Castles y Davidson, *op. cit.*, nota 12, pp. 71 y 72.

³⁵Sobre los trabajadores mexicanos irregulares en los Estados Unidos puede consultarse el muy comprensivo libro de Jorge Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

³⁶Castles y Davidson, *op. cit.*, nota 12, pp. 69 y 70.

des se han ido modificando, y en este contexto, la ciudadanía no ha sido la excepción, pues aunque su concepto ha sido frecuentemente enlazado al lugar de origen, hoy es preciso preguntarnos cuáles son los alcances del estatuto ciudadano, evidentemente atendiendo la situación e insuficiencias político-jurídicas de cada Estado, como acertadamente señala Habermas:

Actualmente todos nosotros vivimos en sociedades plurales que se alejan del formato de nación Estado basado sobre una población más o menos homogénea culturalmente [...] pero escondida detrás de la fachada de la homogeneidad cultural aparece el mantenimiento opresivo de la cultura mayoritariamente hegemónica.³⁷

En consecuencia, se torna indispensable reflexionar sobre la ciudadanía como factor de integración al Estado nacional de la diversidad etnocultural generada por la inmigración. Por lo tanto, debemos comenzar por replantear qué debe ser la ciudadanía en los Estados democráticos que poseen una creciente diversidad etnocultural producto de la inmigración, ya que si no existiera la posibilidad de integrarlos en la ciudadanía, ¿dónde estaría la legitimidad de las instituciones políticas si no pueden basarse en los principios de igualdad situados en el centro mismo del Estado democrático y de la noción de ciudadanía? ¿Sería justo un Estado cuyo gobierno pretenda gobernar incluso sobre los trabajadores extranjeros, los buscadores de asilo y los inmigrantes indocumentados (quienes están sujetos a ese gobierno), pero no les concediera a éstos la posibilidad de adquirir la ciudadanía una vez que hayan cumplido con las condiciones mínimas de igualdad en relación con el resto de la población? Así las cosas, reflexionemos sobre lo que es y debe ser la ciudadanía, pues el hecho de poseer una noción insuficiente acerca de ésta ha sido causa de las más profundas desigualdades e injusticias que sobre ciertos grupos humanos podamos dar registro en la época contemporánea.

Teoría de la ciudadanía. Su significado y las diversas concepciones de la ciudadanía

Las concepciones sobre la ciudadanía han sido numerosas, cada sociedad establece las pautas y los elementos que la conforman con base en su cultura, su historia y, más aún, con base en el rumbo que desean darle a su organización política y jurídica. Sin embargo, de manera muy general, podemos decir que ciudadanía es el estatuto a través del cual se reconocen los derechos políticos esenciales a una persona para que participe en la integración de su gobierno, o bien, forme parte del mismo gobierno. Ciudadano, en consecuencia, es todo aquel habitante de un Estado que posee derechos políticos y, además, tiene la posibilidad de ejercerlos.

Para empezar, es importante señalar que existen órdenes jurídicos que distinguen entre ciudadanía y nacionalidad, como los de algunos países latinoamericanos, entre

³⁷Habermas, *op. cit.*, nota 10, p. 533

ellos México; mientras otros no distinguen y se refieren sólo a la ciudadanía, como sucede en la mayoría de los países con tradición jurídica angloamericana. En efecto, en el primer caso, basta con que la persona obtenga la nacionalidad para que se le reconozcan los derechos fundamentales que otorga la Constitución, y la ciudadanía es una noción esencialmente referida a los derechos políticos, tal es el caso mexicano. Otros órdenes normativos, en cambio, no distinguen entre nacionalidad y ciudadanía, o más aún, sólo se refieren a la ciudadanía como el requisito esencial para gozar de los derechos y las libertades fundamentales que reconoce la Constitución, al tiempo que también se refiere al reconocimiento de los derechos políticos fundamentales. Como bien dice Diego Valadés, la distinción entre ciudadanía y nacionalidad tiene su origen en Latinoamérica:

La Constitución de Estados Unidos no distingue, como en la mexicana, entre nacionalidad y ciudadanía [...] El concepto constitucional de ciudadano apareció en Francia, en 1791, pero la Constitución no contempló la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, como tampoco lo hizo la Constitución gaditana de 1812. La primera Constitución que diferenció entre nacionales y ciudadanos fue la peruana de 1823. En México la distinción forma parte del orden constitucional desde 1836. En la actualidad, con excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, todas las constituciones latinoamericanas hacen la diferenciación. Se trata de una institución propia del constitucionalismo latinoamericano, por lo que su comprensión se dificulta en otros sistemas. De manera general, se ha entendido por casi dos siglos que la nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona y un Estado, en tanto que la ciudadanía es un requisito para ejercer derechos políticos. Los nacionales son titulares de todos los derechos fundamentales que las constituciones reconocen, excepto los de naturaleza electoral. El constitucionalismo latinoamericano se incorporó así a la corriente de los derechos fundamentales trazada por Estados Unidos y Francia en el siglo XVIII, y a la vez construyó una defensa ante la presencia de numerosos naturales que, se temía, seguían observando lealtad a la Corona española.³⁸

Hecha la aclaración anterior, es importante hacer una breve reflexión sobre qué es la noción de ciudadanía y qué significa ser ciudadano. Para ello examinemos qué es la ciudadanía. La primera respuesta que podemos ofrecer es que la ciudadanía significa “lo opuesto de ser un simple sujeto, [pues implica una relación] del individuo con el Estado y sus autoridades, mediante la cual los gobernados disfrutan de derechos básicos”.³⁹ Esta primera respuesta equivale a la noción de nacionalidad en algunos de los sistemas jurídicos latinoamericanos, como el mexicano, y por ella el individuo deja de ser un objeto y se transforma en un *sujeto de derechos*, pues a través de la nacionalidad la persona adquiere los derechos y las libertades básicas. En este sentido, podemos apreciar cómo en los sistemas jurídicos en los que no se distingue entre nacionalidad y ciudadanía, ésta se ha convertido en requisito indispensable para que las

³⁸Diego Valadés, *Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos. Documento de trabajo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, julio de 2004, p. 12.

³⁹Rainer Bauböck, *Transnational Citizenship. Membership and rights in international migration*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 1994, p. vii.

personas adquieran en los Estados nacionales los derechos y las libertades básicas que todo Estado democrático debe reconocer. Siguiendo a Bauböck, en segundo lugar, la ciudadanía también significa:

Que las personas puedan ejercitar control directa o indirectamente sobre los gobiernos, ya sea a través de su participación en las deliberaciones políticas, o a través del voto en temas específicos o mediante la elección de sus representantes.

En este segundo sentido se entiende la ciudadanía en la mayoría de los países latinoamericanos, como México, y se relaciona con los derechos y las libertades políticas esenciales (votar y ser votado), así como con el derecho de igualdad para acceder a los cargos públicos. Una tercera respuesta a qué significa la ciudadanía y que no es menos importante, es que la ciudadanía también puede significar “que las personas son iguales como miembros de una entidad política determinada”.⁴⁰

En este tercer sentido, diríamos que la ciudadanía aparece ligada fundamentalmente al principio de igualdad. Por ello, cuando la ciudadanía es negada a millones de personas en todo el mundo, se les coloca en una posición de franca desventaja frente al resto de la sociedad que sí goza de esa ciudadanía. La igualdad, en este sentido, debe entenderse en tres sentidos: igualdad de todos, incluidos los integrantes de las minorías étnoculturales producto de la inmigración, para disfrutar de los derechos y las libertades fundamentales; igualdad de todos para acceder a los beneficios socioeconómicos, e igualdad de todos para acceder a los puestos públicos del Estado y decidir cómo se deben manejar los asuntos públicos. Como se podrá desprender de las anteriores consideraciones, la ciudadanía se ha convertido en un presupuesto constitucional indispensable para que las personas puedan gozar de los derechos de igualdad que todo Estado democrático debe garantizar.

En efecto, el hecho de que los trabajadores extranjeros, los buscadores de asilo y los inmigrantes indocumentados carezcan de toda posibilidad de controlar al gobierno al que efectivamente se encuentran sujetos —pues no tienen ninguna posibilidad de votar, ni de elegir a sus representantes, ni de participar en las deliberaciones políticas que les son de interés— atenta contra los derechos y las libertades políticas que toda persona debería gozar en un Estado democrático, así como al derecho de igualdad para acceder a los cargos públicos. Más aún, atenta contra los presupuestos esenciales de cualquier Estado democrático pues, ¿qué legitimidad democrática puede existir en un Estado cuyos gobernados no pueden participar de ese gobierno, ni influir en su dirección?

Este estatuto de igualdad que otorga la ciudadanía no sólo es indispensable para participar en el gobierno de los Estados democráticos, sino que además es necesario para que en algunos países las personas puedan acceder a mejores salarios y a los beneficios que ofrece la seguridad social. Éste ha sido, por ejemplo, el caso de los Estados Unidos a finales de la década de 1990, cuando se expidieron varias leyes que negaban cualquier servicio social a los inmigrantes indocumentados y a sus familiares,

⁴⁰*Idem.*

a los que por no ser ciudadanos sencillamente se les retiraban estos beneficios, a pesar de que pagaban los impuestos correspondientes. Tal situación crea un contexto de franca desigualdad frente a la sociedad dominante que sí es ciudadana, ya que los trabajadores indocumentados se ven obligados a ganar bajos salarios y carecer de seguridad social.

Ferrajoli ha llamado la atención sobre esta asociación actual entre ciudadanía y derechos fundamentales cuando nos habla de la crisis en la que se encuentra precisamente la ciudadanía, debido a las aporías o incompatibilidades que percibe entre el Derecho internacional y el Derecho estatal:

Así se explica la segunda antinomia ya indicada: aquella entre el universalismo de los derechos fundamentales y los límites estatales impresos a la ciudadanía. Aunque estos derechos, hecha la excepción de los políticos, siempre han sido proclamados como “universales” —desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, y después por las sucesivas constituciones y por los mismos códigos civiles, como el Código Napoleónico que estableció en el artículo 7° que el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano—, su universo jurídico ha terminado por coincidir con el ordenamiento interno de cada Estado. La antinomia se ha hecho patente en los últimos años con la explosión del fenómeno migratorio. Estos derechos fueron proclamados como universales sin ningún costo cuando aún la distinción entre hombre y ciudadano no creaba ningún problema, no siendo verosímil que los hombres y mujeres del tercer mundo pudieran llegar a Europa y pedir que se cumplieran esos derechos [...] Pero hoy el universalismo de los derechos humanos ha sido puesto a prueba por la presión ejercida sobre nuestras fronteras, por masas de personas hambrientas, la cualidad de persona ha dejado de ser suficiente como su presupuesto —de los derechos fundamentales—, por otro lado, siendo la ciudadanía el presupuesto del derecho de acceso y residencia en el territorio del Estado, de hecho se ha transformado en su naturaleza. Es así como la ciudadanía ha cesado de ser base de la igualdad. Mientras al interior se ha hecho una división entre ciudadanía desiguales, correspondiendo a una nueva diferencia de estatus, entre ciudadano *optimo iure*; semiciudadano con permiso de estancia; refugiados irregulares y clandestinos. Al exterior, ella funciona ahora como privilegio y fuente de exclusión y discriminación, en relación con los no ciudadanos.⁴¹

Descritos los tres significados que puede asumir la ciudadanía, describamos las tres concepciones principales mediante las cuales el estatuto legal de la ciudadanía puede ser caracterizada. Estas concepciones son: la nacional, la republicana y la nuestra, que llamaré multicultural o incluyente. En la concepción nacional o nacionalista, “la sociedad humana a ser incluida en la ciudadanía, tiene su propia vida cultural de manera independiente al Estado en el cual está organizada”,⁴² pues existe una comu-

⁴¹Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía. Un constitucionalismo mundial”, en Revista *Alegatos*, núm. 31, México, septiembre/diciembre de 1995, p. 539.

⁴²John Rundell y Rainer Bauböck (eds.), *Blurred Boundaries: Migration, Ethnicity, Citizenship*, Hungría, Ashgate Publishing Limited, European Centre Vienna, 1998, p. 33.

nidad cultural, de lenguaje, religión o descendencia común en el imaginario colectivo,⁴³ o bien una experiencia histórica compartida. Normalmente, esta cultura constituirá una cultura dominante dentro del propio Estado y será impuesta como hegemónica a las otras culturas minoritarias ubicadas en el espacio territorial del Estado nacional. De esta forma, la ciudadanía se considera como:

Accesible a todos aquellos que reclamen la membresía en semejante cultura nacional dominante, independientemente de dónde vivan y del Estado en el que se encuentren. Más aún, en este tipo de modelo las reglas de transmisión de la ciudadanía a través de las generaciones, generalmente reflejan un ideal de la auto-reproducción de la membresía nacional, en la que se considera al *principio de descendencia (ius sanguinis)* como la mejor aproximación.⁴⁴

Aunque el *principio territorial (ius soli)* también ocupa un lugar importante. Así las cosas, la concepción nacionalista da lugar a la creación de la interpretación según la cual la afinidad cultural e histórica se puede sintetizar en una homogénea identidad nacional, de tal manera que el Estado como entidad política tendrá que adoptar y promover esa cultura nacional dominante; en ocasiones este modelo uninacional puede requerir, según el lugar donde se reproduzca, de una raza, de una cultura o de una religión predominantes. Ahora bien, donde la cultura nacional, la descendencia étnica, la religión o la raza marcan las fronteras de la sociedad receptora y los límites de la ciudadanía, los inmigrantes serán preseleccionados para efectos de adquirir la ciudadanía con base en estos criterios, motivo por el cual permanecerán excluidos o internamente segregados; asimismo, donde una lengua nacional o las tradiciones culturales compartidas sean invocadas, los inmigrantes serán requeridos para asimilarse con el propósito de calificar como ciudadanos plenos, lo que implicará para las minorías etnoculturales un amplio costo en término del respeto a sus derechos culturales.

Al respecto, es importante señalar que dicha concepción nacionalista de la ciudadanía ha sido frecuentemente favorecida por los Estados modernos, pues ha sido común que se privilegien aquellas posiciones que favorecen la creación de un marco uninacional estatal como única referencia a la sociedad política, desconociendo cualquier posibilidad para crear una nación multicultural y pasando por alto las identidades culturales de las minorías nacionales y etnoculturales. Entre los partidarios de este modelo nacional tenemos, por ejemplo, el viejo caso de John Stuart Mill.⁴⁵

En contraste con la concepción nacionalista de la ciudadanía, la concepción republicana alude en esencia “a la sociedad política que toma prioridad sobre otro tipo de afiliaciones como pueden ser las afiliaciones étnicas, religiosas” o sobre cualquier otro

⁴³Sobre esta idea de una comunidad imaginada como base de la identidad nacional, véase, B. Anderson, *Imaged Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, New Left Books, 1983. Hay traducción al español realizada por el Fondo de Cultura Económica.

⁴⁴Rundell y Bauböck (eds.), *op. cit.*, nota 24, p. 33.

⁴⁵John Stuart Mill, “Considerations on Representative Government”, en Geraint Williams y Everyman J.M. Dent (eds.), *Utilitarianism, Liberty, Representative Government*, Londres, 1993, pp. 391-428. Hay varias traducciones al español, por ejemplo, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 2001.

tipo de vínculo cultural. Esta concepción alienta las virtudes patrióticas y cívicas, a la vez que activa la participación política, por lo que la ciudadanía es considerada más como una práctica para tomar parte en los asuntos públicos del Estado que como un estatuto legal.⁴⁶ Uno de los problemas de la concepción republicana es que privilegia los derechos y las libertades políticas sobre cualquier otro tipo de derechos y libertades.

Así, por ejemplo, esta concepción consideraría plenamente ciudadanos a aquellas personas que participan o han participado activamente en la política del Estado, en consecuencia estarían excluidos de ella todos aquellos inmigrantes, regulares o irregulares que pudiesen acreditar una residencia de varios años, ya que antes no habrían estado en posibilidades de ejercer sus derechos políticos. Mientras que para la concepción nacionalista sólo una cultura es relevante, para la concepción republicana, ninguna cultura es relevante, por lo que tampoco esta última parece suficiente para valorar las diferentes culturas que pudiesen convivir al interior de un Estado nacional como producto de la inmigración internacional o de la existencia previa de pueblos indígenas.

También para la concepción republicana es irrelevante una distribución igualitaria de los bienes socioeconómicos y, peor aún, esta concepción ha tendido con frecuencia a ser elitista. Por ejemplo, en el mundo antiguo y en la etapa temprana de la modernidad las ciudades-Estado asumieron concepciones republicanas de la ciudadanía que generalmente combinaban un elemento republicano con otro elitista (como podía ser la propiedad) para definir a la sociedad política. De esta manera, la concepción republicano-elitista reconocía sólo como ciudadanos a aquellos que estaban calificados, es decir, que tenían propiedad y estaban dispuestos a participar activamente en la política, excluyendo de la ciudadanía primero a los esclavos, después a las clases trabajadoras, a las mujeres y cualquier minoría etnocultural.

A diferencia de las dos concepciones anteriores, una nueva concepción de la ciudadanía se está abriendo espacio recientemente en los Estados contemporáneos, llamaré a esta concepción *multicultural o incluyente de la ciudadanía*, ya que tiende a ser más flexible que las otras dos frente al creciente fenómeno de la inmigración internacional que impacta a los Estados nacionales en esta etapa de la globalización y de las rápidas comunicaciones, pues reconoce la posibilidad de otorgar la ciudadanía a la población que está sujeta, por un periodo constante y más o menos largo de tiempo, al poder de un Estado. Con base en esta concepción, estarían en posibilidad de adquirir la ciudadanía todos aquellos inmigrantes, indocumentados o no, que acreditaran una residencia mínima en el Estado receptor (por ejemplo, de tres a cinco años, según el país de que se trate) y que haga presuponer su deseo de permanecer en él, además de haber iniciado su proceso de integración a la sociedad receptora.

A diferencia de las concepciones nacional y republicana que son más amables para los integrantes de la sociedad de origen o sociedad dominante, la concepción multicultural es la única que permitiría conceder la ciudadanía constitucional a aquellas minorías etnoculturales que han sido generadas por la inmigración, ya sea ésta regular o

⁴⁶Rundell y Bauböck (eds.), *op. cit.*, nota 24, p. 33.

irregular. En efecto, ya que la organización de los Estados modernos está sustentada en las fronteras internas que normalmente están bien delimitadas, una ciudadanía así concebida es *casi idéntica con la población residente* en el Estado, por lo que sería, en consecuencia, el único de los tres modelos que permitiría incluir a los trabajadores extranjeros, a los buscadores de asilo y a los inmigrantes irregulares.⁴⁷

Ahora bien, como se podrá apreciar, las tres concepciones de la ciudadanía tienen diferentes implicaciones y respuestas para resolver la tensión existente entre la rigidez territorial del sistema estatal, la estabilidad de su población originaria y la movilidad transnacional de millones de personas producto de la migración internacional. La posición nacionalista privilegia el *ius soli*, es decir, concede preponderancia al reclamo de la población originaria que ha nacido en el territorio del Estado para ejercitar su soberanía política; de igual manera, considera la regla del *ius sanguinis* como esencial para el reconocimiento de la ciudadanía. En la posición nacionalista, también puede suceder que la colectividad nacional se extienda más allá de sus fronteras presentes o supuestas, a través de la inclusión dentro de su comunidad nacional, de poblaciones que viven en exilio en otros territorios nacionales. Es el caso de las poblaciones de origen mexicano que viven en los Estados Unidos. De esta manera,

Es claro que una concepción nacionalista introducirá una fuerte distinción entre diferentes categorías de ciudadanos: en un extremo estarán aquellos que demandan una membresía en la comunidad nacional y que disfrutan de un derecho moral para ser admitidos tanto en el territorio como en la ciudadanía de su nación.⁴⁸

En el otro extremo estarían los extranjeros y todos los grupos etnoculturales que se hubiesen incorporado tardíamente a la cultura nacional dominante (como es el caso de los inmigrantes), hubiesen llegado posteriormente al territorio del Estado o no posean los vínculos de *ius sanguinis*, todos los cuales sólo podrían ser admitidos sobre una base temporal y con fines limitados, pero nunca aceptados como miembros plenos. En cambio, las concepciones republicanas de la ciudadanía generalmente “son más abiertas en lo interno para la naturalización” de lo que pueden ser las nacionalistas, pues estas últimas tienden a rechazar a aquellos que no comparten la cultura dominante.

Asimismo, en las concepciones republicanas el deseo y la capacidad para contribuir al bien común de la sociedad política son recompensados, normalmente, mediante el reconocimiento de la ciudadanía a aquellos inmigrantes que han realizado ciertos esfuerzos para integrarse. De esta manera, las concepciones republicanas permiten a los individuos atravesar algunas barreras que separan a los ciudadanos de los residentes extranjeros y de los inmigrantes. En este sentido, semejante modelo para el reconocimiento de la ciudadanía es, en consecuencia, más benévolo para acomodar en términos de justicia a los inmigrantes.

⁴⁷*Idem.*

⁴⁸*Ibidem*, p. 34.

Sin embargo, el problema con el modelo republicano es que “los republicanos son generalmente hostiles a la transmisión de la ciudadanía a las generaciones que han nacido fuera del país y que no han sido educados como ciudadanos”,⁴⁹ pues en su opinión como tales personas han participado en la vida pública del Estado no tienen derecho a afectar con sus decisiones a lo que ellos consideran los “verdaderos” ciudadanos del Estado. A diferencia de las dos anteriores, una concepción *multicultural o incluyente* de la ciudadanía será nuevamente la más abierta para resolver la tensión existente entre la rigidez estatal y la movilidad territorial de los inmigrantes, “ya que soportará tanto el umbral más bajo para atravesar los límites de la ciudadanía, como la desaparición de tales límites”. En efecto:

Este modelo obviamente favorecerá la transmisión de la ciudadanía a través del *ius soli* para los hijos de inmigrantes que hayan nacido en el territorio del Estado, en segunda o tercera generaciones. Asimismo, para los inmigrantes de la primera generación, adquirir la ciudadanía dependerá de un periodo de residencia. No obstante lo anterior, todavía en este modelo la naturalización deberá implicar un acto de libre voluntad (documentada normalmente por una aplicación individual), más que ser otorgada automáticamente por el Estado receptor.⁵⁰

El *principio de residencia* permite que la separación entre ciudadanos y todos aquellos grupos de inmigrantes que han sido objeto de exclusión y considerados por largo tiempo como extranjeros sea, si no suprimida, cuando menos debilitada mediante la extensión de los derechos, que habían sido prerrogativas de la ciudadanía formal, a esas minorías etnoculturales producto de la inmigración que todavía no se han naturalizado y que acrediten el tiempo de residencia que exija el Estado receptor. De esta forma, la diferencia entre ciudadanos y residentes extranjeros será reducida a aquel conjunto de derechos a través de los cuales todavía se pueda distinguir a la sociedad política, en la cual ya podrán estar incluidos los inmigrantes residentes, de aquel grupo de extranjeros más amplio que no podrá llegar a adquirir la ciudadanía, como son los turistas, los diplomáticos acreditados, los residentes esporádicos, los hombres de negocios o los estudiantes extranjeros.

En nuestro modelo multicultural, o incluyente, el *principio de residencia* opera en estos casos como un corrector del principio territorial (*ius soli*) y del principio de sangre (*ius sanguinis*) para integrar en condiciones de igualdad y justicia a las minorías etnoculturales producto de la inmigración internacional.⁵¹ Un modelo como el que proponemos dentro de una estructura territorial de la ciudadanía, tal como está determinada actualmente, tendría que tomar en cuenta que “la relación entre el Estado nación y la población puede ser estabilizada a través de dos criterios: nacimiento en

⁴⁹*Idem.*

⁵⁰*Ibidem*, p. 35.

⁵¹Para un análisis más detallado sobre los modelos de la ciudadanía y las reglas para la asignación de la ciudadanía, véase Francisco Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, cap. 4.

el territorio y residencia permanente”.⁵² La primera regla, la muy conocida regla del *ius soli*, produce un ciudadano de toda la vida, opera siempre que se haya nacido en el país y para la mayoría de la población del Estado. La segunda regla, en cambio, reconocerá como ciudadano a todo aquel que se ha establecido para vivir en el territorio del Estado o hubiese vivido ahí por un cierto tiempo, y aplicaría principalmente para los inmigrantes.

Mientras la primera regla deriva la ciudadanía desde el inicio de la vida de la persona y está así orientada hacia el pasado, la segunda regla puede ser vista como orientada hacia el futuro e implica un acto de voluntad de aquellas personas que han decidido trasladarse a otro Estado en el que han decidido establecerse. Ésta sería la manera más aproximada de acomodar en condiciones de justicia a los inmigrantes irregulares, que lo único que poseen ciertamente es una residencia, y no como quieren los modelos nacional o republicano, que les exigen una pertenencia a una cultura dominante —a la que apenas se están integrando—, o una serie de ejercicios políticos que no han podido realizar por haber sido marginados.

Este modelo multicultural de la ciudadanía nos puede ayudar para crear una ciudadanía abierta que se adapte al nuevo contexto global de los Estados nacionales, pues como dice Javier de Lucas, debemos concebir:

Una democracia basada, a su vez, en una noción de ciudadanía, abierta, diferenciada, integradora [porque] la condición de miembro de la comunidad política no puede ser un privilegio vedado [...] a quienes no tuvieron el premio de la lotería genética.⁵³ [Al igual que nosotros, la concepción de ciudadanía de Javier de Lucas va más allá de una] dimensión técnico formal, [y se encamina sobre todo a] garantizar a todos los que residen establemente en un determinado territorio, plenos derechos civiles, sociales y políticos.⁵⁴

Aunque ya no referida en particular al fenómeno migratorio internacional, otro muy buen ejemplo de lo que está sucediendo en la actualidad con la ciudadanía lo podemos encontrar en Europa, donde se está configurando una ciudadanía europea. En esta nueva dimensión de la ciudadanía podemos encontrar que en la noción del ciudadano europeo se encuentran incluidas, a la vez, la condición de ciudadano del territorio al cual se encuentra ligado por la nacionalidad, pero además se detenta la ciudadanía europea. En esta nueva dualidad conceptual encontramos nuevos elementos para construir la idea de ciudadanía: por un lado se encuentra la idea de identidad y pertenencia a un país determinado, y por otro la aceptación de considerarse parte fundamental de una comunidad supranacional que simboliza la unión y evolución de sus componentes, logrando así conjuntar y sobrepasar los límites de la lengua, la costumbre, las creencias y prácticas innumerables que hacen de Europa una sociedad cosmopolita.

⁵²Bauböck, *op. cit.*, nota 21, p. 32.

⁵³Javier de Lucas, “Acerca del debate sobre inmigración y ciudadanía”, en *Jurídica*, núm. 33, México, 2003, pp. 101 y 102.

⁵⁴*Ibidem*, p. 104.

De esta manera, la ciudadanía europea dota a los individuos de la Unión Europea de ciertos deberes y derechos respecto de ésta, entre los últimos encontramos: libre movilidad y residencia dentro del territorio de los miembros de la comunidad europea, ciertos derechos políticos, como la posibilidad de elegir y ser electo representante en el Parlamento europeo, el derecho de petición a este parlamento, la posibilidad de acogerse en un Estado miembro y a la protección de sus autoridades consulares y diplomáticas. A estos derechos va aunado un intenso trabajo de creación y adecuación de las instituciones de los distintos miembros de la Unión Europea, que ha demostrado que el largo camino en esta nueva concepción de la ciudadanía es posible, no sólo teóricamente, sino también en la praxis. En fin, la manera como se consolide la ciudadanía europea constituirá una de las formas que asumirá el estatuto ciudadano en este siglo XXI, ante los inminentes cambios que nos presagia la nueva realidad mundial de la inmigración y la interdependencia política y económica entre los Estados nacionales.

La ciudadanía y el artículo 34 de la Constitución

La redacción que se dio al artículo 34 constitucional en 1917 fue tomada casi literalmente del artículo 34 del proyecto de Constitución de 1856 (sin ningún tipo de debate), el cual a la letra decía:

Son ciudadanos de la República todos los ciudadanos que teniendo la calidad de mexicanos reúnan además las siguientes: haber cumplido 18 años, siendo casados, o 21 si no lo son, y tener un modo honesto de vivir. Desde el año de 1860 en adelante, además las calidades expresadas, se necesitará la de saber leer y escribir.⁵⁵

Encontramos que en el debate del Congreso Constituyente de 1856-1857 hubo opiniones en diversos sentidos respecto del requisito de saber leer y escribir para acceder a la ciudadanía. Los que se declararon en contra argumentaban que estas ideas no refrendaban el compromiso que los constituyentes tenían con la democracia, y más aún porque no era el pueblo, sino el Estado quien tenía la responsabilidad de instruir a la población, por lo que si el Estado era quien estaba ignorando esa obligación, el pueblo no debía pagar esa falta con su exclusión de la participación política.

Pero también hubo diputados que señalaron que ese requisito podía fomentar al pueblo para que se instruyera, pero estos alegatos no tuvieron proyección dentro del debate, y fueron superadas estas barreras, que en gran medida contenía tintes discriminatorios, por lo que fue suprimida la parte del texto constitucional relativa a la instrucción popular como requisito. De esta manera fue aprobado por unanimidad el texto del artículo relativo a la ciudadanía, que posteriormente sería el fundamento para el texto propuesto en el Constituyente de 1917.

⁵⁵Cámara de Diputados. Congreso de la Unión. *La Constitución del pueblo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2004, p. 95.

La evolución del contenido del artículo que desarrollamos en este estudio nos muestra la visión que se tenía sobre la ciudadanía desde los textos constitucionales primarios de nuestro país, pues encontramos que, aunque han variado con el paso del tiempo, muchos de los primeros elementos de la ciudadanía aún se conservan en nuestro texto vigente. Tal es el caso de la nacionalidad como componente originario de la ciudadanía y que se ha preservado hasta nuestros días, por lo que en nuestro país este requisito constituye una primera exigencia que permanece como principio *sine qua non* de la ciudadanía, pues sólo los que posean la nacionalidad mexicana pueden obtener la capacidad de ejercicio de sus derechos políticos, lo que como ya hemos dicho antes, no es necesario en los regímenes jurídicos que no distinguen entre ciudadanía y nacionalidad. En este sentido, el texto original del artículo 34 estipulaba:

Son ciudadanos de la República todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido dieciocho años, siendo casados, o veintiuno si no lo son, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.⁵⁶

El texto original de la Constitución de 1917 no negaba específicamente el derecho de voto a las mujeres; sin embargo, durante todo el siglo XIX el “sufragio universal” se identificó con el sufragio sólo masculino, por lo que los constituyentes de 1917 no creyeron necesario especificar a quién se atribuiría el título de ciudadano. Sin embargo, un año antes de la promulgación de la Constitución, en las leyes locales de tres estados se estipuló la igualdad jurídica de la mujer para votar y ocupar puestos públicos de elección popular. Estas tres entidades fueron Yucatán, Chiapas y Tabasco.

Las legislaciones de estos estados, al no contravenir a la Ley Superior, demostraron que, efectivamente, la exclusividad masculina del voto sólo provenía de una interpretación “varonil” de la ley, y aunque el artículo 115 de la Constitución ya señalaba en su fracción primera que la mujer podía ejercer su voto activo en las elecciones municipales, no fue sino hasta diciembre de 1952 que el Ejecutivo de la Unión presentó una iniciativa de reforma al contenido del artículo 34 constitucional, la cual contenía, en términos generales, una propuesta que permitía que la mujer mexicana pudiera adquirir el estatus de ciudadana.

El debate que sobre esta propuesta se dio fue complicado y permitió a su vez develar y erradicar las ideas que todavía encadenaban a la sociedad mexicana a la hegemonía masculina. Es difícil decir que las bases de esta reforma eran totalmente progresistas y estaban en contra de la discriminación, pues en principio, en la iniciativa presentada por el Ejecutivo, muchos de los argumentos a favor parecían conceder un privilegio otorgado por los hombres a la desafortunada situación en la que se encontraba la mujer mexicana, así, podemos encontrar planteamientos como:

Que la mujer mexicana, generosa y desinteresadamente ha prestado su valiosa aportación a las causas más nobles, compartiendo peligros y responsabilidades con el hombre, alentándolo en sus empresas, [que] ha logrado obtener una preparación cultural, política y

⁵⁶*Idem.*

económica, similar a la del hombre, que la capacita para tener una eficaz y activa participación en los destinos de México, [que] la mujer mexicana, ejemplo de abnegación, de trabajo y de moral, debe recibir estímulo y ayuda para su participación creciente en la vida política del país, y que durante la pasada campaña electoral, al auscultar el sentir, no sólo de los núcleos femeninos, sino de todos los sectores sociales, se puso de manifiesto que existe un ambiente notoriamente favorable al propósito de equiparar al hombre y a la mujer en el ejercicio de los derechos políticos;⁵⁷ [entre muchas otras exposiciones que develan las ideas que sobre la mujer se tenían, en el sentido de que la mujer mexicana merecía] obtener el privilegio de la ciudadanía [gracias a su abnegación y sometimiento y más aún, a que ya contaba con instrucción suficiente para decidir sobre el destino del país].

No se puede decir que esta concepción sea propiamente igualitaria, ya que, como se puede apreciar, se concedía a la mujer la posibilidad de adquirir el estatus ciudadano no en virtud de una noción de igualdad de la mujer y el hombre, sino como una especie de recompensa por los servicios prestados al varón. A pesar de que hubo rasgos todavía machistas, también debemos señalar que existieron argumentos que ponderaban la urgencia de realizar la justa equiparación del hombre y la mujer en materia de derechos políticos, por lo que finalmente podemos aplaudir que por medio de esta reforma las mujeres mexicanas adquirieron por primera vez el estatus de ciudadanas y con ello su derecho al voto. La reforma fue aprobada por unanimidad de votos; así, el artículo 34 quedó de la siguiente manera:

Son ciudadanos de la República los varones y las *mujeres* que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

I. Haber cumplido 18 años, siendo casados, o 21 si no lo son, y

II. Tener un modo honesto de vivir.⁵⁸

En esta materia, algunos autores señalan que fue en El Salvador, en 1886, donde se otorgó por primera vez en Latinoamérica la ciudadanía a la mujer y con ella el respeto y reconocimiento de sus derechos políticos.⁵⁹ Asimismo, las mujeres chilenas lograron ejercitar sus derechos políticos con el argumento de que la Constitución de 1833 no establecía taxativamente la prohibición del voto femenino. Sin embargo, esta exigencia del reconocimiento de la ciudadanía y del voto femenino puede encontrarse desde los mismos inicios de la Revolución francesa, cuando se hizo la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana redactada por Olimpia de Gauges en 1791. En México, desde la década de 1880, fue reclamado este estatus por mujeres que se agrupaban para exigir el sufragio al preguntarse, ¿por qué en un gobierno “democrático” la mitad de los individuos no son tomados en cuenta aun cuando se hallan igualmente sujetos a la obediencia de la ley?⁶⁰

⁵⁷INEHRM, *Congreso Constituyente 1916-1917. Diario de debates*, México, 1985.

⁵⁸*Diario Oficial de la Federación*, 17 de octubre de 1953.

⁵⁹Edelberto Torres-Rivas, “Centroamérica, la transición autoritaria hacia la democracia”, en *Crítica Jurídica*, año 5, núm. 9, Puebla, 1998.

⁶⁰Graciela Ledesma, “Participación política de la mujer: la lucha por el voto no termina”, en *Concordancias*, año 2, núm. 4, Chilpancingo, 1997.

Sin duda, la conquista que logró la mujer mexicana en materia política ha sido en muchas contiendas determinante para el triunfo o la derrota de los candidatos. Aunque también es conveniente reflexionar sobre todos aquellos ámbitos de la vida social y política en los que la mujer no ha podido —y en muchos casos, querido— conquistar los derechos que aún siguen pendientes para la construcción de una sociedad más justa y equitativa. En 1968 el Ejecutivo presentó otro proyecto de reforma a este artículo en lo relativo a la edad que se requiere para adquirir la ciudadanía mexicana. Con esta nueva modificación se pretendía igualar los criterios jurídicos que hasta entonces no habían sido uniformes en lo concerniente a la edad, que podía ser considerada como sinónimo de madurez, pues quienes habían cumplido 18 años estaban obligados a prestar el servicio militar, eran sujetos de responsabilidad penal y tenían capacidad para trabajar, en virtud de lo cual, resultaba lógico que fuera a la misma edad de 18 años que se pudiera adquirir la capacidad de participar en la vida política del país.

A lo largo del país se hablaba sobre la situación de la juventud como un factor determinante en la vida política y social de México, por lo que en el debate que se llevó a cabo en 1968-1969, la mayoría de los argumentos en *pro* de esta reforma se centraba en la indudable evolución de la juventud con el paso de las generaciones; los procesos sociales que habían permitido la acumulación de información y experiencia en los jóvenes; las mejoras del sistema educativo mexicano; el desarrollo de una cultura comunicativa y la creciente responsabilidad de los jóvenes a los 18 años, entre muchos otros.

De esta manera, se reconoció la madurez política de la juventud y, en 1969, se aprobó esta reforma por unanimidad. Dicha reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre de 1969, con la cual el artículo 34 quedó de la siguiente manera:

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.⁶¹

Este criterio de longevidad como elemento esencial de la ciudadanía se ha establecido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que regulan esta materia, porque los individuos que devienen ciudadanos deben realizar un complejo discernimiento político que repercutirá en todos los aspectos del desarrollo y destino de la sociedad política de la que forman parte; por lo tanto, deben contar con una cualidad que sólo puede adquirirse mediante la madurez intelectual y emocional que representa alcanzar la mayoría de edad que, aunque puede variar de sujeto a sujeto y de sociedad a sociedad —obedeciendo al desarrollo psíquico, entorno, desarrollo y prácticas sociales, etcétera— es necesaria para adquirir esta calidad.

Como consecuencia de la gran responsabilidad que implica detentar las prerrogativas ciudadanas es necesario que a todos los individuos en este supuesto se les provea

⁶¹Cámara de Diputados. Congreso de la Unión. *La Constitución del pueblo mexicano, op. cit.*, nota 37, p. 95.

de información real sobre la situación y los problemas que identifican a su colectividad, así como de las posibles opciones políticas que existen y que pueden elegir para construir colectivamente el futuro de su país. De aquí que nazca la obligación estatal de permitir y fomentar la circulación de información que facilite el discernimiento ciudadano; potestad individual que sólo puede ser ejercida de forma discrecional.

Respecto de la expresión “modo honesto de vivir”, en México fue Mariano Otero, en su Voto Particular al Acta Constitutiva y de Reformas, quien por primera vez introduce la expresión “modo honesto de vivir” como un requisito para ser ciudadano, además de otros señalamientos que estaban ligados a la idea de moral pública, como que la persona que aspirara a detentar la ciudadanía no hubiera sido condenada a alguna “pena infamante”.⁶² Este elemento propio de la ética jurídica, refleja la preocupación social sobre las características que debe reunir un ciudadano, puesto que es él quien sobrelleva la responsabilidad del futuro de nuestra sociedad y quien hará posible la convivencia social, porque se espera que una persona que tenga un “modo honesto de vivir” respete las leyes y contribuya al mantenimiento de la legitimidad y el Estado de derecho. Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha señalado que por *modo honesto de vivir* se debe entender lo siguiente:

MODO HONESTO DE VIVIR COMO REQUISITO PARA SER CIUDADANO MEXICANO. CONCEPTO.— El concepto de *modo honesto de vivir* ha sido uniforme en la evolución de las sociedades y de las leyes, identificando con él a la conducta constante, reiterada, asumida por una persona en el seno de la comunidad en la que reside, con apego y respeto a los principios de bienestar considerados por la generalidad de los habitantes de este núcleo social, en un lugar y tiempo determinados, como elementos necesarios para llevar una vida decente, decorosa, razonable y justa. Para colmar esta definición, se requiere de un elemento objetivo, consistente en el conjunto de actos y hechos en que interviene un individuo; y un elemento subjetivo, consistente en que estos actos sean acordes con los valores legales y morales rectores del medio social en que ese ciudadano viva. Como se advierte, este concepto tiene un contenido eminentemente ético y social, que atiende a la conducta en sociedad, la cual debe ser ordenada y pacífica, teniendo como sustento la moral, como ingrediente insoslayable de la norma jurídica. El *modo honesto de vivir* es una referencia expresa o implícita que se encuentra inmersa en la norma de derecho, tal y como sucede con los conceptos de *buenas costumbres*, *buena fe*, que tienen una connotación sustancialmente moral, constituyendo uno de los postulados básicos del derecho: *vivir honestamente*. En ese orden de ideas, la locución *un modo honesto de vivir* se refiere al comportamiento adecuado para hacer posible la vida civil del pueblo, por el acatamiento de deberes que imponen la condición de ser mexicano; en síntesis, quiere decir *buen mexicano*, y es un presupuesto para gozar de las prerrogativas inherentes a su calidad de ciudadano. Tercera Época: Recurso de reconsideración. SUP-REC-067/97.— Partido Revolucionario Institucional.— 19 de agosto de 1997.— Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-440/2000 y acumulado.— Partido Acción Nacional.— 15 de noviembre de 2000.— Unanimidad de votos. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-020/2001.— Daniel Ulloa Valenzuela.— 8 de junio de 2001.— Unani-

⁶²Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México, 1808-1999*, México, Porrúa, 1999.

midad de votos. Revista *Justicia Electoral* 2002, suplemento 5, pp. 22 y 23, Sala Superior, tesis S3ELJ 18/20 01. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, pp. 134 y 135.

No obstante lo abundante de la definición que está contenida en esta jurisprudencia, parece difícil precisar a qué se refiere cuando habla de una vida *decente, decorosa, razonable y justa*, ya que no proporciona ningún criterio para ello. Tampoco nada nos dice acerca de lo que es un *buen mexicano*. Por otro lado, existe una jurisprudencia del mismo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que señala que el modo honesto se considera como una presunción *iusuris tantum*, lo cual me parece acertado, pues quien señale que otro tiene un modo deshonesto de vivir debe probarlo:

MODO HONESTO DE VIVIR. CARGA Y CALIDAD DE LA PRUEBA PARA ACREDITAR QUE NO SE CUMPLE CON EL REQUISITO CONSTITUCIONAL.— El requisito de tener *modo honesto de vivir*, para los efectos de la elegibilidad, constituye una presunción *iusuris tantum*, pues mientras no se demuestre lo contrario se presume su cumplimiento. Por tanto, para desvirtuarla, es al accionante al que corresponde la carga procesal de acreditar que el candidato cuyo registro impugnó, no tiene un *modo honesto de vivir* ya que quien goza de una presunción a su favor no tiene que probar, en tanto que, quien se pronuncia contra la misma debe acreditar su dicho, con datos objetivos que denoten que el candidato cuestionado carece de las cualidades antes mencionadas. Tercera Época: Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-332/2000.— Partido de la Revolución Democrática.— 9 de septiembre de 2000.— Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-440/2000 y acumulado.— Partido Acción Nacional.— 15 de noviembre de 2000.— Unanimidad de votos. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-020/2001.— Daniel Ulloa Valenzuela.— 8 de junio de 2001.— Unanimidad de votos. Revista *Justicia Electoral* 2002, suplemento 5, pp. 21-22, Sala Superior, tesis S3ELJ 17/2001. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, pp. 133-134.

Bibliografía

- ANDERSON, B., *Imaged Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, New Left Books, 1983. Hay traducción al español realizada por el Fondo de Cultura Económica.
- ARREDONDO RAMÍREZ, Vicente (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- BAUBÖCK, Rainer, *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 1994.
- , Agner Heller y Aristide R. Zolberg, *The Challenge of Diversity*, EUA, Avebury, 1996.
- BEUCHOT, Mauricio, “El proceso histórico de la noción de persona y su aplicación a la ciudadanía”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- BUSTAMANTE, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM-IHJ, 2002.
- CABALLERO, José Antonio, “La idea de ciudadanía en la revolución de independencia en los Estados Unidos de América”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en*

- movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- Cámara de Diputados, Congreso de la Unión. *La Constitución del pueblo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2004.
- , *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Porrúa, 2003.
- CAMPOSECO, Miguel, *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*, “voz, ciudadano”, México, Porrúa, 1998.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Valladolid, Trotta, 1993.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, FCE, 1948.
- CASTLES, Stephen y Alastair Davidson, *Citizenship and Migration. Globalization and the politics of belonging*, Malaysia, Macmillan Press LTD, 2000.
- CUEVA, Mario de la, *La idea del Estado*, México, UNAM, 1986.
- DE LUCAS, Javier, “Acerca del debate sobre inmigración y ciudadanía”, *Jurídica*, núm. 33, México, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía. Un constitucionalismo mundial”, *Alegatos*, núm. 31, México, 1995, UAM-Azcapotzalco.
- GALAZ, Mariateresa, “Historia del concepto de ciudadanía en la Atenas clásica”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- GIDDENS, Anthony, *Modernity and self identity. Self and Society in the late Modern Age*, Cambridge (GB), Polity Press, 1991. Hay traducción al español: *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Barcelona, edit. Península, 2000.
- HABERMAS, J., “El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía”, *Alegatos*, núm. 31, México, UAM-Azcapotzalco, 1995.
- HELD, David, *La democracia y el orden global. del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.
- HERNÁNDEZ, Juan Luis, “La visión de la ciudadanía en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- HUNTINGTON, Samuel P., *Quiénes somos*, Barcelona, Paidós, 2004, cap. 9.
- IBARRA PALAFOX, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa), cap. 4.
- INEHRM, *Congreso Constituyente 1916-1917. Diario de debates*, México, 1985.
- JELLINEK, George, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- LEDESMA, Graciela, “Participación política de la mujer: la lucha por el voto no termina”, *Concordancias*, año 2, núm. 4, Chilpancingo, 1997.
- LEDESMA, José, “La ciudadanía en la experiencia jurídica de Roma”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- STUART MILL, John, “Considerations on Representative Government”, en *Utilitarianism, Liberty, Representative Government*, Londres, edición a cargo de Geraint Williams, Everyman J.M. Dent, 1993. Hay varias traducciones al español, por ejemplo: *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 2001.
- MONCADA, Carlos, *La juventud... ¿5º poder? Consideraciones sobre la conveniencia de reformar el artículo 34 de la Constitución Política*, México, Litográfica del Pacífico, 1969.

- MUÑOZ DE ALBA, Marcia, “El concepto de ciudadano a partir de la Revolución Francesa”, en Vicente Arredondo Ramírez (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Javier Clavijero, 2000.
- RUNDELL, John y Rainer Bauböck (eds.), *Blurred Boundaries: Migration, Ethnicity, Citizenship*, Hungría, Ashgate Publishing Limited, European Centre Vienna, 1998.
- SKINNER, Quentin, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TENA RAMÍREZ, *Leyes fundamentales de México, 1808-1999*, México, Porrúa, 1999.
- TORRES-RIVAS, Edelberto, “Centroamérica, la transición autoritaria hacia la democracia”, en *Crítica Jurídica*, núm. 9, año 5, Puebla, 1998.
- VALADÉS, Diego, *Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos*, documento de trabajo, México, UNAM-IIIJ, julio de 2004.

Artículo 34

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 17-X-1953

XLII LEGISLATURA (1-IX-1952/31-VIII-1955)

Presidencia de Adolfo Ruiz Cortines, 1-XII-1952/30-XI-1958

34

Se establece la igualdad jurídica y política de la mujer con el varón, condición natural que no reconocía el Estado mexicano.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 22-XII-1969

XLVI LEGISLATURA (1-IX-1964/31-VIII-1967)

Presidencia de Gustavo Díaz Ordaz, 1-XII-1964/30-XI-1970

Se establece que la ciudadanía la obtienen los mexicanos a los 18 años cumplidos.

Artículo 35

Introducción histórica

Por **Luis René Guerrero Galván** y **José Gabino Castillo Flores**

El artículo 35 remite a las prerrogativas a las que se tiene acceso tras la obtención del título de ciudadanía. Estos derechos son diferentes a los que se cuentan por el hecho de ser reconocidos como mexicanos. La ciudadanía daba acceso a derechos políticos entre los que se encontraba votar y ser votado, así como de asociación para tratar asuntos de la misma índole, formar parte del Ejército o Guardia Nacional y ejercer el derecho de petición. Uno de los primeros antecedentes en la materia lo encontramos en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, la cual definió que sólo los ciudadanos podrían “obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley”.¹

Dicha Constitución, estuvo vigente en México durante la segunda mitad del siglo XIX, no es raro por ello que su influencia sea manifiesta en los textos de ese periodo. En la Constitución de Apatzingán, por ejemplo, se señaló que a ningún ciudadano podría coartársele la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública (artículo 37).² Asimismo, remarcó el derecho a sufragio para todos los ciudadanos que hubieren llegado a los 18 años, acreditaran su adhesión a la independencia, tuviera empleo o modo honesto de vivir y no estuvieran en infamia pública ni procesados criminalmente por el gobierno (artículo 65).

Años más tarde, ya en el México independiente, el artículo 16 del Reglamento Provisional Político de Agustín de Iturbide, señaló que las “virtudes, servicios, talentos y aptitudes”, serían los únicos medios que dis-

¹Constitución Política de la Monarquía Española, 1812, artículo 23, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2210/7.pdf>.

²“Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”, Apatzingán, 1814, en *Textos fundamentales del constitucionalismo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2014.

35

Sumario Artículo 35

Introducción histórica	
Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores	849
Texto constitucional vigente.	852
Comentario	
Jesús Orozco Henríquez	854
Los derechos políticos en tanto derechos humanos y sus medios jurisdiccionales de protección constitucional	856
Derecho a votar o sufragio activo	861
Derecho a ser votado o sufragio pasivo.	867
Derecho político-electoral fundamental de asociación.	870
Derecho político fundamental de defensa de la República y sus instituciones.	872
Derecho de petición en materia política.	873
Derecho a ser nombrado para algún empleo o comisión de servicio público.	873
Derecho a iniciar leyes	874
Derecho a votar en las consultas populares.	875
Bibliografía	876
Traectoria constitucional	877

pondrían para los empleos públicos de cualquiera especie.³ Lo anterior reforzó la determinación de que todos los ciudadanos tendrían acceso a los empleos sin otra distinción. Ordenamientos posteriores, como el Plan de Constitución Política de la República Mexicana de 1823, fueron más explícitos al señalar los derechos de los ciudadanos de la nueva República, en este caso se establecieron como tales:

- 1°. El de libertad, que es el pensar, hablar, escribir, imprimir y hacer todo aquello que no ofenda los derechos de otro;
- 2°. El de igualdad, que es el de ser regidos por una misma ley sin otras distinciones que las establecidas por ella misma;
- 3°. El de propiedad, que es el de consumir, donar, vender, conservar o exportar lo que sea suyo, sin más limitaciones que las que designe la ley;
- 4°. El de no haber por ley, sino aquella que fuere acordada por el Congreso de sus representantes.⁴

En ese mismo sentido, se pronunció Joaquín Fernández de Lizardi en su Proyecto de Constitución de 1825. En ese momento dicho pensador señaló como derechos de los ciudadanos (los que la naturaleza nos concede de libertad, e igualdad, seguridad y propiedad”.⁵ Además, estableció que dichos ciudadanos gozarían del derecho al voto activo y pasivo para elegir y ser elegidos en los empleos públicos a proporción de su mérito, capacidad y servicios hechos a la patria. Estos puntos fueron considerados también en el artículo octavo de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836,⁶ en el cual se volvió a considerar como derechos del ciudadano mexicano, además de todos los derechos civiles, el votar por todos los cargos de elección popular directa y poder ser votado por los mismos, siempre que en su persona concurrieran las cualidades que las leyes exigieran en cada caso.

Como puede observarse, este derecho político se enarboló como una de las principales facultades de los ciudadanos mexicanos. Los dos puntos antes mencionados fueron también retomados en el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836 y en el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana. En este último ordenamiento jurídico de hecho se remarca la importancia de mejorar siempre a los individuos que gozaran legalmente de una condición definida, tal como la ciudadanía. En su artículo 22 dicho proyecto estipuló:

A reserva de que una ley detalle los demás derechos y prerrogativas inherentes a las condiciones de extranjero, mexicano y ciudadano mexicano, se observará inviolablemente el prin-

³Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1823.pdf>.

⁴Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, 1823, disponible en <http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1823/05/16-mayo-1823-Plan-de-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Naci%C3%B3n-Mexicana.pdf>.

⁵*Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo II: “Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional, artículos 16-35”, México, LXI Legislatura-Cámara de Diputados/Suprema Corte de Justicia/Senado de la República/Instituto Federal Electoral/Tribunal Electoral/Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 1003.

⁶Leyes Constitucionales, 1836, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>.

cipio de mejorar en todas las leyes que se dieran, la condición del ciudadano respecto del que culpablemente no lo es; la del mexicano que aún no ha obtenido aquella calidad, respecto del extranjero; y la de éste, respecto del mexicano que ha perdido su calidad de tal.⁷

Ese mismo año, el Segundo Proyecto Constitución Política de la República Mexicana señaló, en su artículo noveno, como derechos del ciudadano, los mismos sobre votar y ser votado en las elecciones populares, y sumó como una prerrogativa más el ser excluido del servicio forzado en el Ejército permanente. No obstante, este último derecho parece no haber ganado mucha popularidad pues al año siguiente no fue contemplado en las Bases Orgánicas de la República Mexicana que, en su artículo 19, sí contempló lo referente a votar y ser electo para cargos públicos y de elección popular.⁸

Por su parte el Acta Constitutiva y de Reformas, de 1847, tampoco señaló nada sobre el asunto, antes bien colocó como derecho de los ciudadanos el poder “ejercer el de petición, reunirse para discutir los negocios públicos y pertenecer a la Guardia Nacional, todo conforme a las leyes”.⁹ Estas nuevas prerrogativas contempladas fueron consideradas también en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana y en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, ambos ordenamientos de 1856. De estos textos pasó a la Constitución de 1857, la cual condensó lo elaborado hasta entonces como parte de los derechos de ciudadanía:

- I. Votar en las elecciones populares.
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que la ley establezca.
- III. Asociarse para tratar los asuntos políticos del país.
- IV. Tomar las armas en el Ejército o en la Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones.
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.¹⁰

Como puede apreciarse este texto constitucional es el antecedente más directo del artículo 35 contemplado en la Constitución de 1917. Dicho texto sólo sufrió algunas modificaciones en 1898 cuando se propusieron reformas al mismo. En aquella ocasión lo único que se modificó fue el punto IV del artículo de 1857, estipulando que se podrían tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República o sus instituciones, pero “en los términos que prescriban las leyes”,¹¹ esto último no se había considerado en lo redactado en 1857. De manera que esa fue la única modificación al artículo, y así se mantuvo hasta 1917 en que fue promulgada la Constitución.

⁷Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, 1842, disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/1er_proyecto_constitucion_25_08_1842.pdf.

⁸Bases Orgánicas de la República Mexicana, 1843, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>.

⁹Acta Constitutiva y de Reformas, 1847, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>.

¹⁰Constitución Política de la República Mexicana de 1857, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

¹¹*Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, pp. 1010-1011.

Artículo 35

Texto constitucional vigente

35 *Artículo 35.* Son derechos del ciudadano:¹²

- I.** Votar en las elecciones populares;
- II.** Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;¹³
- III.** Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;¹⁴
- IV.** Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;¹⁵
- V.** Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.
- VI.** Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley;¹⁶
- VII.** Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y¹⁷
- VIII.** Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente:
 - I°.** Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de:
 - a)** El presidente de la República;
 - b)** El equivalente al 33 por ciento de los integrantes de cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión; o
 - c)** Los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al 2 por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley. Con excepción de la hipótesis prevista en el inciso c) anterior, la petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión,

¹²Párrafo reformado, *DOF*: 09-08-2012.

¹³Fracción reformada, *DOF*: 09-08-2012.

¹⁴Fracción reformada, *DOF*: 06-04-1990, 22-08-1996.

¹⁵Fracción reformada, *DOF*: 09-08-2012.

¹⁶Fracción adicionada, *DOF*: 09-08-2012.

¹⁷Fracción adicionada, *DOF*: 09-08-2012. Reformada, *DOF*: 10-02-2014.

- 2°. Cuando la participación total corresponda, al menos, al 40 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculador para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes;
- 3°. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta;
- 4°. El Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del requisito establecido en el inciso c) del apartado 1° de la presente fracción, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados;¹⁸
- 5°. La consulta popular se realizará el mismo día de la jornada electoral federal;
- 6°. Las resoluciones del Instituto Nacional Electoral podrán ser impugnadas en los términos de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 41, así como de la fracción III del artículo 99 de esta Constitución, y¹⁹
- 7°. Las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la presente fracción.²⁰

¹⁸Apartado reformado, *DOF*: 10-02-2014.

¹⁹Apartado reformado, *DOF*: 10-02-2014.

²⁰Fracción adicionada, *DOF*: 09-08-2012.

Artículo 35

Comentario por **Jesús Orozco Henríquez**

35 El presente precepto establece diversos derechos políticos fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas, en tanto que los artículos 6º, 7º, 8º y 9º constitucionales, por su parte, prevén otros derechos fundamentales que, según se analizará, también pueden versar sobre materia política.

El artículo 35 ha sido reformado en cuatro ocasiones (*Diario Oficial de la Federación* de 06-04-1990; 22-08-1996; 09-08-2012 y 10-02-2014). La de 2012, atinadamente, subrayó el carácter de derechos políticos que en favor de los ciudadanos y las ciudadanas se prevén, derogándose así la equívoca calificación de “prerrogativas” que a los mismos se otorgaba desde la Constitución de 1857 y que se conservó en el texto original de 1917 (en tanto que en los ordenamientos constitucionales previos, tanto de naturaleza federal como centralista, sí se les llegó a calificar como derechos). Como se verá, entre otras razones, tal situación propició que a los de naturaleza política no se les considerara como auténticos derechos humanos y no fueran susceptibles de protección judicial a través del juicio de amparo, al grado de que tampoco se les contemplara dentro del capítulo I del Título Primero de la Constitución, entonces denominado, también de manera equívoca, “De las Garantías Individuales” y que, desde la trascendente reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, lleva por epígrafe “De los Derechos Humanos y sus Garantías” (en el entendido de que en la referida reforma de 2011 se omitió corregir la calificación de “prerrogativas” al artículo 38 y, a la fecha, los derechos políticos no forman parte del citado capítulo I sino del capítulo IV del propio Título Primero, denominado “De los Ciudadanos Mexicanos”).

Evidentemente, los derechos políticos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por México (de manera destacada, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos) son derechos humanos y, por tanto, son parte del parámetro de control jurisdiccional de la regularidad constitucional, por lo que todos los órganos constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como los órganos constitucionales autónomos) deben promover, respetar, proteger y garantizar su pleno ejercicio.

En efecto, los derechos políticos son una categoría o especie de los derechos humanos. En términos generales, son aquellos que confieren a su titular la facultad u oportunidad de participar en los asuntos públicos del Estado, por sí mismo o a través de sus representantes. En la mayoría de los países, incluido México, sólo los ciudadanos y las ciudadanas son titulares de los derechos políticos, aun cuando en algunos se

permite a los extranjeros y las extranjeras residentes el derecho a participar políticamente, ya sea sólo en elecciones municipales (Bolivia, Paraguay y Venezuela) o también en elecciones distritales (Colombia), o bien sin limitarlo a determinadas elecciones (Ecuador y Uruguay) o dejando su configuración a la ley (Chile).

Es frecuente distinguir entre derechos político-electorales y otro tipo de derechos políticos, refiriéndose los primeros a aquellos cuyo ejercicio y realización hacen uso de la técnica del voto. Generalmente, la democracia representativa se apoya en dicha técnica, como ocurre con el derecho a votar y ser votado en elecciones populares, pero igualmente varios procedimientos de democracia semi-directa la utilizan, por ejemplo, referendo, plebiscito o revocatoria de mandato. Cuando se participa directamente en los asuntos públicos sin hacer uso de la técnica del voto, se está en presencia de derechos políticos no electorales, como ocurre al desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público para el que se fue nombrado o designado, o bien otros procedimientos de democracia semi-directa, como el cabildo abierto o la iniciativa popular.

El texto original de este artículo en la Constitución de 1917 era idéntico, como se mencionó, al del mismo número de la Constitución de 1857 (salvo que en la fracción IV de aquél, al derecho a tomar las armas para la defensa de la República y sus instituciones, se le adicionó “en los términos que prescriban las leyes”). Por su parte, las dos primeras reformas a este precepto se referirieron a su fracción III (originalmente, sólo preveía “Asociarse para tratar los asuntos políticos del país”), la primera, de 1990, para precisar que el derecho de asociación debía ejercerse en forma libre y pacífica, y la segunda, de 1996, adicionando que dicho derecho también debe ejercerse en forma “individual”. Asimismo, la de 2012, según se señaló, subrayó el carácter de derechos a los previstos en el propio precepto, además de que incorporó entre los mismos el de registrar candidaturas independientes cuando los ciudadanos y las ciudadanas cumplan los requisitos, términos y condiciones legales (fracción II), así como otros de participación ciudadana, como el de ser nombrado para cualquier empleo o comisión en el servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley (fracción VI), y los conocidos como procedimientos de democracia semi-directa, como son los de iniciar leyes (fracción VII) y votar en las consultas populares (fracción VIII), en los términos y requisitos constitucionales y legales. Finalmente, la de 2014, actualizó la denominación del Instituto Nacional Electoral como el encargado de participar en la iniciativa legislativa ciudadana y de organizar las consultas populares.

El artículo 35 que ahora se comenta guarda, asimismo, íntima relación con el 29 constitucional, que excluye a los derechos políticos de aquellos susceptibles de ser suspendidos por el presidente de la República con aprobación del Congreso Unión o de la Comisión Permanente, provisionalmente, si aquél no estuviere reunido, en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o algún otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; el 34, que define quiénes son ciudadanos y ciudadanas de México; el 36, que prescribe las obligaciones de los ciudadanos y las ciudadanas, así como el 37, apartado C, y el 38, que prevén las causas, respectivamente, de pérdida de la ciudadanía y suspensión de los “derechos o prerrogativas” de los ciudadanos y las ciudadanas (como se indicó, este último precepto conserva aún la referencia a

“prerrogativas”). Asimismo, con el 41, que establece las bases para la celebración de elecciones libres, auténticas y periódicas, incluyendo las relativas a los partidos políticos, así como a los principios rectores y atribuciones del Instituto Nacional Electoral como encargado de la función estatal de organizar las elecciones; el 60, que establece las bases para la calificación de las elecciones y su posible impugnación, así como el 99, que regula la estructura y competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Los derechos políticos en tanto derechos humanos y sus medios jurisdiccionales de protección constitucional

Los derechos políticos son derechos humanos —como se señaló— porque se encuentran consagrados en las normas básicas o fundamentales del orden jurídico mexicano, como son la Constitución y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por México.

Algunos de los derechos políticos previstos en el artículo bajo comentario tienen el carácter de político-electoral porque están vinculados con procedimientos electivos, ya se trate de los referidos a la democracia representativa, como son los relativos a las elecciones para cargos previstos constitucionalmente y en el ámbito intrapartidario (como es el caso de los derechos de votar y ser votado, así como los de asociación y petición en materia político-electoral, según las fracciones I, II y, parcialmente, III y V), o bien los relacionados con procedimientos de democracia semi-directa, como son las consultas populares (fracción VIII). Por otra parte, los restantes que se prevén en el propio precepto como ser nombrado —no elegido— para algún empleo o comisión en el servicio público; defensa de la patria y sus instituciones, así como asociación política no electoral, petición en asuntos no electorales y, según se analiza más adelante, participación en forma pacífica en los asuntos políticos no electorales del país, en términos de las fracciones IV, V y VII, así como, parcialmente, III y V, cabe identificarlos como derechos políticos en general o de carácter no electoral.

Ciertamente, como se mencionó, los anteriores no son los únicos derechos políticos de los ciudadanos mexicanos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el artículo 9º, por ejemplo, contempla como derecho exclusivo de los ciudadanos y las ciudadanas de la República reunirse pacíficamente (se entendería, de manera transitoria) para tomar parte en los asuntos políticos del país, del mismo modo que los artículos 8º y el propio 9º, en forma parcialmente redundante con el 35, fracciones III y V, del ordenamiento constitucional, reservan a la ciudadanía los derechos de petición y asociación (se consideraría, de forma más o menos permanente, constituyendo una persona jurídica distinta) en asuntos políticos, en el entendido de que el ejercicio de los anteriores derechos también puede referirse o no, como se apuntó, a la materia político-electoral.

Asimismo, existen otros derechos que, por su ámbito material, también pueden considerarse políticos (*lato sensu*) y se encuentran previstos en la Constitución federal,

los cuales se confieren, en general, a los mexicanos y las mexicanas (incluyendo, claro está, a quienes sean ciudadanos y ciudadanas), como es el caso de los artículos 6º y 7º, en relación con el 33, que consagran los derechos a la libertad de expresión, a la información y a la libertad de imprenta, mismos que, cuando tienen una connotación política, de su ejercicio se excluye sólo a los extranjeros y las extranjeras mas no a los mexicanos y las mexicanas que no tengan la calidad de ciudadanos o ciudadanas [por ejemplo, niños, niñas y adolescentes; en este sentido, *v.gr.*, la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional suscrito y ratificado por México (*Diario Oficial de la Federación* de 31 de julio de 1990) y, por tanto, integrante del orden jurídico nacional en términos del artículo 133 constitucional. Explícitamente contempla como derechos del niño “la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo [...] ya sea oralmente, por escrito o impresas”, e incluso, “a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas” (artículos 13, párrafo primero, y 15, párrafo primero), si bien cuando tales derechos tienen una naturaleza político-electoral, por estar íntimamente vinculados con los derechos de votar, ser votado o asociación político-electoral, su ejercicio se reserva explícitamente a los ciudadanos y las ciudadanas. De esta manera ciertas libertades de expresión o de imprenta (al igual que determinados derechos de asociación o reunión) se encuentran regulados en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, o bien, es el caso del derecho de información en materia político-electoral que se contempla en los artículos 74, fracción I, y 76 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

A pesar del carácter también fundamental de los derechos políticos previstos en este artículo y su naturaleza de ser derechos humanos, a diferencia de los derechos humanos o fundamentales establecidos desde la Constitución de 1857 y en la Constitución de 1917, en el mencionado capítulo I del Título Primero, los cuales siempre han sido susceptibles de protección procesal constitucional a través del juicio de amparo, es el caso que durante más de un siglo —según se explicará— aquéllos carecieron de medios procesales constitucionales de protección jurisdiccional.

En efecto, siguiendo la tradición de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16), que consideró (quizás, ingenuamente) que la forma de garantizar tales derechos era incorporándolos en un documento solemne llamado Constitución, los primeros ordenamientos constitucionales del México independiente, si bien consagraron varios derechos y libertades fundamentales incluso de carácter político, con la salvedad de la Constitución federal de 1824 que, como en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, se abstuvo de contemplarlos y dejó a las constituciones y leyes de los respectivos nuevos Estados la tarea de establecerlos y no fue sino con el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 donde, además de restablecer la vigencia de aquélla, de manera similar a las 10 primeras enmiendas a la referida Constitución de 1787 (aprobadas en 1789 y conocidas como *Bill of Rights*), cuando se incorporaron algunos de esos derechos en el ámbito federal mexicano, aunque se delegó su regulación en el legislador ordinario, no establecieron propiamente medios procesales constitucionales de protección jurisdiccional. Sin embargo, cabe

advertir que la mencionada Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 (cuya vigencia fue precaria, debido a la anarquía prevaleciente por las luchas fratricidas entre liberales y conservadores, además de la invasión norteamericana, y la posterior dictadura de Santa Anna) contempló la atribución de los tribunales de la Federación para amparar, con efectos particulares (sin hacer declaraciones generales acerca de la ley o el acto), a cualquiera de los habitantes en el ejercicio y conservación de sus derechos constitucionales respecto de actos del Legislativo o Ejecutivo federal o local.

Por su parte, la Constitución federal de 1857, cuya sección I del Título Primero (denominado “De los Derechos del Hombre”) consagró varios derechos y libertades fundamentales en los primeros 29 artículos, además de que en el 35 se incorporaron diversos derechos políticos, bajo la denominación de prerrogativas del ciudadano, en tanto que en los artículos 101 y 102 se previó la competencia de los tribunales de la Federación para resolver, entre otras, toda controversia que se suscitara por leyes o actos de autoridad que violasen las “garantías individuales”, limitándose la sentencia a proteger y amparar a los agraviados con efectos particulares.

Una vez concluida la guerra de la Intervención Francesa y restaurada la República, además de la relevante función protectora del juicio de amparo respecto de los derechos y libertades fundamentales previstos en los primeros 29 artículos, se empezó a desarrollar en los tribunales de la Federación la doctrina de “la incompetencia de origen” para salvaguardar algunos derechos político-electorales de los ciudadanos, que tuvo como principal ejemplo al llamado “Amparo Morelos” (1870), según el cual, a través del análisis del concepto de competencia previsto en el artículo 16 constitucional, era posible que el Poder Judicial, con motivo de la impugnación de algún acto de autoridad, estudiara mediante el juicio de amparo no sólo las atribuciones formalmente otorgadas en la ley a tal autoridad sino, incluso, su legitimidad y cuestionar así la validez de la elección de algún funcionario en que se hubiesen presentado irregularidades. Con base en ese criterio, José María Iglesias en 1876, entonces presidente de la Suprema Corte, cuestionó la reelección presidencial de Sebastián Lerdo de Tejada por presuntas irregularidades (en el entendido de que, ante la eventual falta absoluta del presidente de la República por la declaratoria de nulidad de la elección respectiva, atendiendo al mecanismo de sustitución presidencial previsto en la Constitución de 1857, al propio Iglesias, en su carácter de presidente de la Suprema Corte, le correspondería asumir la Presidencia de la República). Los riesgos o excesos que implicaba lo anterior dio lugar a la conformación de una doctrina distinta promovida hacia 1881 por el nuevo presidente de la Suprema Corte, Ignacio L. Vallarta, en el sentido de que el Poder Judicial de la Federación se debía abstener de involucrarse en el conocimiento de asuntos políticos, distinguiendo entre legitimidad y competencia y sosteniendo que esta última era el único aspecto susceptible de protección con base en el artículo 16 constitucional.

En el mismo sentido, con motivo de la Constitución de 1917, la Suprema Corte estableció hacia 1920 la jurisprudencia que sostiene que “La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales” (la cual se encuentra, en esencia, vigente hasta nuestros días, adoptándose un criterio topográfico para tal exclusión, en tanto que el artículo 35 no formaba parte del capítulo

entonces denominado “De las Garantías Individuales”), reservando así a los órganos políticos —las asambleas legislativas o una parte de las mismas, como eran los colegios electorales— la calificación final de las elecciones.

Lo anterior se corroboró con la Ley de Amparo de 1936, que estableció la improcedencia del juicio de amparo en materia electoral, y, según reforma al artículo 73, fracción VII, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 5 de enero de 1988, se previó en forma expresa que: “El juicio de amparo es improcedente [...] Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral”. Por su parte, de acuerdo con la Ley de Amparo en vigor, expedida el 2 de abril de 2013, su artículo 61, fracciones IV y XV, establece que el juicio de amparo es improcedente, respectivamente, contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en material electoral.

Fue así como se confirmó la ausencia de un medio procesal constitucional de protección jurisdiccional de los derechos políticos previstos en el artículo 35 constitucional, particularmente los de naturaleza electoral e, incluso, del relativo a la defensa de la patria y sus instituciones (en tanto que la jurisprudencia de la Suprema Corte también reiteradamente sostuvo la improcedencia del juicio de amparo contra actos y resoluciones relativos a las bajas en el Ejército Nacional), por considerar que éstos no constituían garantías individuales). Lo anterior no implicaba que no hubiera procedimientos ordinarios legalmente previstos de protección jurisdiccional (o, eventualmente, administrativa, o bien, tratándose de la calificación de las elecciones, de naturaleza política), como ocurrió, por ejemplo, respecto de los actos y resoluciones electorales federales, con motivo de los medios de impugnación bajo la competencia del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal, creado en 1987, y el Tribunal Federal Electoral, instaurado en 1990, en el entendido de que éstos sólo ejercían un control jurisdiccional de la legalidad electoral (mas no un control jurisdiccional de la constitucionalidad electoral), además de que sus resoluciones podían ser revisadas y, en su caso, modificadas por los entonces colegios electorales de las cámaras de diputados o senadores.

Sin embargo, el 22 de agosto (a nivel constitucional) y el 22 de noviembre (a nivel legal) de 1996, operaron en México importantes reformas que vinieron a establecer un sistema integral de instrumentos jurídicos tendentes a proteger y garantizar los derechos político-electorales fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas. Así, en lo orgánico, se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), órgano especializado del Poder Judicial de la Federación y, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de la misma Constitución (relativa a la acción de inconstitucionalidad de leyes electorales), la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, y en lo procedimental se publicó la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral que, entre otros medios específicos de impugnación prevé, precisamente, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, considerando dentro de los mismos a los derechos de votar, ser votado, asociación y afiliación, colmándose así la laguna que se había generado por más de una centuria en el orden jurídico mexicano ante la ausencia de medios procesales constitucionales específicos de

protección de los derechos político-electorales, propiciándose un sistema integral de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

Al respecto, cabe mencionar que esta trascendental reforma constitucional y legal de 1996 fue consecuencia de algunos avances anteriores, como la creación de los mencionados Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal y el Tribunal Federal Electoral, que precedieron al actual TEPJF. Asimismo, tuvieron influencia importante algunos instrumentos internacionales en los que, de manera indudable, se reconoce a los derechos políticos el carácter de derechos humanos, previéndose su reconocimiento y debida protección jurisdiccional, *v.gr.*, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso, antes de que se crearan los primeros tribunales electorales en nuestro país hacia finales de la década de los ochenta y cuando aún prevalecía un sistema contencioso electoral de naturaleza política ante los colegios electorales de las respectivas legislaturas, se llegó a cuestionar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la ausencia en algunas entidades federativas de un recurso efectivo de defensa de los derechos políticos establecidos en dicha convención ante un tribunal imparcial previamente establecido, habiendo concluido la responsabilidad internacional del Estado por la violación al artículo 25 de la Convención Americana (Informe 01/90), lo cual también puede considerarse un factor para la adopción de los referidos medios de defensa.

Cabe advertir que los otros derechos y libertades que, si bien podrían tener un ámbito material político, como los derechos a libertad de expresión e imprenta, así como de información, cuyo titular es todo mexicano, además de los derechos petición y a la libertad de asociación y reunión para tratar asuntos políticos (de carácter no electoral), cuyo titular es cualquier ciudadano, en la medida en que se encuentran establecidos en los artículos 6º, 7º, 8º y 9º constitucionales, sí se han considerado, en general, susceptibles de protección jurisdiccional a través del juicio de amparo. Por su parte, los derechos político-electorales del ciudadano establecidos en el artículo 35 constitucional, particularmente los de votar, ser votado, así como de asociación y afiliación, son tutelados a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, bajo la competencia de las diversas salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Incluso, según jurisprudencia de la Sala Superior del propio órgano jurisdiccional electoral federal, también se ha considerado procedente el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano para salvaguardar otros derechos políticos fundamentales (como los de expresión, información, petición o reunión) íntimamente vinculados con los de votar, ser votado, asociación y afiliación en material político-electoral, a fin de no hacer nugatorio el ejercicio de estos últimos. Asimismo, el referido juicio se estimó la vía procedente para proteger el derecho de acceso a la información pública en materia político-electoral que se encontrara en poder del entonces Instituto Federal Electoral, en términos del en esa época artículo 11 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Además, es importante destacar que, a diferencia de los restantes medios de impugnación que sólo proceden en contra de actos de las autoridades electorales, el citado juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, según jurisprudencia de la Sala Superior del TEPJF en un inicio y por reforma constitucional a partir de 2007, procede también en contra de actos definitivos y firmes de los órganos de los partidos políticos, una vez agotados, en su caso, los medios de defensa intrapartidarios, teniendo en cuenta su naturaleza de entidades de interés público y su posición de predominio frente a los ciudadanos, particularmente por el financiamiento público que se les otorga y el cuasi monopolio que, hasta entonces, se les confería legalmente para postular candidatos a cargos de elección popular.

Es importante señalar que, aun cuando el capítulo I del Título Primero de la Constitución federal se denomina “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, desde una perspectiva estrictamente técnica, según la teoría del Derecho procesal constitucional, debe distinguirse entre el derecho humano o fundamental y el medio procesal de protección, el cual es propiamente la garantía de aquél. En este sentido, cabría reservar el carácter de derechos (y libertades) fundamentales establecidos en los primeros 29 artículos la Constitución federal (conocidos también, la mayor parte de ellos, como derechos civiles, ya se trate de los de igualdad, libertad o seguridad jurídica), o bien en los artículos 35 (denominados derechos políticos); 3º, 4º, 27 y 123 (los llamados derechos sociales, tal es el caso de los derechos, respectivamente, a la educación; a la alimentación, la protección de la salud y a vivienda digna, así como los de niños, niñas y adolescentes; campesinos, o trabajadores), además del 2º, 4º, 27, 39 y 89, fracción X (considerados como derechos de los pueblos y las naciones, como ocurre con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas; a un medio ambiente sano y al acceso, disposición y saneamiento de agua; la preservación de los recursos naturales y culturales, y la libre determinación de los pueblos, de acuerdo con la tendencia internacional). Por su parte, conferir el de garantías constitucionales propiamente a los diversos medios procesales de protección jurisdiccional de la Constitución según el caso: juicio de amparo o medios de impugnación electoral, o bien acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional, en términos de los artículos 99, 103, 105 y 107 constitucionales. Incluso, aunque no tengan estrictamente un carácter procesal, cabría incluir aquí los procedimientos ante el organismo autónomo —Instituto Nacional de Acceso a la Información— encargado de garantizar el derecho de acceso a la información pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6º constitucional.

Derecho a votar o sufragio activo

En la fracción I se establece el derecho político de ciudadanos y ciudadanas a votar en las elecciones populares, también identificada como “derecho de sufragio activo” (a diferencia del derecho de sufragio pasivo, que es el derecho a ser votado), como característica primordial de la democracia representativa.

Por otro lado, como parte de los procedimientos de democracia semi-directa previstos a partir de 2012, se establece en la fracción VIII el derecho político de ciudadanos y ciudadanas a votar en las consultas populares (si bien tuvo algún antecedente entre 1977 y 1987 en que se previó constitucionalmente el referéndum, como parte de la reforma política de aquel año, para el entonces Distrito Federal, pero careció de eficacia práctica pues nunca se reglamentó, en el entendido de que en 1998 se expidió la Ley de Participación Ciudadana por la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que contempló tanto el referéndum como otros mecanismos de participación ciudadana para esa entidad federativa, con base en lo previsto en el entonces artículo 122, párrafo sexto, apartado C, base primera, fracción V, inciso h) constitucional, mismo que fue reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de enero de 2016, que prevé una Constitución para la Ciudad de México).

La consulta popular bajo procedimientos de carácter electivo debe diferenciarse de otro tipo de consultas que no usan la técnica del voto, aunque también se consideren procedimientos de democracia semi-directa, como ocurre con los mecanismos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática (artículo 26, apartado A, tercer párrafo constitucional), así como la consulta a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales (artículo 2º constitucional, apartado B, fracción IX).

Naturaleza jurídica del sufragio activo

Se discute si éste es un derecho o un deber que al ciudadano o la ciudadana se le impone para el cumplimiento de una función pública. El debate no es nuevo, pues ya en 1791, en la Asamblea Constituyente francesa se discutió precisamente si el voto era un derecho del individuo o una función pública, habiendo entonces ganado la posición de Barnave, para quien “la calidad de elector sólo es una función pública a la que nadie tiene derecho, que la sociedad dispensa según se lo prescribe su propio interés: la función de elector no es un derecho”.

En México, el artículo 7º, párrafos 1 y 4, de la vigente Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (*Diario Oficial de la Federación* de 23 de mayo de 2014, que abrogó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE)) establece que “votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación que se ejerce para integrar los órganos del Estado de elección popular”, a la vez que “es derecho y obligación de los ciudadanos, votar en las consultas populares [...] y en los procesos de participación ciudadana”. Dispositivos legales que encuentran su fundamento en los artículos 35, fracciones I y VIII, así como 36, fracción III, constitucionales, que establecen, respectivamente, que votar en las elecciones populares y en las consultas populares es tanto un derecho como una obligación del ciudadano y la ciudadana.

Cabe advertir que, según algunos, el voto no puede ser simultáneamente un derecho y una obligación; consideran que afirmar que una misma conducta (votar) es al mismo tiempo derecho y obligación para un mismo sujeto (el ciudadano o la ciudadana),

resulta incoherente, en virtud de que frente a todo derecho subjetivo en favor de determinada persona, en sentido estricto, existe siempre un correlativo deber jurídico a cargo de una persona diversa y nunca a cargo de la misma persona. Esto es, si se considera que el titular de un derecho “puede” realizar u omitir la conducta que ordena la ley, mientras que el que tiene una obligación a su cargo “debe”, indefectiblemente, observar esa conducta y no tiene derecho a omitirla, ni a realizar otra diversa, resulta que si la conducta de votar es un derecho del ciudadano, entonces, éste puede o no realizar tal conducta, pero si la conducta de votar es un deber del propio ciudadano, entonces, ésta debe “necesariamente” observarse; por tanto, se aduce, votar no puede ser al mismo tiempo derecho y obligación a cargo de una misma persona, ya que en este supuesto ambos caracteres normativos resultan excluyentes entre sí.

Ahora bien, para resolver o evitar la presunta incoherencia lógico-jurídica de considerar al voto simultáneamente como un derecho y una obligación del ciudadano, en la doctrina se plantean diversas ideas, de las cuales a continuación se exponen las más significativas:

1. *El voto-prerrogativa*. Esta posición pretende resolver la incoherencia de considerar al voto simultáneamente como derecho y obligación, acudiendo al concepto “prerrogativa”, que se estima admite en su seno la citada contradicción. “Prerrogativa, en este sentido (por ejemplo, en el artículo 38 constitucional, como resabio de lo previsto en el antiguo 35), es el derecho de votar en las elecciones populares (al igual que en las consultas populares) y poder ser votado o electo para desempeñar el cargo de elección popular; de la misma manera, es una prerrogativa (en el sentido antes indicado, de constituir tanto un derecho como una obligación) en cuanto posibilidad de “servir” o “desempeñar” un cargo de elección popular (artículo 36 constitucional, fracciones III y IV).

En relación con lo anterior, cabe comentar que la palabra “prerrogativa” efectivamente puede usarse para referirse lo mismo a un derecho que a una obligación, pero sólo en aquellos casos en que éstos destacan, honran, privilegian o dignifican a su titular. Derechos y obligaciones específicos que suponen o conllevan ciertas calidades particularmente valiosas o dignificantes para sus titulares, pueden ser correctamente llamados “prerrogativas”; sin embargo, este concepto poco aporta para consolidar un lenguaje técnico preciso que asegure la juridicidad del derecho electoral. En el régimen jurídico-positivo de nuestro país no tiene trascendencia alguna establecer si ciertos derechos u obligaciones tienen un origen o un efecto socialmente más o menos valioso o dignificante que otros.

Las “prerrogativas” que para los ciudadanos establecía el artículo 35 constitucional pueden ser consideradas como sinónimo de “derechos”, en términos de lo dispuesto en el artículo 38, aún vigente, de la misma Constitución, cuyo proemio utiliza indistintamente ambos vocablos. Ya en el Congreso Constituyente de 1856, cuando se debatió el que sería el artículo 41 de la Constitución de 1857, se cuestionó la frase: “Son prerrogativas del ciudadano”. Diversos diputados constituyentes se opusieron, aunque infructuosamente, al uso de la palabra “prerrogativas” en lugar

de “derechos”. En cierta medida, el calificativo de “prerrogativas” contribuyó a que se interpretara que no eran susceptibles de ser protegidos a través del juicio de amparo durante más de un siglo.

2. *El voto o sufragio como conjunto de derechos y obligaciones.* Para efectos del presente comentario, es posible considerar al voto —en tanto sufragio activo— como una institución jurídica que se integra por diversos derechos y obligaciones específicos de los ciudadanos. En este sentido, cabe entender al sufragio (activo) como un derecho político fundamental con una estructura compleja que entraña diversos elementos, cuyo núcleo esencial lo constituye un derecho de optar o la libertad de decidir (libertad del titular para votar por quien considere la mejor opción política y sin interferencia de los demás), dentro de un perímetro de otros derechos y obligaciones, entre los cuales cabe identificar los siguientes: a) Obligación de solicitar la inscripción y actualización de sus datos en el Registro Federal de Electores [artículos 36, fracción I, constitucional, en relación con el segundo transitorio del Decreto de reformas constitucionales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de abril de 1990, así como 130 y 135 a 142 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE)].

b) Derecho a obtener, habiendo cumplido con los requisitos y trámites correspondientes, el registro de sus datos actualizados en el Registro Federal de Electores, así como la expedición de su correspondiente credencial para votar con fotografía (artículos 136 y 143 de la LGIPE).

c) Obligación, el día de la jornada electoral, de acudir a la casilla que le corresponda según su domicilio y, previa exhibición de su credencial para votar con fotografía a los funcionarios de casilla, emitir en ésta su voto (los electores en tránsito podrán votar en casillas especiales, en tanto que los y las representantes de los partidos políticos y candidatos o candidatas independientes ante las mesas directivas podrán votar en la casilla en la que estén acreditados), así como de votar sólo una vez en cada elección, utilizando las boletas y material electoral que la autoridad elabora para cada elección (artículos 35, fracción I, y 36, fracción III, constitucionales, así como 9º, 278, 279 y 284 de la LGIPE). En el caso de los ciudadanos y las ciudadanas residentes en el extranjero, tendrán derecho a enviar su voto por correo, mediante la entrega de la boleta en forma personal en los módulos que se instalen en las embajadas o los consulados o, en su caso, por vía electrónica, en conformidad con la ley y los términos que determine el Instituto Nacional Electoral (artículo 329 de la LGIPE).

d) Derecho a producir su voto con entera libertad, sin presión de índole alguna (artículo 35, fracción I, constitucional), el cual constituye, según se mencionó, el núcleo esencial del derecho fundamental de votar o sufragio activo. La obligación del ciudadano y la ciudadana es acudir a votar, pero, ya estando frente a la boleta electoral, cada quien tiene la absoluta libertad de escoger la opción política de su preferencia o, incluso, de no escoger alguna. El ciudadano o la ciudadana tiene derecho a abstenerse de votar, votar en blanco o anular su voto, pero no tiene derecho a ausentarse o no presentarse a votar (los electores que no sepan leer o que se encuentren impedidos físicamente para marcar sus boletas tienen derecho a votar asistidos por una persona de su confianza que les acompañe).

El derecho a votar libremente tiene como tutela, por una parte, la acción del ciudadano para denunciar la comisión de un ilícito, a efecto de que se imponga al responsable la pena o sanción correspondiente al delito o infracción cometida y, por otra

parte, la acción de un partido político para solicitar, en los supuestos previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), la nulidad del acto de autoridad o de la votación o elección viciada.

e) Obligación de no ejercer presión o violencia sobre elector alguno, con el propósito de influir o determinar el sentido de su voto, ni sobre los funcionarios de la mesa directiva de casilla, con el propósito de obstaculizar o impedir el ejercicio de sus funciones (artículos 280 y 281 de la LGIPE, así como 75, párrafo 1, incisos i) y j), de la LGSMIME).

f) Derecho a que el voto en el que conste de manera fehaciente la voluntad del elector expresada a favor de una de las opciones electorales sea considerado como válido y, además, se cuente igual que cualquier otro (artículos 35, fracción I, constitucional y 287 a 291 de la LGIPE). En el caso de los ciudadanos y las ciudadanas residentes en el extranjero, se contarán aquellos votos que lleguen al Instituto Nacional Electoral hasta veinticuatro horas antes de la jornada electoral, si el voto es postal o en forma presencial en los módulos instalados en las embajadas o consulados, o hasta las 18:00 horas del día de la jornada electoral, huso de la Ciudad de México, si se envía por medios electrónicos (artículo 345 de la LGIPE).

Ahora bien, a quien incumpla su obligación de acudir a la urna a votar el día de la elección, en principio le corresponde como sanción ser suspendido en sus derechos ciudadanos, de acuerdo con el artículo 38, fracción I, constitucional. Sin embargo, en relación con este punto, cabe señalar que ni en la Constitución federal ni en la ley en vigor hay disposición textual que establezca la autoridad competente y el procedimiento para declarar cuándo se ha incumplido injustificadamente con el deber de votar.

Situación distinta ocurrió con motivo de las primeras leyes electorales posteriores a la expedición de la Constitución de 1917, toda vez que tanto la Ley para la Elección de Poderes Federales de 1918 como la Ley Electoral Federal de 1946, la Ley Electoral Federal de 1951 y la Ley Federal Electoral de 1973 establecieron sanciones específicas para los ciudadanos que incumplieran con su obligación de votar, consistiendo, estas últimas, en una multa de 10 a 300 pesos y/o prisión de tres días a seis meses, así como suspensión de derechos políticos por un año, sin que se tenga noticia de que se hubiese perseguido con eficacia la infracción correspondiente. No fue sino con la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 1977 que se abrogó tal previsión, sin que tampoco se prevea en la LGIPE, como se apuntó, disposición alguna sobre el particular.

Por lo que se refiere al derecho electoral comparado de América Latina, se aprecia un panorama acerca de la obligatoriedad del voto con tres vertientes identificables: *i)* El voto consagrado exclusivamente como un derecho (Nicaragua, República Dominicana y Venezuela); *ii)* El voto como deber sin sanción por su no ejercicio (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá), o bien, sin desarrollar procedimientos para adjudicar la sanción respectiva (es el caso, como se mencionó, de México), y *iii)* El voto obligatorio con sanción en caso de incumplimiento (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Uruguay).

Características del sufragio activo

De los artículos 35, fracción I, y 41 de la Constitución federal; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (ambos tratados suscritos y ratificados por México en 1981), así como el 7º, párrafo 2, de la LGIPE, se desprende que, en México, el derecho de votar debe ser *universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible*.

Para que el sufragio sea universal, no se requiere que deba ser elector todo habitante o residente en la República Mexicana, sino que, para tener derecho a votar, no se establezcan excepciones al ejercicio del voto por razones de raza u origen étnico, color, género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, posición económica, nivel cultural o cualquier otra condición social. De ahí que el voto o sufragio no sea absolutamente universal, en tanto que su ejercicio no se confiere comúnmente a la totalidad del pueblo, es decir, al pueblo sociológico como unidad real, sino a determinados grupos dentro de él, que satisfagan ciertas condiciones previstas jurídicamente, siendo dichas condiciones lo que permite calificar a un sistema de gobierno como democrático o aristocrático (pues si se traducen en privilegios de diversa índole, de los que sólo puede gozar una clase social determinada, se tratará de una aristocracia y, si son susceptibles de satisfacerse por la mayoría popular, se estará en presencia de una democracia).

En la actualidad, los requisitos o presupuestos para adquirir la calidad de elector en México no resultan injustificados. En el pasado, sin embargo, tanto en nuestro país como en el mundo, existieron restricciones que hoy podrían considerarse excesivas o indebidas. Por ejemplo, las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, así como las Bases Orgánicas de 1843, requerían la acreditación de una renta económica mínima para poder adquirir la calidad de ciudadano mexicano; el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, así como las Bases Constitucionales de 1835, requerían para ser ciudadano profesar o respetar la religión católica; no fue hasta el año de 1953 cuando se le concedió a las mujeres el derecho de votar en todas las elecciones, en tanto que en 1969 se confirió la ciudadanía a los 18 años; mediante reforma constitucional de 1992, se derogó la restricción que impedía votar a los ministros de culto religioso; finalmente, a través de la reformas y adiciones al entonces COFIPE, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de junio de 2005, se establecieron mecanismos legales para permitir el voto de los mexicanos residentes en el extranjero, en ese entonces exclusivamente para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que, a partir de 2014, se contempla también para senadores y, de así preverse en el ordenamiento constitucional de la correspondiente entidad federativa, gobernadores o jefe de gobierno de la Ciudad de México (artículo 329 de la LGIPE).

Las características de voto libre y secreto se encuentran íntimamente relacionadas. La violación a la secrecía del voto vicia la libertad del mismo, de tal forma que lo convierte en un voto que puede no reflejar la voluntad verdadera del elector. Sin embargo, la libertad del voto es más amplia, pues no sólo se limita a que el voto sea se-

creto sino, además, libre de cualquier tipo de presión por cualquier persona, para lo cual se encuentran previstas en la legislación electoral una serie de medidas tendentes a garantizar la libertad en la emisión del sufragio, como pueden ser las facultades con las que cuentan los funcionarios de casilla en el día de la jornada electoral para mantener al elector libre de cualquier presión, así como la sanción de nulidad de la votación recibida en casilla, prevista en el artículo 75, párrafo 1, inciso i), de la LGSMMIME, aplicable cuando haya habido presión hacia los votantes o los miembros de la respectiva mesa directiva de casilla.

El voto es libre cuando no está sujeto a presión, intimidación o coacción alguna, en tanto que es secreto porque la ley y la práctica garantizan que no se conocerá públicamente la preferencia o voluntad de cada elector; es decir, porque se tiene el derecho de votar sin ser observado desde que se marca la boleta hasta que se deposite en la urna.

El voto es directo cuando la votación emitida por los ciudadanos y las ciudadanas sirve para elegir en forma directa a las autoridades públicas representativas. En cambio, es indirecto el voto popular cuando a través de éste se elige o legitima a un órgano intermedio, para que sea éste el que finalmente haga la designación de la autoridad pública. En el siglo XIX, para la elección de legisladores y del presidente de la República (incluso, de los entonces denominados magistrados de la Suprema Corte de Justicia), en México hubo un esquema de voto indirecto.

Finalmente, el sufragio es personal porque el elector no lo puede ejercer por medio de representante, mandatario o apoderado, y es intransferible porque el elector no puede ceder a otra persona su derecho a votar.

Derecho a ser votado o sufragio pasivo

En la fracción II del artículo que se comenta está contemplado el derecho político-electoral fundamental a ser votado. No obstante lo anterior, esta disposición debe entenderse en el sentido de que para ser acreedor de este derecho no basta con ser ciudadano o ciudadana sino también deben cumplirse las demás calidades que establezca la ley.

El también llamado sufragio pasivo se integra (al igual que el sufragio activo) por diversos derechos y obligaciones específicos, entre otros, los siguientes:

- a) Derecho a solicitar el registro como candidato o candidata ante la autoridad electoral, al ser postulado o postulada por un partido político, o bien, según reforma de 2012, de manera independiente, habiendo cumplido con los requisitos, condiciones y términos que determine la ley, los cuales se establecen en el Libro Séptimo de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (artículos 357 y ss.);
- b) Derecho a ser registrado como candidato por la autoridad electoral, habiendo cumplido, en tiempo y forma, con los requisitos que la Constitución y la ley prevean;
- c) Derecho a que su nombre sea impreso en la boleta electoral, habiendo cumplido con los requisitos legales, siempre y cuando haya sido registrado como candidato por la autoridad electoral y su registro no se hubiere hecho después de que las boletas estuvieran impresas;

- d) Derecho de los partidos políticos y candidatos independientes a acceder a tiempo en radio y televisión, en los términos establecidos en la Constitución y la ley;
- e) Obligación de los partidos políticos y candidatos de abstenerse contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad en radio y televisión;
- f) Obligación de los partidos políticos y candidatos de abstenerse en su propaganda política y electoral de expresiones que calumnien a las personas, así como de apearse a los límites temporales y topes de gastos que la ley y/o la autoridad electoral establezcan para las campañas electorales;
- g) Derecho a que le sean contabilizados todos los votos emitidos en su favor, siempre y cuando sea un candidato registrado por la autoridad electoral, y
- h) Derecho a que, en caso de obtener el mayor número de votos válidos, sea declarado candidato electo o candidata electa por parte de la autoridad electoral correspondiente.

En nuestro país, como se indicó, a partir de la reforma constitucional de 2014, se volvieron a permitir las candidaturas independientes, toda vez que desde la ley electoral federal de 1946 y después en el artículo 175 del entonces COFIPE se había establecido el llamado monopolio de los partidos políticos para postular candidatos, en tanto que preveía expresamente que corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de los candidatos a cargos de elección popular. Lo anterior fue motivo de un amplio debate en la doctrina científica e, incluso, en el ámbito judicial electoral, en el sentido de si tal exigencia de la ley restringía indebidamente (esto es, de manera inconstitucional) o no el derecho de los ciudadanos y las ciudadanas de acceder a los cargos públicos, al descartarse cualquiera otra forma de postulación que no fuera a través de un partido político.

Cabe señalar que en el año de 2001, al confirmar la negativa de registro como candidato independiente a un ciudadano en la elección para gobernador del estado de Michoacán, la mayoría de la Sala Superior del TEPJF estableció el criterio de que el derecho político-electoral fundamental de ser votado es de base constitucional y configuración legal, por lo que no tiene un carácter absoluto y es jurídicamente válido que legalmente se establezcan las calidades y los requisitos para su ejercicio. Al respecto, la Sala Superior sostuvo que si bien el artículo 41, fracción I, de la Constitución federal no preveía el monopolio de los partidos políticos para la postulación de candidatos, razón por la cual el legislador ordinario tenía atribuciones para establecer la posibilidad de candidaturas independientes o no partidarias (como ocurría, por ejemplo, con las candidaturas ciudadanas para presidentes de comunidad en el ámbito municipal en Tlaxcala, las candidaturas para integración de ayuntamientos postuladas por agrupaciones municipales de ciudadanos en Veracruz y, según reforma legal de 21 de junio de 2005, los ciudadanos sonorenses podían participar como candidatos independientes a los cargos de elección para gobernador, diputados por el principio de mayoría relativa y planillas de ayuntamiento); igualmente, sostuvo la Sala Superior, no resultaba necesariamente inconstitucional ni violatorio de los instrumentos internacionales de derechos humanos que el legislador ordinario (federal o local) previera en ese entonces que los partidos políticos eran los únicos que podían presentar solicitudes para registrar candidatos, en ejercicio de su potestad de regular legalmente las calidades, requisitos, circunstancias y condiciones para el ejerci-

cio del citado derecho en aras del interés general y en atención a las particularidades del desarrollo político y social de la respectiva entidad federativa, salvaguardando el sistema plural de partidos políticos y los demás derechos, fines, principios y valores constitucionales involucrados, máxime que resultaba accesible a la ciudadanía formar un nuevo partido político local en el estado de Michoacán pues, al efecto, entre otros requisitos razonables, bastaba la voluntad de tan sólo el 0.45 por ciento del padrón electoral y era el caso de que la misma ley electoral michoacana no exigía estar afiliado a un partido político para ser postulado como candidato o candidata (sentencia recaída en el expediente SUP-JDC-037/2001).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la alegada inconventionalidad del entonces artículo 175 del COFIPE que establecía que sólo los partidos políticos podían postular candidatos para la elección presidencial de 2006, sostuvo que

[e]l sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (sentencia recaída en el caso Jorge Castañeda *vs.* Estados Unidos Mexicanos, párr. 166).

Asimismo, la Corte Interamericana examinó la legalidad de la medida restrictiva que reservaba a los partidos políticos el derecho de postular candidatos o candidatas (considerándola satisfecha, al estar prevista en una ley en sentido formal y material); si su finalidad era legítima y estaba permitida por la Convención (concluyendo afirmativamente, pues tenía como propósito organizar el proceso electoral y permitir el acceso de los ciudadanos y las ciudadanas al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz), así como su necesidad en una sociedad democrática y la proporcionalidad de la medida restrictiva, llegando a la siguiente conclusión como resultado de un ejercicio de ponderación: que sí satisfacía una necesidad social imperiosa, esto es, sí estaba orientada a satisfacer un interés público imperativo (al estimar que, atendiendo a las razones históricas, políticas y sociales de México, se requería establecer un sistema de partidos políticos abierto, representativo, plural, equitativo y competitivo a fin de superar el previo régimen de partido hegemónico, así como organizar un proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores sin fragmentar la representación popular; fortalecer un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones, y fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones); que sí era la medida que restringía en menor grado el derecho protegido (teniendo en cuenta que algunos regímenes que permiten candidaturas independientes establecen mayores requisitos para su registro que los previstos para los candidatos postulados por partidos

políticos, condujo a concluir que aquél, *per se*, no era el menos restrictivo para regular el derecho a ser votado), y que sí se ajustaba estrechamente al logro del objetivo legítimo y había proporcionalidad respecto del interés que se justificaba (estimando que la exclusividad de postulación de los partidos políticos constituye una medida idónea para producir el resultado legítimo de organizar de manera eficaz procesos electorales periódicos y auténticos). De ahí, la Corte concluyó que ambos sistemas —uno construido sobre la base exclusiva de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes—, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en manos de la definición política que haga el estado, de acuerdo con sus normas constitucionales (*Ibidem*, párrs. 173 y ss.). Sin embargo, la Corte reconoció la crisis por la que atraviesan los partidos políticos, por lo que consideró imperativo un debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, debiendo ponderarse por los estados, de acuerdo con su desarrollo histórico y político, las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, estimando que las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

El caso es que, con motivo de la reforma constitucional de 2014, en ejercicio de su potestad soberana, el órgano revisor de la Constitución estableció también la posibilidad de candidaturas independientes, lo cual ha venido a ampliar las posibilidades de participación política de los ciudadanos y las ciudadanas.

Finalmente, algunos autores consideran que la obligación prevista en la fracción IV del artículo 36 constitucional, relativa a desempeñar los cargos de elección popular, es un elemento configuratorio del derecho fundamental a ser votado o derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, más bien se trata de una consecuencia que sólo tiene lugar cuando del derecho político-electoral fundamental a ser votado, plenamente configurado, se ejerce y se obtiene un resultado favorable en la elección, es decir, solamente cuando el candidato es electo tendrá la obligación de desempeñar el cargo de que se trate, por lo cual esta obligación se estima que no cabe considerarla como necesaria para la configuración del derecho a ser electo.

Derecho político-electoral fundamental de asociación

En la fracción III del precepto constitucional que se comenta se prevé el derecho de asociación para tratar asuntos políticos (incluyendo los de naturaleza político-electoral), encontrando relación estrecha con lo previsto en el artículo 9º de la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece, entre otros aspectos, que no se podrá coartar el derecho de asociarse pacíficamente (es decir, sin violencia alguna) con cualquier objeto lícito (esto es, para la consecución de ciertos fines que no sean contrarios a las buenas costumbres y las normas de orden público), pero “solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país”, es decir, sólo quienes tengan el carácter de ciudadanos mexicanos podrán asociarse con fines políticos. En forma coincidente, el artículo 35, fracción III,

del propio texto constitucional establece, como prerrogativa de los ciudadanos, asociarse “individualmente y libremente” para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país. En ese sentido y como parte del derecho político-electoral fundamental de asociación, la última parte del segundo párrafo de la fracción I del artículo 41 constitucional prevé que “Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos”, agregando, de manera redundante y según reforma de 10 de febrero de 2014, “quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa”.

Toda persona que pretenda asociarse con fines políticos, ya sea para crear una determinada organización política (cualquier asociación con fines políticos de carácter no electoral, en términos del artículo 25, fracción VI, del Código Civil Federal; o bien, algún partido político nacional o agrupación política nacional, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de Partidos Políticos (*Diario Oficial de la Federación* de 23 de mayo de 2014), en el entendido de que también pueden establecerse partidos políticos y otras agrupaciones locales, conforme con lo dispuesto en las respectivas constituciones y ordenamientos electorales estatales) o al afiliarse a una existente, deberá hacerlo en forma individual, por lo que queda abolida la vieja práctica de afiliaciones colectivas o corporativas en las que un ciudadano, por el hecho de formar parte de una determinada asociación, automáticamente quedaba afiliado a un determinado partido político. Íntimamente relacionado con esto, se encuentra el que dicha aceptación se produzca en forma libre, es decir, que sea el resultado de la expresión de la voluntad efectiva del ciudadano o la ciudadana sin algún tipo de presión o coacción que le obligue a manifestar una situación opuesta a la de su voluntad. En efecto, para ser democráticas, la asociación, para tomar parte en los asuntos políticos (incluyendo la afiliación a una partido político), la convocatoria a un mitin o cualquiera otra actividad política, deben ser libres, es decir, respetar incondicionalmente la voluntad de las y los individuos en tanto ciudadanas y ciudadanos libres, toda vez que cualquier coacción sobre su voluntad pervierte radicalmente el sentido democrático de los procedimientos políticos y, específicamente, los electorales.

Es importante destacar que, a través del ejercicio del derecho de asociación, se crea una entidad jurídica con personalidad y patrimonio propios, diversos e independientes de cada uno de sus componentes o asociados, con cierta continuidad y permanencia para el logro de los fines, la realización de las actividades y la defensa de los intereses coincidentes de sus miembros.

Como se desprende de lo dispuesto en los artículos 9º; 33, último párrafo; 35, fracción III; 41, fracción I, y 130, primeros dos párrafos del inciso e), constitucionales, además de las condiciones señaladas para el ejercicio del derecho de asociación —como el que dicho ejercicio sea en forma pacífica, que el objeto de toda asociación sea lícito y que, cuando la finalidad de la asociación sea tomar parte en los asuntos políticos del país, sólo podrán participar en ella los ciudadanos y las ciudadanas de México, por lo que las y los extranjeros quedan expresamente excluidos para tal efecto—, en relación con cuestiones religiosas, el derecho de asociación en materia político-electoral pre-

senta dos importantes limitaciones: la primera, referente a la prohibición de que los ministros de algún culto religioso se asocien para participar en los asuntos políticos del país (véase también el artículo 14 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público), así como la relativa a la prohibición de que se constituya cualquier tipo de asociación o agrupación con fines políticos cuya denominación se relacione o vincule con alguna confesión de carácter religioso (cabe señalar que el gobierno de México, al adherirse tanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, formuló, respectivamente, reservas a los artículos 25 y 23, a fin de mantener las restricciones referidas).

En una importante tesis de jurisprudencia (bajo el rubro “Estatutos de los partidos políticos. Elementos mínimos para considerarlos democráticos”), la Sala Superior del TEPJF estableció desde 2002 que, de acuerdo con lo dispuesto, entre otros preceptos, en el artículo 27, párrafo primero, incisos c), d) y g), del entonces COFIPE (correspondiente al artículo 39, párrafo primero, incisos b), e) y f) de la Ley General de Partidos Políticos en vigor) impone a los partidos políticos la obligación de prever en sus estatutos procedimientos democráticos para la integración y renovación de sus dirigentes, así como para la postulación de sus candidatos, tales estatutos deben satisfacer ciertos elementos mínimos de democracia para ser considerados constitucionales y legales, como son: *a)* La asamblea u órgano equivalente como principal centro decisor del partido, conformada por todos los afiliados o, al menos, un gran número de delegados o representantes; *b)* La protección de los derechos fundamentales de los afiliados, que garanticen el mayor grado de participación posible; *c)* El establecimiento de procedimientos disciplinarios, con las garantías procesales mínimas; *d)* La existencia de procedimientos de elección, mediante votación directa o indirecta de los afiliados, donde se garantice la igualdad y libertad en su derecho a elegir dirigentes y candidatos, y *e)* La adopción de la regla de la mayoría como criterio básico para la toma de decisiones dentro del partido. La citada jurisprudencia y la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra actos definitivos y firmes de los partidos políticos han sido fundamentales para garantizar la democracia interna de los partidos políticos.

Derecho político fundamental de defensa de la República y sus instituciones

Por lo que hace a la fracción IV del artículo que se comenta, el Constituyente establece, como derecho político de ciudadanos y ciudadanas, lo que en los artículos 31, fracción III, 36, fracción II, respectivamente, previeron como obligación de las y los nacionales y de los ciudadanos y las ciudadanas, alistarse y tomar las armas en la Guardia Nacional para la defensa de la República y sus instituciones, en el entendido de que, adicionalmente, sólo como derecho en el artículo que se comenta se prevé para los mismos efectos el de tomar las armas en el Ejército.

Lo anterior, siguiendo a Tena Ramírez —quien, a su vez, cita los *Votos de Vallarta*—, no implica contradicción alguna, pues el calificativo de derecho (en el entendido de que el comentario de Tena Ramírez se refería a lo que entonces se denominaba “prerogativa”) con el que aquí se identifica al alto honor y distinción de defender a la patria, sólo significa la exclusión de las y los extranjeros en dicha defensa, mas no la exoneración del deber que los mexicanos y las mexicanas tienen de cumplirla. En todo caso, cabe aquí reiterar lo apuntado en el apartado II de este comentario, en cuanto a la estructura compleja de los derechos políticos, que entraña diversos elementos, dentro de un perímetro que abarca tanto derechos como obligaciones.

Por su parte, el precepto bajo comentario tiene relación estrecha también con el artículo 5º, párrafo cuarto, en cuanto establece expresamente, desde la reforma constitucional de 1898 y a efecto de no contravenir el derecho de libertad de trabajo, como salvedad la obligatoriedad del servicio de las armas.

Derecho de petición en materia política

En la fracción V del artículo que se analiza, relacionada con el 8º constitucional, se prevé el derecho político de ciudadanos y ciudadanas de ejercer en toda clase de negocios (léase, materia política) el derecho de petición. Es decir, se reserva el ejercicio de tal derecho a los ciudadanos mexicanos (razón por la cual están excluidos los extranjeros y las extranjeras, en términos del artículo 33 constitucional y, tratándose de los asuntos de naturaleza político-electoral, a los mexicanos y las mexicanas que no tengan la calidad de ciudadanos y ciudadanas), si bien puede entenderse que se hace extensiva a los partidos políticos y las agrupaciones políticas.

Con base en el invocado artículo 8º, siempre que la petición sea formulada por escrito, de manera pacífica y respetuosa, la autoridad debe dar respuesta a través de un acuerdo escrito, el cual debe ser notificado al peticionario en breve término (en el entendido de que, dada la peculiaridad de la materia electoral, el profesionalismo que caracteriza a la autoridad y el principio de definitividad de las etapas del proceso electoral, el “breve término” en que se debe notificar el acuerdo de respuesta, con frecuencia, debe ser menor a lo que ocurre en otras materias, si bien en algunos casos se encuentra involucrado el análisis de información copiosa y/o compleja). En diversas sentencias, el TEPJF ha protegido el derecho de petición, particularmente cuando se ha encontrado vinculado con algún derecho político-electoral (de votar, ser votado o de asociación) y el mismo se ha ejercido ante alguna autoridad electoral.

Derecho a ser nombrado para algún empleo o comisión de servicio público

Por reforma constitucional de 2012, se adicionó la fracción VI al precepto bajo comentario, a fin de explicitar como derecho político fundamental el poder ser nombrado para

cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley. Es claro que esta fracción se refiere a empleos o comisiones en el servicio público de carácter no electoral, pues los cargos de elección popular ya se encontraban previstos en la fracción II.

De esta manera, se incorpora a nivel constitucional lo previsto en los artículos 23, párrafo 1, incisos a) y c), así como 25, incisos a) y c), respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que desde 1981 eran Ley Suprema en toda la Unión, en términos del artículo 133 constitucional, en cuanto al derecho de los ciudadanos y las ciudadanas de participar directamente en la dirección de los asuntos públicos y de acceder, en condiciones de generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Al respecto, es importante tener presente que las calidades que se establezcan en la ley para acceder a cualquier cargo, empleo o comisión en el servicio público e impliquen un trato diferenciado jamás podrán tener carácter discriminatorio alguno, pues ello se traduciría no sólo en la violación del artículo 1º, párrafo quinto, constitucional sino de los invocados artículos 23 de la Convención Americana y 25 del mencionado Pacto Internacional.

Derecho a iniciar leyes

Por reforma constitucional también de 2012, se adicionó la fracción VII para establecer el derecho político de iniciativa legislativa para los ciudadanos y las ciudadanas, en los términos y con los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. El citado derecho de iniciativa se encontraba hasta entonces reservado para el o la titular de la Presidencia de la República, las diputadas y los diputados, así como las senadoras y los senadores al Congreso de la Unión, además de las legislaturas de los estados, en los términos del artículo 71 de la Constitución federal.

A partir de la citada reforma y como complemento del artículo que se comenta, el invocado artículo 71 ahora también establece que el derecho de iniciar leyes o decretos compete a los ciudadanos y las ciudadanas en un número equivalente, al menos, al 0.13 por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que prevean las leyes.

Asimismo, a pesar de que la iniciativa legislativa ciudadana, si bien es un procedimiento de democracia semi-directa, no se trata propiamente de un mecanismo que haga uso de la técnica del voto —a diferencia, por ejemplo, del referendo, el plebiscito o la consulta popular que sí la utilizan—, es el caso que la fracción VI que se comenta prevé que el Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley (en el entendido de que, a través de la reforma constitucional de 2014, se actualizó la denominación de la autoridad electoral nacional). Por su parte, en el nuevo Título Quinto de la Ley Orgánica del Congreso (artículos 130 y ss.) se regula el trámite que debe darse a la iniciativa legislativa ciudadana en el ámbito federal.

Derecho a votar en las consultas populares

Como se mencionó, la reforma constitucional de 2012 adicionó también una fracción VIII para establecer como derecho político de los ciudadanos y las ciudadanas votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, como parte de los procedimientos de democracia semi-directa previstos a partir de entonces, habiendo tenido como antecedentes el referéndum previsto constitucionalmente entre 1977 y 1988 para el entonces Distrito Federal, así como la Ley de Participación Ciudadana para dicha entidad federativa, expedida en 1998 por la respectiva Asamblea Legislativa, que contempló tanto el referéndum como otros mecanismos de participación ciudadana, con base en lo previsto en el entonces artículo 122, párrafo sexto, apartado C, base primera, fracción V, inciso h), constitucional, el cual fue reformado en 2016 al preverse una Constitución para la Ciudad de México. Teniendo en cuenta que la referida previsión constitucional de 1977 hasta 1988 no se reglamentó y, por tanto, careció de eficacia práctica, el último párrafo de la citada fracción ahora en vigor precisa —aun cuando técnicamente sea superfluo— que las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la propia fracción.

Aun cuando las democracias modernas, por sus dimensiones, requieren ser representativas, es decir, basarse en el principio de la representación política para el ejercicio de la función pública, cada vez es más común que las mismas se vean complementadas con mecanismos de democracia participativa o semi-directa, como ocurre con el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, la revocatoria de mandato o el cabildo abierto. De hecho, una democracia integral requiere del complemento tanto de instituciones de democracia representativa como de instrumentos o mecanismos de democracia participativa o semi-directa.

Cabe mencionar que para 2012 en que se estableció, México era el único país de América Latina que no preveía el referéndum o el plebiscito a nivel nacional, cuyo objeto es involucrar directamente al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones públicas relacionadas, respectivamente, con normas o actos de gobierno.

La consulta popular de carácter electivo prevista en la fracción VII del artículo que se comenta, según se indicó, debe diferenciarse de otro tipo de consultas que no usan la técnica del voto, aunque también se consideren procedimientos de democracia semi-directa, como ocurre con los mecanismos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática (artículo 26, apartado A, tercer párrafo, constitucional), así como la consulta a los pueblos indígenas con motivo de la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales (artículo 2º, apartado B, fracción IX, constitucional).

Atendiendo a los términos fijados en la Constitución, las consultas populares deben ser convocadas por el Congreso de la Unión, ya sea a petición del presidente de la República o del equivalente al 33 por ciento de los integrantes de cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, o bien de un número de ciudadanos equivalente, al menos, al 2 por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en el entendido de que,

tratándose de las formuladas por los dos primeros, la respectiva petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión.

Al respecto, cuando la participación total en la consulta popular corresponda, al menos, al 40 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales, así como para las autoridades competentes.

Asimismo, de manera similar a lo que ocurre en la mayoría de los países que contemplan este mecanismo de democracia semi-directa, existen ciertas materias que se encuentran excluidas de consulta popular, como es el caso de alguna pretendida restricción a los derechos humanos, los principios consagrados en el artículo 40 constitucional (República representativa, democrática, laica y federal), la materia electoral, los ingresos y gastos del Estado, la seguridad nacional, así como la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

Además, es competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolver, previamente a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, acerca de la constitucionalidad de la materia de la consulta.

Finalmente, la fracción bajo comentario —según reforma de 2014— establece que, tratándose de las peticiones ciudadanas para realizar consultas populares, el Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación de que las mismas hayan sido planteadas, al menos, por el 2 por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, cuyas resoluciones podrán ser impugnadas ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en términos de lo dispuesto en los artículos 41, fracción VI, y 99, fracción III, de la Constitución. En todo caso, la consulta popular se realizará el mismo día de la jornada electoral federal.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel, “Derecho de sufragio: Principio y función” y “Derecho electoral: Sufragio activo y pasivo”, en Nohlen, Zovatto, Thompson y Orozco (coords.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, 2a. ed., CAPEL/Universidad de Heidelberg/TEPJF/IFE/FCE, 2007, pp. 89-122.
- ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio y José de Jesús Orozco Henríquez, “Derecho Electoral”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo IX, México, Porrúa/UNAM, 2002, pp. 1-325.
- CARPISO, Jorge y Diego Valadés, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, 3a. ed., México, UNAM, 2002, 137 pp.
- FIX FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2006, 126 pp.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, IJ-UNAM/Porrúa, 2006.
- , “La protección de los derechos políticos en el Sistema Interamericano”, en *Homenaje a Jean-Claude Colliard*, tomo II, México, TEPJF, 2016, pp. 299-317.
- y Juan Carlos Silva Adaya, *Los derechos humanos de los mexicanos*, 3a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, 89 pp.

Artículo 35

Trayectoria constitucional

Primera reforma

Diario Oficial de la Federación: 6-IV-1990

LV LEGISLATURA (1-IX-1991/31-VIII-1994)

Presidencia de Carlos Salinas de Gortari, 1-XII-1988/30-XI-1994

Se añaden a la fracción III las palabras: “libre y pacíficamente”, respecto de la prerrogativa ciudadana de asociarse para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Segunda reforma

Diario Oficial de la Federación: 22-VIII-1996

LVI LEGISLATURA (1-IX-1994/31-VIII-1997)

Presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, 1-XII-1994/30-XI-2000

Se suma a la fracción III la prerrogativa del ciudadano de asociarse en forma “individual” para tomar parte en los asuntos políticos del país de manera libre y en forma pacífica, pero siempre limitado bajo la tutela del Estado.

Tercera reforma

Diario Oficial de la Federación: 9-VIII-2012

LXI LEGISLATURA (1-IX-2009/31-VIII-2012)

Presidencia de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 1-XII-2006/30-XI-2012

Se adicionan tres fracciones, en las que se establece el derecho de solicitar el registro para poder ser votado para cargos de elección popular. Se señala que cualquier ciudadano podrá ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público siempre y cuando tenga las calidades que establece la ley. También comprende que los ciudadanos tendrán derecho de iniciar leyes siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece la Constitución y la ley del Congreso. Se concede el derecho a consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

Cuarta reforma

Diario Oficial de la Federación: 10-II-2014

LXII LEGISLATURA (1-IX-2012/31-VIII-2015)

Presidencia de Enrique Peña Nieto, 1-XII-2012/30-XI-2018

Con la reforma que crea el Instituto Nacional Electoral se cambia la redacción de todos los párrafos en los que antes se mencionaba el “Instituto Federal Electoral” por “Instituto Nacional Electoral”.

Derechos del pueblo mexicano

México a través de
sus constituciones

VII
SECCIÓN TERCERA

se terminó en la Ciudad de México
durante el mes de noviembre del año 2016.

La edición impresa sobre papel ahuesado
ecológico de 60 gramos con *bulk* a 75,
estuvo al cuidado de la oficina
litotipográfica de la casa editora.

MAPorrúa
librero-editor • México

EDICIÓN DIGITAL



Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

NOVENA EDICIÓN



9 786075 240732



Jorge González Camarena: *Venustiano Carranza y la Constitución de 1917*, MUSEO NACIONAL DE HISTORIA-INAH. Acrílico, 1967. 4.66 × 5.76 m.

USO DE LA IMAGEN FOTOGRAFICA, AUTORIZADA POR: Secretaría de Cultura-INAH-Méx. y Fundación Cultural Jorge González Camarena, A.C.



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación



CNDH
MÉXICO



Instituto Nacional Electoral



MAPorrúa
librero-editor • México