

e-ISSN: 2594-1879
<http://revistas.anahuac.mx/iuristantum>



IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Facultad de Derecho

AÑO XXXVII NÚMERO 37 2023

Universidad
Anáhuac México

MÉXICO SEXTA ÉPOCA

IURIS TANTUM

2023

Iuris Tantum, Año XXXVII, Sexta época, núm. 37, enero-junio de 2023, es una publicación semestral editada por Investigaciones y Estudios Superiores S.C. (conocida como Universidad Anáhuac México), a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Col. Lomas Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786. Tel.: 55 5628 88 00, ext. 104. <https://www.anahuac.mx/mexico/>
Editor responsable: Carlos de Jesús Becerril Hernández.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2022-080416584700-102 e ISSN electrónico: 2594-1879, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización de este número, Facultad de Derecho, Carlos de Jesús Becerril Hernández. Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Colonia Lomas Anáhuac, C.P. 52786, Huixquilucan, Estado de México. Tel.: 55 5628 8800, ext. 104. Fecha de la última modificación: 15 de mayo de 2023.

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del Editor ni de la Universidad Anáhuac México.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Todo el contenido intelectual que se encuentra en la presente publicación periódica se licencia al público consumidor bajo la figura de Creative Commons®, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a “*Iuris Tantum*®” o “Universidad Anáhuac México®” por escrito y expresamente.

Iuris Tantum se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO

Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.

RECTOR

Dra. Lorena Rosalba Martínez Verduzco

Mtro. Jorge Miguel Fabre Mendoza

VICERRECTORES ACADÉMICOS

Dr. Jose Pozón López

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

COORDINADORA DE PUBLICACIONES
ACADÉMICAS

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Alfredo Dagdug Kalife

DIRECTOR

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR

Dr. Carlos de Jesús Becerril Hernández

Universidad Anáhuac México

CONSEJO ASESOR

Dr. Manuel Alcántara Sáenz

Universidad de Salamanca, España

Dr. Ricardo Alonso García

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Adrián Bonilla Soria

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador

Dra. Esther del Campo García

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Raúl Canosa Usera

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Ramón Cossío Díaz

El Colegio Nacional, México

Dr. Horts Dippel

Universidad de Kassel, Alemania

Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Sergio García Ramírez

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Raffaele de Giorgi

Universidad de Salento, Italia

Dra. María del Refugio González
División de Estudios Jurídicos, CIDE, México

Dra. Marta Lorente
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Salvador Martí i Puig
Universitat de Girona, España

Dr. Lucio Pegoraro
Universidad de Bolonia, Italia

Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo
Notaría Pública Número 23

Dr. José Francisco Sánchez López
Universidad de Salamanca, España

Dr. Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Araceli Almaraz Alvarado
El Colegio de la Frontera Norte, México

Dr. Gustavo del Ángel Mobarak
División de Economía, CIDE, México

Dr. Luis Fernando Ávila Salcedo
Universidad Anáhuac México, México

Dra. Leticia Bonifaz Alfonso
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Santiago Botero Gómez
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Luis Carranza Figón

Universidad Anáhuac México, México

Mtro. Antonio Campuzano Rosales

Instituto Panamericano de Geografía e Historia

Dr. José María Coello de Portugal

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Josep Escrig Rosa

Universitat de València

Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Viviana Kluger

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez

Universidad Anáhuac México, México

Dr. Rafael Estrada Michel

Tiempo de Derechos, México

Dr. Luis Jáuregui

Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

Dra. Carolina León Bastos

Universidad Anáhuac México, México

Dr. Pablo Mijangos

División de Historia, CIDE, México

Dra. María del Ángel Molina Armenta

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Magistrada Dra. Mariana Moranchel Pocaterra

Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, México

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

Universidad Anáhuac México, México

Dra. Ana Brisa Oropeza Chávez
Universidad Anáhuac Veracruz, México

Dr. Carlos Ortiz Solalinde
Universidad Anáhuac México, México

Dr. José Félix Palomino Manchego
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Camila Perochena
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Dr. Ítalo Andrés Reyes Romero
Universidad Anáhuac México, México

Dra. Iliana Marcela Quintanar Zárate
División de Historia, CIDE, México

Magistrado Camilo Suárez Aldana
Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia

Dra. Maria Elizabeth Teixeira Guimaraes Rocha
Superior Tribunal Militar, Brasil

Dra. Sughei Villa Sánchez
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz
Universidad Autónoma del Estado de México, México

ASISTENTE EDITORIAL

Mtra. Julieta Becerril Romero
Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México, México

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Cualidades ficales de los contratistas en hidrocarburos. Revisión crítica de su eficacia jurídica 12
Fiscal qualities of contractors in hydrocarbons. Critical review of its legal effectiveness
Miriam González Serrano
Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho, México
- Exclusão social, poder opaco e ‘consenso’ midiático: observações sobre a escalada autocrática na sociedade mundial 54
Exclusión social, poder opaco y ‘consenso’ mediático: observaciones sobre la escalada autocrática en la sociedad mundial
Social exclusion, opaque power and media ‘consensus’: observations on autocratic escalation in world society
Maren Guimarães Taborda
Escola Superior de Direito Municipal,
Centro de Investigações de Cultura Constitucional, Brasil
Guilherme Oliveira Weber
Escola Superior de Direito Municipal,
Centro de Investigações de Cultura Constitucional, Brasil
- Carl Rogers y la conducta antisocial: desarrollo incongruente de la personalidad 80
Carl Rogers and the antisocial behavior: incongruous personality development
Wael Sarwat Hikal Carreón
Universidad Autónoma de Nuevo León,
Facultad de Filosofía y Letras, México

Defensa de un modelo principialista en sociedades complejas y plurales	96
<i>Defense of a principalist model in complex and plural societies</i>	
Mario Eduardo Maldonado Smith Universidad Internacional de La Rioja	

Disolución del Tribunal de Minería y distribución de competencias: 1783-1827	125
<i>Dissolution of the Court of Mining and distribution of powers: 1783-1827</i>	
Beatriz Rojas Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México	

**RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES
RELEVANTES**

Tema: Prisión preventiva oficiosa

Sentencia de la Corte Interamericana “Caso Tzompaxtle Tecpile y otros contra México”: repercusiones sobre la prisión preventiva oficiosa	153
<i>Decision of the Inter-American Court of Human Rights “Caso Tzompaxtle Tecpile y otros contra México”: repercussions on mandatory custody</i>	
Italo Reyes Romero Universidad Anáhuac México, México	

RESEÑAS

El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito	169
Miguel Ángel Arteaga Sandoval Universidad Anáhuac México, México	

Delirios imperiales, ecos de la intervención francesa
en México (1862-1867)..... 186
Juan Pablo Sarmiento Valle
Instituto de Investigaciones
Dr. José María Luis Mora, México

ARTÍCULOS

**Cualidades ficales de los contratistas en hidrocarburos.
Revisión crítica de su eficacia jurídica**

*Fiscal qualities of contractors in hydrocarbons.
Critical review of its legal effectiveness*

MIRIAM GONZÁLEZ SERRANO
Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho, México
mgs-alea@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9284-5099>

Recibido: 26/09/2022

Aceptado: 14/04/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.01>

RESUMEN

En la última década México abrió a la participación privada las áreas de exploración y extracción de hidrocarburos antes reservadas para el estado. Para eliminar suspicacias en torno a la protección de los ingresos que dicha apertura produciría, en materia fiscal se incluyeron requisitos para la aceptación de los contratistas. Sin embargo, como se demuestra en esta investigación, los requisitos no solo son deficientes en su estructura, sino que su revisión y sanción se dificulta como consecuencia de un diseño inacabado que incluye la ausencia de facultades

para las autoridades, así como las consecuencias que deberían ocurrir debido a las omisiones detectadas.

Palabras clave: contratos petroleros, residencia fiscal, objeto social, transparencia fiscal, verificación contractual.

ABSTRACT

In the last decade, Mexico opened to private participation the hydrocarbon exploration and extraction areas previously reserved for the state. To eliminate suspicions regarding the protection of the income that said opening would produce, in tax matters they included requirements for the acceptance of contractors. However, as shown in this investigation, the requirements are not only deficient in their structure, but their review and sanction are difficult due to their unfinished design, which includes the absence of powers for the authorities, as well as the consequences that should occur due to omissions detected.

Keywords: oil contracts, tax residency, social object, fiscal transparency, contractual verification.

Planteamiento

En los últimos años se han realizado profundas modificaciones en el orden jurídico mexicano, en particular a partir de la incorporación de las denominadas *reformas estructurales*, entre otras, la correspondiente al sector energético plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 25, párrafos 4, 6 y 8; 27, párrafos 6 y 7; 28, párrafos 4, 6 y 8 y en 21 artículos transitorios.

Esta reforma es una transformación del capítulo económico de la Constitución diseñado a partir de nuevas expectativas¹ en las denominadas áreas estratégicas, entre ellas la relacionada con el sector energético, del cual importa ahora el tema de hidrocarburos y en especial

¹ Se conoce que estas expectativas tuvieron un viraje profundo con la llegada de un nuevo gobierno; sin embargo, el tema del que se ocupa este ensayo no se ve afectado por las recientes decisiones en el tema energético, ya que se enfoca a analizar la normatividad aún vigente y aplicable en materia de contratos petroleros.

las actividades de exploración y extracción que, se dice, también podrán ser realizadas por la Nación mediante contratos con particulares.

En la Ley de Hidrocarburos, reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la Constitución, se establece el procedimiento de licitación de los contratos² para la exploración y extracción de los hidrocarburos y se señalan como autoridades a cargo de dichos procesos a la Secretaría de Energía, Comisión Nacional de Hidrocarburos y Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes quedan a cargo de definir las áreas, establecer los modelos de contratación, los lineamientos técnicos y condiciones económicas relativas a los términos fiscales, entre otros.

En el tema fiscal, el artículo 31 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos precisa algunos requisitos que deben cumplir los contratistas: ser personas morales residentes fiscales en México, tener como objeto exclusivo la exploración y extracción de los hidrocarburos y no tributar en el régimen de grupos previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta. La justificación para incluir estas exigencias deriva del denominado *cercos fiscales*, que busca preservar la base del impuesto sobre la renta libre de disminuciones extrañas a las actividades de exploración y extracción mencionadas.³

En este punto, las preguntas que surgen se refieren a si dichos requisitos fiscales son suficientes o si están debidamente estructurados para cumplir la función esperada de garantizar al Estado la percepción y control de los ingresos derivados de las actividades petroleras.

Estas interrogantes aparecen cuando se observa el tipo de figuras societarias que se utilizaron, preferentemente en la firma de los contratos que se declaran residentes fiscales en México y su uso no genera por sí mismo suspicacias sobre su posible impacto fiscal negativo, pero sí puede producirse con motivo de *planeaciones fiscales agresivas*,⁴ entre

² Conforme al artículo 4, fracción ix de la Ley de Hidrocarburos, un contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos es el acto jurídico que suscribe el Estado mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos por el que se conviene la exploración y extracción de hidrocarburos en un área contractual y por una duración específica.

³ *Cfr.* Cámara de Diputados, Declaratoria de publicidad de dictámenes de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, y de Energía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos, y de la Ley de Coordinación Fiscal; y se expide la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, *Gaceta Parlamentaria*, año xvii, núm. 4077-E, 2014, p. 71, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/jul/2014_0728-E.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

⁴ La planeación fiscal agresiva se percibe como un conjunto de actividades o acuerdos entre sujetos, con consecuencias fiscales elusivas o inesperadas en varias jurisdicciones, debido a la ventaja que se toma de los aspectos técnicos de un sistema fiscal o de las diferencias entre dos

otras, por la forma como se clasifiquen fiscalmente esas empresas en el extranjero.

Asimismo, al analizar el objeto exclusivo de las sociedades y confrontarlo con el contenido de los estatutos sociales de los contratistas, se posibilita que realicen actividades no necesarias para el cumplimiento de su objeto exclusivo. Aunado a lo anterior, existe una ausencia de facultades y parámetros para verificar la exclusividad del mencionado objeto e incluso, no existen consecuencias jurídicas cuando se incumplen las citadas exigencias. En consecuencia, se podría afirmar que las normas que se refieren a las cualidades fiscales de los contratistas son disposiciones jurídicas inoperantes e ineficaces,⁵ porque además de que no se verifican los requisitos antedichos, tampoco existe algún tipo de consecuencia en caso de su inobservancia.

Por lo tanto, la hipótesis que se sostiene es que la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos establece requisitos fiscales a cargo de los contratistas que buscan ser mecanismos de control, vigilancia y garantía de ingresos para el Estado; sin embargo, estos requisitos no están completa ni debidamente diseñados de forma que puedan cumplir sus objetivos de salvaguardia para los intereses del país, lo cual revela la necesidad de mejorar la regulación sobre la materia.

Las siguientes líneas buscan la respuesta a las interrogantes formuladas y, de confirmar la hipótesis sugerida, se señalan algunas ideas que puedan auxiliar en la conformación de verdaderos mecanismos de control de los ingresos del Estado.

El análisis se llevará a cabo a partir de la revisión de las escrituras constitutivas de los contratistas y de los contratos firmados con las autoridades mexicanas y con las empresas petroleras; asimismo, se revisarán

o más sistemas con el propósito de reducir la obligación fiscal. Cfr. Abal, Alejandra, *La planificación fiscal agresiva de las multinacionales europeas en el impuesto sobre sociedades*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2014, pp. 9-11, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/831/TFG000825.pdf?sequence=1> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023). European Commission, *Aggressive tax planning indicators. Final Report*, 2017, p. 23, disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Glossary of tax terms*, disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryof-taxterms.html> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

⁵ En la clasificación de las normas prescriptivas, es decir, las que imponen deberes de conducta, se afirma que el deber jurídico sólo será en la medida en que exista una norma que impute una sanción al incumplimiento de ese deber jurídico. En otro sentido, este tipo de normas se dice que carecen de eficacia ya que el estado no tiene capacidad para ejecutar sus sanciones o pueden ser inoperantes derivado de la falta de desarrollo posterior. Cfr. Bonifaz, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 182; Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, UNAM-IIIJ, 2003, p. 38 y Bejarano, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Oxford, 1999, p. 298.

las facultades de las autoridades en la materia, para comprender si tienen la capacidad para resolver los cuestionamientos que se presentan.

Régimen fiscal de los hidrocarburos

Una forma de acercarse al régimen fiscal de las actividades petroleras es a partir de los sujetos autorizados para realizarlas. Estos sujetos son las empresas productivas del Estado y los contratistas.

Las empresas productivas⁶ son empresas propiedad del Estado y su objeto es la creación de valor económico e incremento de los ingresos de la nación con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental, con autonomía presupuestal, técnica y de gestión;⁷ participan en la exploración y extracción de hidrocarburos a través de asignaciones que les otorga la Secretaría de Energía respecto de un área definida y por tiempo determinado. Actualmente, la empresa que reúne estas características es Pemex Exploración y Producción.

Los contratistas son los sujetos que, en forma individual, en asociación en participación o en consorcio, firman un contrato de exploración o de exploración y extracción de hidrocarburos con la Comisión Nacional de Hidrocarburos en el marco de las licitaciones realizadas a partir de la reforma energética de 2013.

Asignatarios y contratistas tendrán a su cargo una serie de obligaciones fiscales y contractuales que permitirán al estado captar recursos de las actividades petroleras; además del impuesto sobre la renta y al valor agregado, tendrán la obligación de realizar determinados pagos en función de la explotación exclusiva que se les concede.

La característica general del régimen fiscal de los asignatarios es que sus obligaciones forman parte de las contribuciones definidas en el Código Fiscal de la Federación como créditos fiscales: los derechos, derivados del uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la nación y los impuestos por actualizar la situación jurídica prevista en las leyes de la materia. En adición, deben pagar un dividendo estatal anual, calculado en función de la situación financiera de la empresa.

Para los contratistas se prevé una carga económica en función de cada modalidad contractual (licencia, utilidad o producción compartida);

⁶ Por ministerio de ley, Petróleos Mexicanos y sus entonces organismos subsidiarios se transformaron en empresas **productivas** del Estado, conservando su personalidad jurídica, así como la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones, excepto los señalados en la Ley de Hidrocarburos. *Cfr.*: Ley de Petróleos Mexicanos, art. 2 y art. 3 trans.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo vigésimo transitorio de la reforma del 20 de diciembre de 2013.

estas obligaciones, llamadas *contraprestaciones*, no son contribuciones y aparecen en el contexto de los *términos fiscales relacionado con las condiciones económicas de los contratos*, no referidos a disposiciones ni a cargas tributarias, sino a las condiciones de cada contrato asociadas a la captura de la renta petrolera.⁸ Es, a estos contratistas, a quienes se les requiere una serie de cualidades fiscales que deben cumplir para poder ser titulares de un contrato petrolero mexicano, como se verá a continuación en la Tabla 1.

TABLA 1: Obligaciones fiscales de los asignatarios y contratistas

	Asignatario	Contratista
Determinado por la SHCP para codo contrato y se incluirá en las bases de licitación contractual.	***	Bono a la firma
Pago mensual en función de la parte del área que no se encuentre en la fase de producción.	Derecho de exploración de hidrocarburos	Cuota contractual para la fase exploratoria
Pagos mensuales por la extracción de crudo, gas y condensados, conforme al valor de extracción por tipo de hidrocarburo y a partir de tasas variables determinadas en función de su precio.	Derecho de extracción de hidrocarburos	Regalías
Cantidad adicional pactada en los contratos. Licencia: aplicación de una tasa al valor contractual de los hidrocarburos. Contratos de utilidad/producción compartida: aplicación de un porcentaje a la utilidad operativa.	***	Contraprestación o regalía adicional
Pago anual, aplicando una tasa al valor de los hidrocarburos menos las deducciones permitidas.	Derecho por la utilidad compartida	***
En función de la situación financiera de la EPE, planes, opciones y perspectivas de inversión y financiamiento.	Dividendo estatal	***
Pago mensual en función del tamaño del área, según se encuentre en fase de exploración o extracción.	Impuesto a la actividad de exploración y extracción de hidrocarburos	***

Fuente: elaboración propia a partir de los artículos 2, 6, 7, 11, 12, 23, 24, 33, 39, 44, 45 y 54 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y 97 de la Ley de Petróleos Mexicanos.

⁸ Cfr. Cámara de Diputados, *op. cit.*, pp. 24, 54-55.

Cuestión previa. Nacionalidad de los contratistas

Describe Isabelle Rousseau⁹ la estrategia de Weetman Dickinson Pearson, propietario de la otrora famosa compañía El Águila, constituida conforme a las disposiciones de comercio mexicano y quien, a partir de 1909, decide dar una *imagen nacional* a su empresa, agregando la denominación *mexicana* para convertirla en la Compañía Mexicana de Petróleo El Águila, con la pretendida intención de distinguirla de otras compañías extranjeras.¹⁰

Muy cerca estaba la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en la que se estableció la propiedad originaria de la nación respecto de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional; el dominio directo de, entre otros, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; así como la posibilidad de realizar concesiones a particulares, sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de establecer trabajos regulares para su explotación.

Sin embargo, como la historia lo ilustra,¹¹ el cambio en la denominación de una empresa o el imperativo constitucional relativo a la entrega de concesiones a particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas no condujo a los resultados que entonces se esperaban.

A más de un siglo de aquellos acontecimientos, el texto del actual artículo 27 de la Constitución no hace referencia alguna a la nacionalidad

⁹ Cfr. Rousseau, Isabelle, *Tribulaciones de dos empresas petroleras estatales 1900-2014 (Trayectorias comparadas de Pemex y PdVSA)*, México, El Colegio de México, 2017, pp. 57-58.

¹⁰ Pronto sería seguida su iniciativa, ya que para 1936 diversas compañías habían agregado a su denominación alguna palabra, si no nacionalista, si indicativa —al menos— del lugar en el que se encontraban, por ejemplo, la *Huasteca Petroleum Company*; *California Standard Oil Co. de México*; *Richmond Petroleum Company of México, S.A*; *Mexican Sinclair Petroleum Corporation*; *Consolidated Oil Companies of México, S.A*; *Mexican Gulf Petroleum Company*, entre otras. Cfr. *Petróleos Mexicanos, El Petróleo de México I*, ed. conmemorativa, México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1988, p. 282.

¹¹ No obstante que las empresas adicionaban a su denominación un vocablo para identificarlas con el país y no como *compañías extranjeras*, no lograron permear en el inconsciente propio y colectivo como empresas mexicanas. Asimismo, el establecimiento en la Constitución de la obligatoriedad de la nacionalidad de las sociedades, tampoco fue suficiente para que los empresarios extranjeros se consideraran como nacionales mexicanos, solicitando el apoyo de sus gobiernos cuando fue requerido. Cfr. Becerra, Manuel, “La expropiación petrolera de 1938 y el derecho internacional”, *México 1938-1988, a cincuenta años de la expropiación petrolera*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1990, pp. 93 y 98.

de los sujetos que pueden llevar a cabo las actividades de exploración y extracción de los hidrocarburos, sólo refiere que estas actividades podrán realizarse a través de asignaciones y contratos, con empresas productivas del Estado o con particulares. Sin embargo, del artículo 4, fracción xxv de la Ley de Hidrocarburos en relación con los artículos 3, primer párrafo y 31 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, se concluye que los sujetos que pueden realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos deben ser sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación mexicana,¹² lo cual origina su nacionalidad mexicana y su naturaleza formal de comerciantes.¹³

Cerco fiscal (ring fencing)

Los contratos para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos sólo podrán formalizarse con empresas productivas del Estado¹⁴ o con sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación mexicana, estas últimas deberán:

- Ser residentes para efectos fiscales en México.
- Tener por objeto exclusivo la exploración y extracción de hidrocarburos.
- No tributar en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades a que se refiere el Capítulo vi del Título Segundo de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En un primer momento, la iniciativa de Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos establecía la prohibición de tributar en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades y no permitía que los contratistas pudieran ser titulares de más de un contrato; se dijo entonces, que tales limitaciones obedecían al denominado *cerco fiscal*, conforme al cual se buscaba delimitar los resultados por cada contrato, en inver-

¹² En la iniciativa de la Ley de Hidrocarburos sólo se menciona que los contratos podrán celebrarse con Petróleos Mexicanos, con cualquier otra empresa productiva del Estado y con cualquier persona moral “siempre que sean sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación mexicana”, pero no se explica el porqué de dicho requisito. Cfr. Ejecutivo Federal, *Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera y Ley de Asociaciones Público-Privadas*, 2014, p. 16, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-04-30-1/assets/documentos/Ley_de_Hidrocarburos.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

¹³ Ley de Nacionalidad, art. 8 y Código de Comercio, art. 3, frac. ii.

¹⁴ Al ser empresas de propiedad estatal, no serán motivo de este documento, debido a que por su propia naturaleza se entienden nacionales y residentes fiscales en México.

siones, gastos e ingresos, para determinar de forma precisa la rentabilidad de cada área y evitar la consolidación de pérdidas que erosionen la base impositiva.¹⁵

El *cercos fiscal* o *ring fencing* es una limitación en la tributación de las empresas petroleras a quienes les aplica el mismo sistema de tributación de renta que al resto de los contribuyentes, salvo que se hace en función de un proyecto o área específica o mediante la separación de las actividades, para evitar que los ingresos sean reducidos por gastos no realizados para la producción en dichas áreas o por pérdidas no derivadas de la operación propia, evitando incluso la manipulación de los niveles de endeudamiento de una empresa. En síntesis, esta limitación implica que el ingreso derivado de un proyecto, contrato o área no puede ser disminuido o compensado con las pérdidas producidas en otro proyecto, contrato o área.¹⁶

Más adelante, se reflexionó sobre el mencionado *cercos fiscal*, considerando que "...no se debe limitar de manera desmedida las formas organizativas de los participantes...",¹⁷ para no impedir el desarrollo de la industria petrolera nacional. Con esa premisa, se estableció que los contratistas pueden participar en forma individual, en consorcio o mediante la asociación en participación y se admite que pueden ser titulares de más de un contrato para reducir su exposición al riesgo exploratorio y comercial.¹⁸

Entonces también se agregaron como condicionantes a los contratistas el deber ser residentes fiscales en México y el tener por objeto exclusivo la exploración y extracción de hidrocarburos, a la par de la prohibición de tributar en el régimen opcional para grupos de sociedades; por lo que, se puede concluir que todas estas son disposiciones que se insertan dentro de la lógica del *cercos fiscal* y la conveniencia de

¹⁵ Cfr. Ejecutivo Federal, Iniciativa del titular del Ejecutivo Federal, por el que expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos y de la Ley de Coordinación Fiscal, *Gaceta Parlamentaria*, año xvii, núm. 4012-A, anexo A, 2014, p. 9, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/abr/20140430-A.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

¹⁶ Cfr. Tordo, Silvana, *Fiscal systems for hydrocarbons. Design issues*, USA, The World Bank, 2007, Working Paper no. 123, p. 38; Sunley, Emil M. et al., *Revenue from the oil and gas sector: Issues and country experience*, Post-conference draft, 2002, p. 5, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/SunleyPaper.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023) y Ripley, Peter, "The UK oil and gas taxation regime: A "smash and grab" approach?", 2011, p. 119, disponible en: <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/TheOilandGasTaxationRegime.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

¹⁷ Cfr. Cámara de Diputados, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

contar con sociedades residentes en el país para facilitar su vigilancia para el debido pago de impuestos.

En ese contexto, el *cercos fiscal*, determinado en función del impuesto sobre la renta y las actividades objeto de los contratos petroleros, conduce al análisis de los requisitos fiscales con los cuales se pretende garantizar dicho *cercos* a fin de establecer si los mismos son suficientes y adecuados para tales fines.

Residencia fiscal

En materia impositiva existen diversos criterios que legitiman a los países su derecho para recaudar tributos y obligar a su pago; estos criterios se basan en el reconocimiento de una *cierta conexión* entre un estado y los sujetos que puede surgir a partir de la nacionalidad, la ciudadanía, el domicilio o la residencia de los particulares.

De entre estos criterios, México adopta el parámetro de *residencia* como el criterio subjetivo o personal de vinculación para establecer y exigir de los particulares el pago de contribuciones; así, el artículo 31, fracción IV constitucional, indica que son obligaciones de los mexicanos 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.

La residencia, a diferencia de la nacionalidad y del domicilio, se verifica a través de varios criterios de índole material como pueden ser, el lugar en donde se lleva a cabo la gestión de la empresa, el lugar en el que se desarrolla la actividad económica, en el que se encuentra el mayor valor de la entidad, el lugar en que se lleva a cabo el control y dirección central de la empresa, entre otros.¹⁹

Acorde con dicho criterio, en el artículo 9, fracción II del Código Fiscal de la Federación se dice que una persona moral es *residente fiscal* en el país, si en éste ha establecido la administración principal del negocio o su sede de dirección efectiva²⁰ y, en el artículo 6 del reglamento del código citado, se señala que estas condiciones son cumplidas "... cuando en territorio nacional esté el lugar en el que se encuentre la o

¹⁹ Cfr. Bernal, Roberto, "La doble residencia en los tratados fiscales para evitar la doble imposición, ¿es correcta la última modificación en la materia incluida en los comentarios al modelo de convenio OCDE?", en Enriquez, José (coord.), *Derecho Fiscal Internacional*, México, Porrúa-ITAM, 2011, p. 93.

²⁰ Hasta 2016, en el art. 9 del Código Fiscal de la Federación se decía que la residencia fiscal de las personas morales también se podía determinar conforme a la nacionalidad derivada de su constitución de conformidad con las leyes mexicanas.

las personas que tomen o *ejecuten* las decisiones de control, dirección, *operación* o administración de la persona moral y de las *actividades* que ella realiza.” Es decir, es residente fiscal en México, la persona moral que haya establecido en el país su administración principal o sede de dirección efectiva, en tanto en territorio nacional se encuentre el lugar donde las personas lleven a cabo los actos indicados en el mencionado reglamento.

La sede de dirección efectiva es un concepto que surge en los documentos internacionales, específicamente en el artículo 4, tercer párrafo del Modelo Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos para 2014, en el cual se mencionaba a la sede de dirección efectiva (*place of effective management*), como el indicador para atribuir la residencia fiscal en caso de controversia. Para dicho modelo, esta sede es el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de actividades empresariales o profesionales de la entidad y, para su determinación, se aconsejaba considerar todos los hechos y circunstancias pertinentes,²¹ debido a que puede existir más de una sede de gestión, pero sólo una sede de dirección efectiva.

Sin embargo, la definición mexicana va más allá de la dirección efectiva que se centra en el concepto de *decisión*, ya que el reglamento citado, incluye que esta sede también puede ser un lugar en el que se *ejecuten* las decisiones de operación y de las actividades que realiza la sociedad. Es decir, bajo las condiciones nacionales, un lugar de trabajo o un centro operativo podría ser la *sede de dirección efectiva* de una sociedad por encontrarse en dicho lugar las personas que ejecutan las decisiones de control, dirección, operación o administración de la persona

²¹ Entre otros, el modelo en comento menciona: dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo de administración u órgano similar, desde donde se realizan habitualmente las funciones de los consejeros y altos ejecutivos, en donde se realiza la alta gestión cotidiana, lugar en que está situada la oficina central, lugar en el que se encuentran sus archivos contables, etc. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, Francia, OECD Publishing, p. 91.

Para la versión de 2017, el modelo precisa que cuando una entidad pueda ser residente de dos estados, éstos resolverán mediante acuerdo de qué país debe ser considerado residente el sujeto en cuestión, para lo cual habrán de tomar en cuenta la sede de dirección efectiva, el lugar en donde se haya constituido u otros hechos relevantes. Es decir, con el crecimiento de la economía digital, los criterios que tienen como presupuesto una presencia (personal u objetiva) no alcanzan a cubrir la realidad de operación de muchas empresas, por lo cual incluso el criterio de *sede de dirección efectiva* se está desplazando para considerar otros elementos para la configuración de la residencia fiscal de una persona moral. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Francia, OECD Publishing, p. 30.

moral y de sus actividades con independencia del lugar en que se hayan tomado esas decisiones.

Es criticable que la legislación nacional haya tomado como concepto de residencia fiscal el criterio de desempate señalado en los documentos internacionales y, más aún, que en disposiciones administrativas secundarias se haya incluido el lugar de ubicación de las personas que no sólo tomen decisiones, sino que las ejecuten, ya que con esto no solo se aleja de la esencia de una sede de dirección efectiva, sino que tampoco se acerca a la realidad de las empresas en la actualidad y sí podría, sin embargo, colisionar con el concepto de establecimiento permanente.²²

La relevancia de contar con una definición de residencia clara y objetiva, radica en que, a partir de dicho concepto, las leyes fiscales establecen diversos efectos, derechos y obligaciones para quien se considere residente en un país; el más importante en México es que los residentes se ven compelidos a pagar el impuesto sobre la renta bajo el principio de renta mundial; es decir, respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la fuente de origen y, no menos significativo, el hecho contrario cuando una persona deja de ser residente fiscal en México, se considera liquidada y enajenados todos sus activos a partir de lo cual deberá pagarse un *exit tax* o impuesto de salida.²³

Objeto exclusivo: exploración y extracción de hidrocarburos

Otro de los requisitos que deben cumplir los contratistas, es tener como objeto exclusivo la exploración y extracción de hidrocarburos.

²² Este es un criterio que debe revisarse, porque con el avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones se hace evidente que una persona con las funciones descritas puede estar en cualquier parte del mundo al momento de tomar y/o ejecutar las decisiones descritas. Aunado a lo anterior, la presencia de una persona o personas puede ser indicativa de un establecimiento permanente.

²³ A juicio de Bitar y Rodríguez, si bien se comprende que este impuesto de salida (contenido en el artículo 12, segundo párrafo de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos) haya surgido motivado por la presunción de que las modificaciones en la residencia fiscal de las personas morales buscan evadir el pago del impuesto sobre la renta, transfiriendo la fuente de riqueza a otros países, lo cierto es que puede resultar violatorio de los derechos de proporcionalidad y equidad tributarias, porque se impone un gravamen sobre hechos que no son manifestaciones de riqueza y porque se coloca a un contribuyente activo en igualdad de circunstancias a una empresa que sí se encuentra en los supuestos de liquidación societaria, sin darle además una posibilidad de demostrar que su conducta no es evasora o ilícita. *Cfr.* Bitar, Elías y Rodríguez, Abril, "Migración de residencia", en Pérez, Arturo (coord.), *Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación*, México, Themis-IFA, 2011, pp. 244 y 256.

El término *objeto*, es ambiguo;²⁴ sin embargo, al ser una característica atribuible a una persona moral constituida en el país, se puede suponer que la mención se refiere al objeto social, aquél que se hace constar en las escrituras constitutivas de una sociedad²⁵ y que la doctrina identifica como la actividad económica de la sociedad, conformada por el conjunto de actos necesarios para cumplir dicho objeto social el cual ayuda además a determinar el interés social, delimita la competencia de los órganos sociales, las facultades de representación y define la esfera de actividades en las que se invertirá el patrimonio social.²⁶

Este objeto, conforme a la legislación de la materia, debe ser *exclusivo* en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. En términos del artículo 4, fracciones xiv y xv de la Ley de Hidrocarburos, la exploración es, en síntesis, el conjunto de actividades encaminadas a la identificación, descubrimiento y evaluación de hidrocarburos en el subsuelo; mientras que la extracción es un conjunto de actividades destinadas a la producción de hidrocarburos, incluyendo la construcción,

²⁴ En el Diccionario de la Real Academia Española se encuentra como “1. Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo. 2. Aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales. 3. Término o fin de los actos de las potencias. 4. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. 5. Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio. 6. Cosa”.

²⁵ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 6, frac. II.

²⁶ Óscar Vázquez distingue al objeto de la sociedad de su finalidad, siendo esta última la intención o fin que se pretende lograr con la ejecución de los actos propios del objeto. Sin embargo, Roberto L. Mantilla lo identifica con la finalidad social, al señalar que en los proyectos de Código Civil se empleaba la expresión *fin o finalidad social* en vez de *objeto social*. Cfr. Vázquez, Óscar, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, México, Porrúa, 2006, p. 23; Mantilla, Roberto M., *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 2002, pp. 234-235 y Ferrero, Alfredo, “La función e importancia del objeto social en las sociedades mercantiles”, *Ius et Veritas*, Perú, núm. 13, 1996, p. 164 y 166, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusveritas/article/download/1567/16017> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

Se resalta que la opinión de Roberto Mantilla se sitúa en el análisis de los elementos de los contratos, en los que se dice que su objeto es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, en tanto que el motivo o fin es el determinante de la voluntad de los que contratan y que no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres (Código Civil Federal, artículos 1824 y 1831). Sin embargo, conviene citarlo como muestra de la ambigüedad anotada al inicio de este apartado.

Para Alfredo Ferrero, la exigencia de un objeto social exclusivo se ha justificado en la doctrina por razones de política económica, social o general, en virtud de los cuales se quiere incentivar alguna actividad o bien existen controles rígidos sobre ciertas actividades consideradas fundamentales o con exigencias técnicas particulares, o cuando se ha otorgado algún tipo de beneficio o concedido explotaciones de servicio público o monopolios y, en tales casos, se busca que no existan desviaciones en la actividad de la sociedad.

localización, operación, uso, abandono y desmantelamiento de instalaciones para la producción.²⁷

En el contexto descrito, se considera que la exigencia del objeto exclusivo relacionada con el *cercos fiscal* expresa la intención de que el contratista no realice actividades o actos que afecten las operaciones e ingresos propios de las actividades exclusivas, en detrimento de la base gravable correspondiente.

No tributar en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades

Es natural de las sociedades mercantiles obtener ventajas comerciales y administrativas que se incrementan al organizarse en función de actividades específicas que sirvan al propósito económico perseguido. Así, es común hablar de asociaciones, grupos, *holding*, etc., que dan la idea de una organización de sociedades, con una finalidad común. Ante esta realidad, en México se han regulado diversas formas para que los grupos societarios tributen como una *unidad económica*, como el diferimiento del pago del impuesto, entre otras ventajas.²⁸

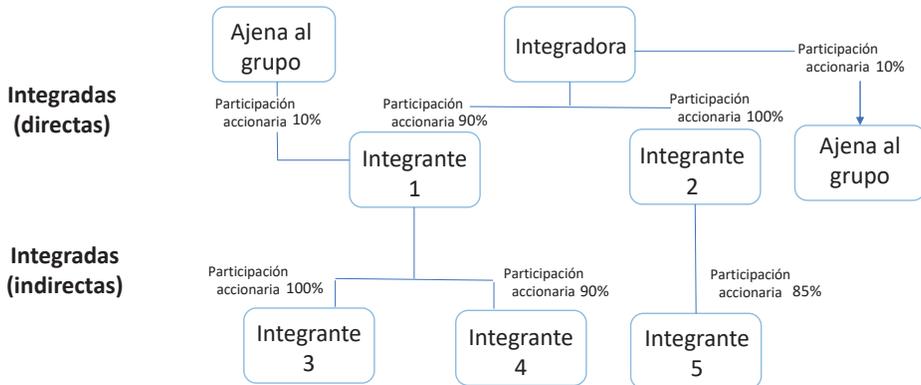
Actualmente, en México se permite la tributación de un conjunto de sociedades a través de un régimen potestativo. Este régimen opcional para grupos de sociedades se regula en el Título II, Capítulo VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta e involucra dos tipos de sujetos:

- Sociedad integradora: residente en México, propietaria de más del 80% de las acciones con derecho a voto de otra(s) sociedad(es) integradas, incluso cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades integradas. En ningún caso sus propias acciones con derecho a voto podrán ser propiedad de otra(s) sociedad(es) en más del 80%.
- Sociedades integradas: aquéllas en las cuales más del 80% de sus acciones con derecho a voto son propiedad, directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad integradora como se puede observar en la Imagen 1.

²⁷ La Comisión Nacional de Hidrocarburos ha señalado que los contratistas deben tener dicho objeto exclusivo, sin menoscabo de poder realizar las actividades necesarias para cumplirlo, incluyendo actos de comercio. Cfr: Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Bases de licitación CNH-R01-L03/2015*, p. 68, disponible en: http://rondasmexico.gob.mx/wp-content/uploads/2015/12/R01L03_Bases-Licitacion_20151120.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

²⁸ Cfr. Hernández, José Alfredo, *Consolidación fiscal. Impuesto sobre la renta diferido*, México, Themis, 2010, pp. 3-5.

IMAGEN 1: Régimen opcional para grupos de sociedades



Fuente: elaboración propia a partir de los artículos 59, 60 y 61 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Al obtener una autorización para ser consideradas dentro de esta opción de tributación, las sociedades podrán diferir el impuesto por cada integrante, considerando la proporción en que la integradora participe en su capital y hasta por tres ejercicios fiscales. Es decir, la ley les permite llevar a cabo un procedimiento²⁹ a través del cual no enteran al fisco la cantidad debida como resultado del cálculo individual del impuesto anual, sino una proporción en función de las tenencias accionarias y otros datos a considerar, entre los que destacan las pérdidas de cada sociedad.

En ese contexto, el requisito o prohibición a que se refiere la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, consistente en no tributar en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades, implica que los contratistas no podrán calcular el impuesto sobre la renta en conjunto con el grupo de empresas al que pertenezcan, principalmente para evitar la aplicación de pérdidas fiscales de otras sociedades que impacte en su tributación específica.

Problemas en la configuración, verificación y sanción de los requisitos fiscales

Los contratistas pueden participar en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en forma individual, en consorcio o en

²⁹ El procedimiento de cálculo, pago y diferimiento del impuesto sobre la renta se detalla en el artículo 64 de la Ley del Impuesto sobre la Renta; sin embargo, desarrollarlo rebasa los objetivos de este análisis.

asociación en participación, sin limitación del tipo de sociedad mercantil que puede ser utilizado en su constitución. En consecuencia, en las bases de licitación³⁰ no se condiciona la organización de los contratistas y, al referirse a sus cualidades, sólo reiteran los requisitos fiscales establecidos en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y se adiciona: a) la posibilidad de que los licitantes individual o agrupado o alguno de sus miembros, constituyan una sociedad con propósito específico para la celebración del contrato, quedando aquéllos como obligados solidarios y como parte de la nueva sociedad respecto de la cual deberá mantener *el control* y, b) la opción para que el licitante agrupado pueda constituirse en una nueva sociedad para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el convenio privado de propuesta conjunta, siempre y cuando en la nueva sociedad se mantengan las responsabilidades de dicho convenio.

La libertad configurativa anterior se advierte en los distintos tipos de sociedades mercantiles, como se muestra en la Tabla 2, que los licitantes han adoptado a la firma de los contratos; preferentemente son sociedades anónimas, sociedades anónimas promotoras de inversión y sociedades de responsabilidad limitada.

TABLA 2: Tipos de sociedades participantes en los contratos petroleros

Licitación	Contrato	Objeto	Tipo de sociedades firmantes
Sociedades de Responsabilidad Limitada de Capital Variable (S. de R.L. de C.V.)			
R1-L2 (E-PC-AS)	Producción compartida	Extracción	S. de R.L. de C.V.
R1-L3 (E-L-ZT)	Licencia	Extracción	S. de R.L. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V.
R3L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A.P.I. de C.V.

³⁰ La cita corresponde a las bases de licitación de la Ronda 1, tercera convocatoria; no obstante, son disposiciones reiteradas en las siguientes convocatorias. *Cfr.* Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Bases de licitación CNH-R01-L03/2015...*, *op. cit.*, pp. 52, 68-69.

R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A.P.I. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A.P.I. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - EPE
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - EPE
R1-L2 (E-PC-AS)	Producción compartida	Extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L3 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L3 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V.
R1-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. S.A. de C.V.
R1-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. S.A. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. S.A. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. S.A.P.I. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. EPE
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S. de R.L. de C.V. EPE
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V. - EPE
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V. - EPE

R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V. - S.A. de C.V. S.A. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V.- S. de R.L. de C.V. S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S. de R.L. de C.V.- S. de R.L. de C.V. S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
Empresa Productiva del Estado (EPE)			
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	EPE
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	EPE
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	EPE
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	EPE - S.A. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	EPE - S.A. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	EPE - S.A. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	EPE - S.A. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	EPE - S.A. de C.V.
Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión de Capital Variable (S.A.P.I. de C.V.)			
R1-L3 (E-L-ZT)	Licencia	Extracción(a)	S.A.P.I. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S.A.P.I. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S.A.P.I. de C.V.
R2-L2 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción(b)	S.A.P.I. de C.V.
R2-L3 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción(c)	S.A.P.I. de C.V.
Sociedades Anónimas de Capital Variable (S.A. de C.V.)			
R1-L3 (E-L-ZT)	Licencia	Extracción(d)	S.A. de C.V.
R2-L2 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción	S.A. de C.V.

R2-L3 (EE-L-ZT)	Licencia	Exploración y extracción(e)	S.A. de C.V.
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción(f)	S.A. de C.V.
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción(g)	S.A. de C.V.
R1-L2 (E-PC-AS)	Producción compartida	Extracción	S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción(h)	S.A. de C.V. - S.A. de C.V.
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S.A. de C.V. (3 empresas)
R1-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S.A. de C.V. (3 empresas)
R2-L4 (EE-L-AP)	Licencia	Exploración y extracción	S.A. de C.V. (3 empresas)
R3-L1 (EE-PC-AS)	Producción compartida	Exploración y extracción	S.A. de C.V. (3 empresas)

Fuente: elaboración propia a partir de los contratos localizados en <https://www.gob.mx/> y <http://www.cnh.gob.mx/contratos/pdf/contratos>. Para esta tabla se consideró la razón social de las empresas firmantes originales.

Las claves de la columna *Licitación*, significan: R1 a R3 (Ronda 1 a Ronda 3); L1 a L4 (Licitación 1 a Licitación 4); E (extracción); EE (exploración y producción); L (licencia); PC (producción compartida); ZT (zona terrestre); AS (aguas someras) y AP (aguas profundas).

Para abreviar la información, se menciona en una línea el tipo de contrato y características que se replican, de las siguientes licitaciones: (a) Para la clave R1-L3-E-L-ZT, se contaron 13 contratos firmados por S.A.P.I. de manera individual. (b) Para la clave R2-L2-EE-L-ZT, se contaron 6 contratos firmados por S.A.P.I. de manera individual. (c) Para la clave R2-L3-EE-L-ZT, se contaron 6 contratos firmados por S.A.P.I. de manera individual. (d) Para la clave R1-L3-E-L-ZT, se contaron 11 contratos firmados por S.A.P.I. de manera individual. (e) Para la clave R2-L3-EE-L-ZT, se contaron 6 contratos firmados por S.A. de C.V. de manera individual. (f) Para la clave R2-L4-EE-L-AP, se contaron 6 contratos firmados por S.A. de C.V. de manera individual. (g) Para la clave R3-L1-EE-PC-AS, se contaron 5 contratos firmados por S.A. de C.V. de manera individual. (h) Para la clave R2-L4-EE-L-AP, se contaron 5 contratos firmados por dos S.A. de C.V.

La *sociedad anónima* es una sociedad compuesta al menos de dos socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones,³¹ con un capital social dividido en acciones representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y derechos de socio, con igual valor e iguales derechos derivados de las mismas.

La *sociedad anónima promotora de inversión* es una modalidad de la sociedad anónima regulada en la Ley del Mercado de Valores; su capital social se divide en acciones que pueden ser de distinto tipo según confieran o nieguen derechos de voto; otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o sólo este derecho; limiten o amplíen el reparto de utilidades u otros derechos económicos especiales o confieran el derecho de veto o requieran voto favorable de uno o más accionistas; no está sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, salvo que esté inscrita en el Registro Nacional de Valores, ni está obligada a publicar sus estados financieros como sí lo está una sociedad anónima.³² Este tipo de sociedades se utiliza para promover a las pequeñas y medianas empresas, ya que ayuda a la captación del denominado capital de riesgo necesario para compañías que están empezando a operar, sin sujetarlas a un esquema estricto de pagos, ni a la estructura rígida de una sociedad anónima, particularmente por lo que se refiere a los derechos de permanencia de los accionistas y esquemas de salida de inversiones.³³

³¹ No obstante, en los últimos años en México está cobrando fuerza la doctrina denominada *levantamiento del velo corporativo*, a partir de la cual se puede prescindir o desestimar la ficción de la personalidad jurídica societaria, cuando a través de ésta se realizan actos de fraude en perjuicio de acreedores o incumplimiento de obligaciones. Cfr. Tesis aisladas I.5o.C.62 C (10a) y I.5o.C.72 C (10a), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro xxiii, 2013, pp. 1733 y 1750.

En materia fiscal, además están ampliándose los supuestos de responsabilidad solidaria entre socios, integrantes, accionistas y representantes que, sin desconocer las cualidades mercantiles de las sociedades y sus constituyentes, implican la salvaguardia de los intereses del fisco al transferir las obligaciones de las empresas a sus socios, integrantes, accionistas y a sus representantes inclusive.

³² Ley del Mercado de Valores, artículo 13.

³³ Cfr. Fuente, Jesús, *Ley del mercado de valores. Análisis, exposición de motivos, jurisprudencia, casos prácticos, disposiciones de las autoridades financieras*, México, Porrúa, 2009, pp. 67-79. El autor relaciona estas sociedades con el mercado *Over The Counter* o extrabursátil, a través del cual, empresas pequeñas y medianas pueden colocar acciones y eventualmente valores de deuda, pero no a través de la Bolsa Mexicana de Valores, sino en este tipo de mercados *desregulados*. A juicio de ese autor, la sociedad anónima promotora de inversión es una especie de *prerregistro* bursátil en la que se pueden emitir valores, pero sólo entre inversionistas institucionales y tienen un plazo para cumplir con todos los requisitos de gobierno corporativo y creación de comités de auditoría. No obstante, añade, estos mercados tienen un costo porque se requiere que parte del capital de las emisoras esté respaldado por un banco o agente financiero.

La *sociedad de responsabilidad limitada* es una sociedad constituida por no más de 50 socios, quienes solamente están obligados al pago de sus aportaciones, su capital social se divide en partes sociales y no podrá constituirse o aumentarse mediante suscripción pública, por lo que dichas partes sociales no pueden ser títulos negociables, a la orden o al portador y sólo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la ley. En su origen, la sociedad de responsabilidad limitada tenía la función de permitir la realización de empresas mercantiles de pequeña y mediana importancia, sin arriesgar en ellas la totalidad del patrimonio de los socios y sin demasiada intervención estatal.³⁴ Sin embargo, la nota esencial consistente en que los socios responden de las obligaciones sociales de un modo limitado, ha modificado su mercado, al ser ahora una figura societaria que despierta especial interés en empresas multinacionales.

Para todas estas sociedades se exige que las escrituras o contratos constitutivos contengan, entre otros, su objeto social y, en materia fiscal, no existen diferencias sustanciales en su forma de tributación, ya que la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que cuando se haga mención a *persona moral*, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles a las cuales les resulta aplicable por igual, lo dispuesto en el Título II de la ley de la materia.³⁵ De existir diferencias, éstas serán en función de las actividades u opciones que cada sociedad en particular decida tomar de entre las reguladas en la legislación fiscal.

A continuación, se identifican las dificultades que se presentan para configurar y cumplir adecuadamente los requisitos fiscales enunciados en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, así como la problemática que presenta su verificación tomando en cuenta la forma jurídica adoptada por las empresas que han firmado los contratos petroleros en México.

Residencia fiscal y sociedades transparentes

La residencia fiscal de los contratistas permite al país gravar a dichas empresas por sus ingresos de renta mundial y, como se mencionó anteriormente, este requisito está colocado dentro de los supuestos que pretenden garantizar el *cerco fiscal* y evitar la vulneración de la base gravable del impuesto sobre la renta.

³⁴ Mantilla, Roberto M., *op. cit.*, p. 286.

³⁵ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 6, frac. II, 83 y 91 y Ley del Impuesto sobre la Renta, artículo 7.

No obstante, se advierte que algunas de las figuras utilizadas por los contratistas son formas societarias cuyo origen estuvo relacionado con las necesidades de la pequeña y mediana empresa, pero que se utilizan desde hace algunos años en proyectos multinacionales con la intención de obtener ventajas impositivas.

Por sus características mercantiles y, particularmente el de responsabilidad limitada, son vistas en el extranjero como entidades *transparentes*, es decir, como entidades no consideradas contribuyentes del impuesto sobre la renta,³⁶ porque los ingresos o pérdidas que obtienen se asignan a sus integrantes, como si ellos hubiesen percibido dichos ingresos o pérdidas.

La *transparencia*, en algunos casos la establece la propia ley³⁷ y, en otros, es permitido que las sociedades o sus integrantes determinen dicha calidad. El sistema más conocido es el de los Estados Unidos,³⁸ país en el cual, el *Internal Revenue Service* ha establecido las reglas conocidas como el *check-the-box*,³⁹ a través de las cuales se permite la elección de la forma de tributación de las entidades nacionales o extranjeras, con integrantes estadounidenses, con la limitación de que de considerarse corporaciones *per se*, no se pueden participar en la determinación de su propio régimen.

³⁶ Tradicionalmente, en el artículo 176 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, se señalaba que una entidad transparente es aquella que no es considerada como contribuyente del impuesto sobre la renta en el país en que está constituida o tiene su administración principal o sede de dirección efectiva y sus ingresos son atribuidos a sus miembros, socios, accionistas, o beneficiarios. En la legislación vigente al 2022, es el artículo 4-A de la mencionada Ley, el que establece la definición de entidad o figura jurídica transparente, con la condición de que sean extranjeras. Evidentemente, debido al ámbito de aplicación territorial, la Ley del Impuesto sobre la Renta no alcanza para incidir en la naturaleza que la legislación extranjera atribuya a las entidades y figuras de origen mexicano.

³⁷ Por ejemplo, el Código de Rentas de Estados Unidos, establece que: “&701. Partners, not partnership, subject to tax. A partnership as such shall not be subject to the income tax imposed by this chapter. Persons carrying on business as partners shall be liable for income tax only in their separate or individual capacities”. Cfr. Internal Revenue Service, *Code of Federal Regulations*, Title 26: *Classification of organizations for federal tax purposes*, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/301.7701-2> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

³⁸ Sin embargo, no es el único sistema de clasificación de las sociedades para fines fiscales; por ejemplo, Reino Unido tiene su clasificación en el denominado *INTM180030. Foreign entity classification for UK tax purposes; List of Classifications of Foreign Entities for UK tax purposes*, 2022, disponible en: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm180030> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

³⁹ En su origen, el *check-the-box*, tuvo como finalidad simplificar los procedimientos de clasificación de las sociedades, minimizar la distorsión de las decisiones de negocios y generar equidad y neutralidad entre los contribuyentes sofisticados y quienes no lo eran. Cfr. Mullis, Kenan, “Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities”, *Tax Notes International*, vol. 64, núm. 5, 2011, p. 374.

Respecto de las sociedades mexicanas, dichas reglas señalan que las sociedades anónimas, incluyendo las de capital variable, son corporaciones *per se* por lo que sus accionistas no pueden elegir su clasificación para efectos fiscales federales en los Estados Unidos; pero respecto de las demás sociedades mexicanas sí se puede elegir dicha clasificación; es decir, son sociedades *elegibles*.⁴⁰

Lo cierto es que, las sociedades de responsabilidad limitada mexicanas han sido —desde hace algunos años— sociedades respecto de las cuales se puede elegir un trato de entidad transparente cuyos ingresos son gravados *como si* los percibiera su integrante estadounidense.

Lo relevante del uso de esquemas en los cuales una sociedad mexicana es considerada transparente en el país de residencia de sus integrantes, es que permite a dichos integrantes incorporar los ingresos de sus subsidiarias mexicanas como propios, principalmente para reducir su carga fiscal en sus propios países; no obstante, para efectos nacionales, lo que interesa es que las sociedades no modifican ni su residencia,⁴¹ ni su personalidad; por lo que, en México, sus operaciones generadoras de ingresos o pérdidas realizadas con sus socios (*partners*) pueden clasificarse en forma distinta a cómo se clasifican en el país de origen de aquéllos, originando una disminución indebida de la base gravable.⁴²

⁴⁰ En el caso de las sociedades promotoras de inversión, existe una teórica controversia en cuanto a si la misma puede o no ser sujeta al *check-the-box*. Una opinión señala que cuando una entidad no se encuentre expresamente identificada como corporación bajo la clasificación del *check-the-box* y además no pueda cotizar en bolsa, debe ser una *sociedad elegible* para efectos fiscales norteamericanos. Para una corriente, este tipo de sociedad sólo es una modalidad de la sociedad anónima y, por lo tanto, es una corporación *per se*. Cfr. Martin, Patrick y Menzie, Liliana, *Clarifying rule for classification of new foreign business entities as foreign eligible entities under treas. Reg. Section 301.7701-3: Case study: The Mexican Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión ("SAPIs")*, Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP, 2013, p. 1, disponible en: <http://www.procopio.com/uploads/model/Block/4657/pdf/215/docs-1300825-v10-washington-dc-delegation-paper-sapi-under-ctb-regulations-2715.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023) y Robleda, Vicente, *op. cit.*, p. 73.

⁴¹ La doctrina que existe al respecto, sumada a los convenios internacionales y estudios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, son unánimes en que la residencia fiscal no se pierde cuando existe transparencia, ya que la entidad de que se trate no está sujeta a imposición plena en el país en el que tributa a través de sus miembros o *partners*. Cfr. Morales, Nora y Vázquez, Luis, "Artículos 1 y 4. Aplicación a las Figuras o Entidades Transparentes", en Calderón, Alejandro (coord.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal*, México, Themis, 2013, p. 16.

⁴² Kenan Mullis resume la preocupación porque el uso del *check-the-box* sea la causa del incremento de entidades híbridas que ocasionan distorsiones económicas e incentivan las transacciones internacionales ventajosas. Cfr. Mullis, Kenan, *op. cit.*, pp. 374-375.

En defensa del uso de estructuras grupales que incluyen entidades transparentes, se dice que, más que la intención de generar pérdidas indebidas, lo que buscan estas agrupaciones es contrarrestar el costo que implica que en México no existen reglas claras para realizar reestructuras empresariales, lo cual entorpece la venta de proyectos a nivel de empresa y hace necesario emplear entidades flexibles para individualizarlos. Sin embargo, la experiencia internacional demuestra que las estructuras se aprovechan en muchos casos para vulnerar la base gravable de las sociedades y, dicho uso, no es privativo de México; por lo que acusar la deficiente legislación nacional como origen de dichos arreglos, no justifica la existencia de estas planeaciones fiscales *agresivas* a nivel mundial.⁴³

Se reitera que los tipos societarios utilizados por los contratistas no tienen en sí mismos una repercusión jurídica, pero sí resulta relevante evidenciar cómo estas figuras se articulan dentro de los grupos internacionales de los que forman parte. Así, se encontró que, en los contratos petroleros mexicanos firmados, aparecen esquemas organizativos que privilegian el uso de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas promotoras de inversión.

En adición a los tipos de sociedades utilizados en los contratos petroleros indicados en la Tabla 2 de este documento, también se encontraron los siguientes esquemas organizativos:⁴⁴

- a) Sociedad de responsabilidad limitada, como firmante de los contratos.
- b) Sociedad anónima promotora de inversión, como firmante de los contratos.

⁴³ Cfr. Juez, Pedro, *Operaciones fraudulentas a través de sociedades. Detección por medio de la contabilidad y la investigación económica e implicaciones jurídicas*, España, La ley, grupo Wolters Kluwer, 2013, pp. 308, 311, 396-411. Este autor realiza una compilación de las principales formas en que se pueden utilizar las sociedades para cometer fraudes, entre ellos, el consistente en confundir la identidad de quien realmente administra o es propietario, cuya finalidad es ocultar quién está verdaderamente detrás de unos bienes con el objetivo de evitar embargos, blanquear capital o pagar menos impuestos. Entre las estrategias identificadas se encuentra la de utilizar sociedades que son controladas por sociedades en otros países europeos, principalmente en Holanda, Reino Unido, Luxemburgo, Liechtenstein y Malta, junto con paraísos fiscales. Tratándose de Holanda, el autor lo identifica con una tributación por intereses escasamente del 5%.

⁴⁴ Los diagramas y explicación de las estructuras encontradas en los grupos participantes en las licitaciones, se realizan a partir de la documentación proporcionada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Oficio RES:PER-57-2017 y Anexos, respuesta a la solicitud de información pública número 1800100016317, Sistema INFOMEX*, así como del análisis de los contratos petroleros localizados en: <https://www.gob.mx/> y <https://www.gob.mx/cnh/es/archivo/articulos>

- c) Utilizar una sociedad mexicana, anónima, de responsabilidad limitada o anónima promotora de inversión, como subsidiaria de empresas extranjeras *Limited Liability Company*, *Besloten Vennootscha*,⁴⁵ Sociedad Limitada o *Limited* o de una misma sociedad de responsabilidad limitada nacional.

a) Sociedades de Responsabilidad Limitada

El primer grupo de estructuras que se encuentra presente en las empresas firmantes de los contratos petroleros implica la utilización de una sociedad de responsabilidad limitada en la base del esquema, esto es, como firmantes de los contratos de exploración y extracción respectivos.

Estas formas de organización aparecen repetidas entre los distintos actores y remite a la idea de cómo las sociedades de responsabilidad limitada pueden ser utilizadas para mejorar la situación fiscal del grupo, ya sea para la propia empresa o para la propietaria de las partes sociales o, como expresa la opinión contraria, para buscar una separación de proyectos dentro del mismo grupo que les permita salvar las lagunas legales en materia de reestructura de sociedades.

En este esquema casi siempre las partes sociales de la sociedad de responsabilidad limitada firmante son propiedad de una empresa de la misma naturaleza acompañada de una *Limited Liability Company* extranjera como se muestra en la Imagen 2a.

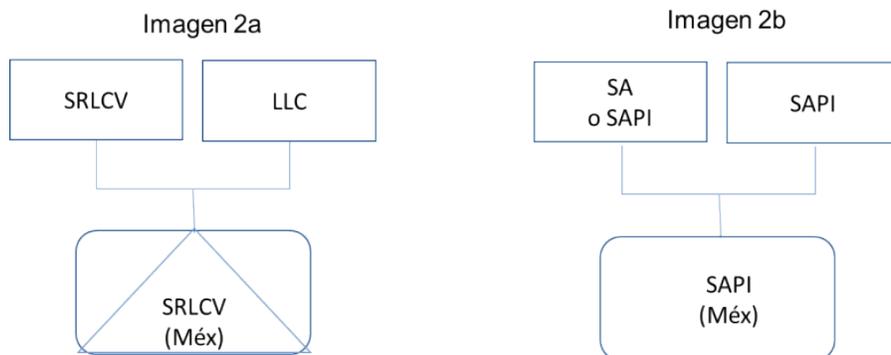
b) Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión

En otro esquema grupal, se advierte que se utiliza una sociedad anónima promotora de inversión, tanto como firmante de los contratos, como en calidad de empresa tenedora de las acciones de la firmante, casi siempre de la mano de una sociedad anónima.

La razón que pudiera existir para estas agrupaciones es la posibilidad de obtener financiamiento sin exceso de vigilancia y de inversionistas institucionales, como las Afores y Siefors se puede observar en la Imagen 2b.

⁴⁵ En términos literales, sociedad de responsabilidad limitada.

IMAGEN 2a - 2b: Tipos de contratistas petroleros



Fuente: elaboración propia a partir de los contratos localizados en <https://www.gob.mx/cnh/articulos/boveda-digital>

c) Sociedades extranjeras de responsabilidad limitada

Además del tipo de sociedad mexicana contratante, también se encontró el uso de tres distintas formas de agrupación societaria que, en sus países de origen, son consideradas transparentes fiscales. En este caso, se utilizan las figuras societarias extranjeras como tenedoras de acciones o partes sociales de una sociedad mexicana de cualquier naturaleza:

- *Limited Liability Company (LLC)*.
- *Besloten Vennootschap (B.V.)*.
- Utilización de *Limited* y otras figuras semejantes.

Una entidad *Limited Liability Company* es una entidad de responsabilidad limitada, por lo general, de nacionalidad estadounidense que se puede constituir sin restricciones en cuanto al número de socios, tipo o monto de capital aportado y puede realizar cualquier actividad en tanto sea lícita. Este tipo de entidad puede incorporarse como una empresa transparente, lo que implica que la *Limited Liability Company* no es contribuyente de impuestos, sino que sus ingresos fluyen a través de esta hacia sus accionistas o *partners*.⁴⁶

⁴⁶ Cfr. Gradwohl, Carlos y Gutiérrez, Mario, Consideraciones fiscales en México de una *Limited Liability Company (LLC)*, pp. 1-2, disponible en: <https://www.scribd.com/document/208038311/2011-07-consideraciones-fiscales> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

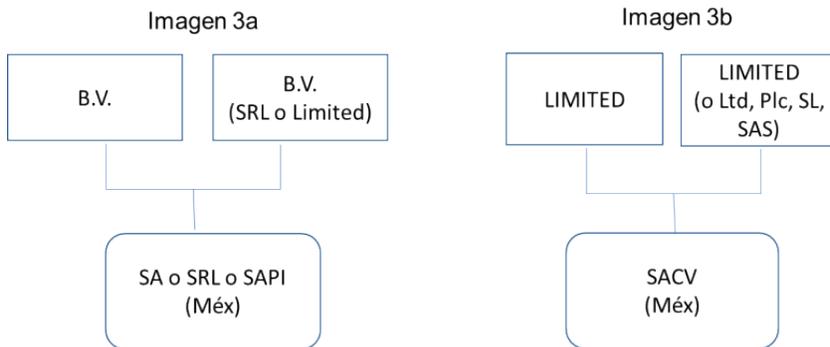
En los contratistas, este tipo de empresas aparecen como tenedoras de partes sociales de una sociedad de responsabilidad limitada (*supra* Imagen 2a).

Una entidad *Besloten Vennootschap* es una sociedad privada de responsabilidad limitada que se constituye por uno o más socios, de nacionalidad holandesa. El capital se conforma por acciones que son suscritas en régimen privado y no son de libre transmisión. Si se constituyen como *holding* no tributa por dividendos y ganancias que les reporten sus filiales, siempre que se tenga una participación mínima en la filial del 5%.⁴⁷

Al analizar la organización de los contratistas de la Ronda 1, este tipo de sociedad aparece como accionista o propietario de partes sociales indistintamente de sociedades mexicanas tipo de responsabilidad limitada, anónima o anónima promotora de inversión, en conjunción con otra *Besloten Vennootschap* o una entidad de responsabilidad limitada extranjera o nacional como se observa en la Imagen 3a.

Las entidades *Limited (Ltd)*, *Public Limited Company (Plc)* o Sociedad Limitada (S.L.) también entidades de responsabilidad limitada de distinta nacionalidad aparecen en los contratos petroleros, siempre como tenedoras de acciones de sociedades anónimas mexicanas y en mayor medida compartiendo dicha tenencia con alguna otra figura de responsabilidad limitada como puede verse en la Imagen 3b.

IMAGEN 3a – 3b: Tipos de socios, integrantes o accionistas de los contratistas petroleros



Fuente: elaboración propia a partir de contratos localizados en <https://www.gob.mx/> y <https://www.gob.mx/cnh/es/archivo/articulos>

⁴⁷ Cfr. Juez, Pedro, *op. cit.*, p. 412. A decir del autor, este tipo de sociedades puede ser la puerta a los paraísos fiscales de las Antillas Holandesas.

De las organizaciones descritas, se advierte un uso representativo de sociedades de responsabilidad limitada, tanto nacionales como internacionales. Este tipo de sociedades, han sido analizadas en distintos ámbitos de la doctrina, la jurisprudencia, principalmente europea, y en instrumentos internacionales como figuras que pueden llegar a utilizarse en la realización de planeaciones fiscales agresivas.

En ese sentido, su utilización es un indicio de que los requisitos previstos en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos para los contratistas son insuficientes para garantizar la no vulneración de la base gravable. Esto, debido a que el tratamiento fiscal de los contratistas en el extranjero no forma parte de la documentación e información que les es solicitada con motivo de las licitaciones, no se conoce el nombre ni el número de los contratistas que actualicen la condición de sociedades transparentes para fines fiscales en otros países.

No se omite mencionar que, desde las licitaciones petroleras mexicanas a la actualidad, se han puesto en marcha en México tanto en su legislación local como en los tratados internacionales, el resultado del Plan de Acción BEPS, particularmente en lo relacionado con el tratamiento fiscal de figuras y estructuras transparentes cuya utilización pudiera vulnerar la base tributaria nacional.⁴⁸

No obstante, estas medidas aún están en un periodo de *estabilidad*, ya que, al ser incorporadas sin mediar análisis de derechos humanos y constitucionalidad, aún no existen datos para medir su eficacia. Incluso, algunas medidas han sido modificadas en los últimos años y la Convención Multilateral derivada del mencionado Plan, si bien firmada, aún no ha sido ratificada por México, por lo que resultan insuficientes —al menos por ahora— para dar cuenta de los resultados y planeaciones que puedan tener lugar en el tema de hidrocarburos.⁴⁹

⁴⁸ En efecto, respecto a las relaciones intragrupos, recientemente se adicionaron las declaraciones e información que deberá rendir un contribuyente mexicano. En el artículo 32-B-Ter y siguientes del Código Fiscal de la Federación aparece la obligación relacionada con los beneficiarios controladores, más relacionada con las disposiciones de origen lícito de los recursos. Por otra parte, el artículo 76-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta, establece la declaración informativa de partes relacionadas que aparentemente le permitiría al fisco conocer los intercambios entre integrantes de los grupos, así como los efectos que en cada país se realicen; o obstante, este precepto no establece una facultad para modificar las acciones realizadas por los operadores petroleros.

⁴⁹ Corroborar la afirmación anterior las reformas que ha tenido el artículo 28, en sus fracciones XXIX y XXXI (esta última actualmente derogada), en las que la autoridad ha pretendido aterrizar las recomendaciones derivadas del Plan de Acción BEPS, pero sin lograr estabilizar su aplicación.

¿Objeto social, actividad económica o ingreso fiscal exclusivos?

Los contratistas deben tener como objeto exclusivo la exploración y extracción de hidrocarburos; pueden, sin embargo, realizar cualquier otra actividad necesaria para cumplir dicho objeto.⁵⁰ En su mayoría, los contratistas entienden que esta exigencia se colma dentro de sus documentos constitutivos con el señalamiento de que su objeto social es exclusivamente la exploración y extracción de hidrocarburos, sin menoscabo de realizar cualquier actividad necesaria para cumplir con dicho objeto. No obstante, con la revisión de los estatutos⁵¹ de algunos contratistas, se demuestra que su interpretación en cuanto al objeto exclusivo, no necesariamente implica señalarlo como objeto social exclusivo; así, se encontraron los siguientes objetos:

- Proporcionar todo tipo de servicios y personal administrativo, técnico o profesional para el mantenimiento, construcción, reparación, instalación y montaje de equipos, plataformas, estructuras y complejos relacionados con la exploración y explotación de recursos naturales en tierra, mar, lagunas, ríos o canales.
- Iniciar, llevar a cabo o celebrar todo tipo de contrato con el fin de construir, financiar, tener y operar líneas de gas, oleoductos, plantas para la licuefacción y/o regasificación de gas natural, embarcaciones para la transportación del petróleo (incluyendo sin limitación alguna, gas natural, petróleo crudo, LPG y LNG) e instalaciones relacionadas.
- Celebrar, en carácter de propietario o empleado, contratos de trabajo relacionados con plantas para la licuefacción y/o regasificación de gas natural e instalaciones relacionadas.
- La participación directa e indirecta en actividades de tratamiento, transporte y almacenamiento de hidrocarburos.
- La prestación del servicio de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural en estado líquido, en los términos permitidos por la Ley Reglamentaria del Artículo Veintisiete Constitucional en el Ramo del Petróleo y en el Reglamento de Gas Natural (*sic*).
- Prestar servicios de contabilidad, de mercadeo, técnicos, de administración de recursos, de administración de bases de datos,

⁵⁰ Cfr. Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Bases de licitación CNH-R01-L03/2015...*, *op. cit.*, p. 68.

⁵¹ De las escrituras analizadas se mencionan distintas cláusulas, sin que correspondan todas ellas a un mismo acto constitutivo. Cláusulas tomadas de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, Oficio RES:PER-57-2017.

de administración de información y otros servicios administrativos, de pago de nóminas, servicios de control de prestaciones y otros servicios necesarios para la administración de los recursos humanos.

De los ejemplos anteriores, se advierte que los contratistas no asumen que el objeto exclusivo se traduce en su objeto social y, en algunos casos, el objeto social incluye actividades que son ajenas o no contribuyen a la realización de las actividades de exploración y extracción definidas en la Ley de Hidrocarburos. Entonces, si se considera que el objeto social expresa las actividades esenciales de la empresa y, para llevar a cabo dicho objeto se pueden realizar acciones tendientes a su cumplimiento, es obvio que varias de las actividades señaladas por los contratistas no son atinentes a la exclusividad que obliga la ley.

Un primer hallazgo sobre este tema es el relativo a que no se verificó y no se estableció ninguna medida para aquellos casos de contratistas cuyo objeto social consignado en sus documentos constitutivos abarcará actos y actividades ajenos o no necesarios para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Luego, el requisito de firma de los contratos con empresas dedicadas exclusivamente a las actividades de exploración y extracción no es más que letra inoperante en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.

Por otra parte, y más allá de lo consignado en las escrituras constitutivas de los contratistas, es necesario preguntarse ¿es suficiente con mencionar en una escritura constitutiva un objeto exclusivo de una empresa o este objeto debe ser materia de confirmación posterior? La pregunta es relevante, ya que se advierte la necesidad de contar con un parámetro preciso que permita confirmar en la *praxis* que el objeto exclusivo se está cumpliendo.

En materia fiscal, por ejemplo, se establece un vínculo entre las actividades económicas⁵² de los contribuyentes y los ingresos que generan, cuando se trata de calificar una actividad⁵³ exclusiva o preponde-

⁵² Identificadas por Óscar Vázquez del Mercado con el objeto social. *Cfr.* Vázquez, Óscar, *op. cit.*, pp. 23 y 209.

⁵³ El INEGI utiliza el Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte 2018, en el cual se clasifican, entre otros, las actividades económicas que, en esencia, se replican en materia fiscal para clasificar las actividades de los contribuyentes. En este sistema se dice que una actividad económica "es un conjunto de acciones realizadas por una unidad económica con el propósito de producir o proporcionar bienes y servicios", mientras que una unidad económica es una entidad productora de bienes y servicios. Bajo este sistema se clasifican los sectores, subsectores, ramas, subramas y clases de actividades que, en esencia, se toman en materia fiscal para clasificar las actividades de los contribuyentes Las de exploración y extracción se

rante. En efecto, en diversos preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta se precisa que se consideran contribuyentes dedicados *exclusivamente* a determinadas actividades, como las de autotransporte, agrícolas o de generación de energía proveniente de fuentes renovables inclusive, cuando de dichas actividades se obtienen al menos el 90% de los ingresos totales. En tanto que se consideran actividades *preponderantes* aquéllas de las cuales el contribuyente obtenga un ingreso superior respecto de cualesquiera otras de sus actividades.⁵⁴

Sin embargo, para la materia de hidrocarburos no existe una disposición que permita verificar en los hechos la existencia de un objeto o actividad exclusiva; ante lo cual se advierten varios escenarios posibles:

- Limitarse al hecho de que se tiene firmado un contrato de exploración y extracción de hidrocarburos con la Comisión Nacional de Hidrocarburos.
- Considerar la exclusividad por el hecho de estar percibiendo las contraprestaciones previstas en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.
- Instituir que los ingresos que deriven de las contraprestaciones derivadas de los contratos representen un porcentaje específico respecto del total de los ingresos percibidos por el contratista.
- Establecer un porcentaje de realización de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos bajo su propio riesgo para considerar que se están realizando las actividades sustantivas de su objeto exclusivo y evitar así que el contratista sea un intermediario entre el Estado y otros sujetos que efectivamente lleven a cabo las mencionadas actividades.
- Relacionar el objeto exclusivo con criterios económicos que incluyan además la razonabilidad de los gastos e inversiones.

encuentran dentro del sector 21 Minería; subsector 211 Extracción de petróleo y gas. Cfr. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estructura del Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte 2018*, pp. ix, 101-102, disponible en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nuevo_estruc/702825099695.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

⁵⁴ En efecto, en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos se consideran contribuyentes dedicados *exclusivamente* al autotransporte, a actividades agrícolas o de generación de energía proveniente de fuentes renovables, cuando de dichas actividades se obtienen al menos el 90% de los ingresos totales. En el reglamento de dicha ley, se consideran actividades *preponderantes* aquéllas de las cuales el contribuyente obtenga un ingreso superior respecto de cualesquiera otras. Ley del Impuesto sobre la Renta, arts. 72, 74 y 77-A. Reglamento del Código Fiscal de la Federación, art. 45.

- Establecer indicadores para los no operadores en consorcios que permitan sostener que, sin ser operador, la exclusividad de su objeto se verificará a partir del cumplimiento de determinados requisitos.

Todos estos escenarios plantean serias dudas de su eficacia o *deseo* de implementación por parte de las autoridades facultadas; así, se considera que no basta la firma de un contrato en términos de la Ley de Hidrocarburos para concluir que existe el objeto exclusivo, ya que, como se señaló anteriormente, algunos contratistas no tienen siquiera en sus actas de constitución o estatutos, la mención exacta de su objeto social y sí tienen ya, un contrato firmado.

Asimismo, considerar que se tiene el objeto exclusivo por estar percibiendo las contraprestaciones derivadas de los contratos, tampoco es una razón suficiente, porque esto permitiría a los sujetos mencionados realizar otras actividades cuyos ingresos, en conjunto, podrían ser superiores a las contraprestaciones derivadas de los contratos.

Por otra parte, el utilizar la fórmula que existe para otras actividades, es decir, establecer un porcentaje de ingresos derivados de la actividad de hidrocarburos, tampoco parece adecuada, ya que la percepción de las prestaciones no garantiza que los contribuyentes estén realizando de manera exclusiva esas actividades o siquiera que las esté realizando por sí mismos dada la posibilidad real y hasta necesaria de actuar con subcontratistas. Así, el ingreso plasmará la percepción de un pago contractual, pero ¿hasta qué medida reflejará un objeto exclusivo propio?

En apoyo a lo anterior, es obligado recordar que el objeto exclusivo no se delimita por la percepción de un ingreso, sino por la realización de una actividad económica, entendida ésta como el conjunto de actos que se realicen en cumplimiento de ese objeto. Sin embargo, ¿las autoridades admitirían la necesidad de establecer parámetros que señalen que la exclusividad en el objeto se colma, además de la inserción en las correspondientes escrituras constitutivas, con la demostración efectiva de que es el contratista quien realiza o asume el riesgo de las actividades atinentes a dicho objeto social o al menos en un porcentaje considerable?

A reserva de la respuesta que se pueda dar a la pregunta anterior, se advierte que el requisito de objeto exclusivo se puede convertir en un recurso retórico y circular, cuya relevancia práctica puede encontrarse en la conveniencia para las autoridades con facultades de verificación

operativa, como la Comisión Nacional de Hidrocarburos, más que de índole fiscal.

En adición a lo antes dicho, si el *cercos fiscal*, a la luz del cual surge esta delimitación de objeto, se verifica en la realidad impidiendo la combinación de ingresos y deducciones derivados de otras actividades, la exclusividad sería innecesaria en tanto existan los controles para verificar la exacta aplicación del mencionado cerco.

Verificación, auditorías de cumplimiento y sanciones

Se dice en las leyes de la materia, que los contratos petroleros sólo podrán ser formalizados con empresas que cumplan, entre otros, con los requisitos de ser residentes fiscales, tener como objeto exclusivo la exploración y extracción de hidrocarburos y no tributar en determinado régimen fiscal.⁵⁵

En la Ley de Hidrocarburos⁵⁶ además, se mencionan los supuestos en los cuales el Ejecutivo Federal podrá rescindir administrativamente los contratos, cuando se presente una serie de causas que se refieren básicamente a la operación del contrato y cumplimiento de las actividades y compromisos adquiridos; con excepción de la causal de rescisión que se actualiza por el envío por más de una ocasión en forma dolosa o injustificada de información o reportes falsos o incompletos, o los oculte, a las secretarías de Energía, de Hacienda y Crédito Público o de Economía, a la Comisión Nacional de Hidrocarburos o a la Agencia, respecto de la producción, costos o *cualquier otro aspecto relevante del contrato*.

Las causales de rescisión contractual,⁵⁷ por otra parte, ponen el énfasis en el incumplimiento de los planes de trabajo, periodos, garantías o movimientos societarios (liquidación, cesión, cambio de control, etc.), sin previa autorización o sustitución y admiten la fórmula general de incumplimiento *sustancial* de las obligaciones del contratista.

⁵⁵ Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, artículo 31. Asimismo, en el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos se precisan una serie de supuestos en los cuales las autoridades también se abstendrán de celebrar los contratos mencionados.

⁵⁶ Ley de Hidrocarburos, art. 20.

⁵⁷ Cfr. Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de producción compartida entre la Comisión Nacional de Hidrocarburos y Sierra O&G Exploración y Producción, S. de R. L. de C. V., Talos Energy Offshore México 7, S. de R. L. de C. V. y Premier Oil Exploration and Production México, S. A. de C. V.*, 2015, núm. CNH-R01-L01-A7-2015, pp. 55-56, disponible en: http://www.cnh.gob.mx/contratos/pdf/contratos/CONTRATO_NUMERO_CNHR01L01A72015.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

Por otra parte, del artículo 37, apartado B de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y de los Anexos 3 y 4⁵⁸ de los contratos, se puede apreciar que se otorga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la facultad de realizar procedimientos para la verificación de las *contraprestaciones*; pero no así para determinar si los contratistas reúnen los requisitos fiscales condicionantes —presumiblemente previos— a la contratación petrolera. Aunque la autoridad hacendaria o su brazo recaudador sí cuentan con facultades para establecer los supuestos de residencia fiscal en México o la pérdida de la misma a través del ejercicio de sus facultades de comprobación fiscal, esta posibilidad no está contemplada como parte de la verificación del cumplimiento de los contratos, ni tampoco está clara su intervención para revisar el objeto exclusivo de los contratistas, incluso porque no existen parámetros establecidos para determinar dicha exclusividad.

Por otra parte, aun y cuando llegaran a existir dichas facultades de constatación, lo cierto es que no existe sanción o procedimiento expreso para corregir o sancionar el incumplimiento de los requisitos fiscales de los contratistas, ya que las distintas causales de rescisión administrativa y contractual,⁵⁹ se concentran en incumplimientos operativos o sustantivos de los contratos. Por lo tanto, en el supuesto de que alguna autoridad fiscal nacional o extranjera descubra o informe sobre la falta de cumplimiento de los multicitados requisitos fiscales, dicha inobservancia carecería de consecuencia o sanción, situación que permite afirmar la ineficacia de los preceptos que los establecen como obligatorios.

Conclusiones

Después de analizar las exigencias derivadas del *cercos fiscal*, surgió la pregunta sobre si en la forma prevista en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, estos requisitos están adecuadamente estructurados y son suficientes para garantizar y controlar los ingresos derivados de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, concluimos que es necesario tomar medidas adicionales para garantizar los ingresos del Estado. En ese sentido, las conclusiones son:

⁵⁸ Cfr. Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Contrato CNH-R01-L01-A7-2015*, anexo 3, cláusula 10.1, p. 25 y anexo 4, cláusula 3, pp. 21-28, disponible en: http://www.cnh.gob.mx/contratos/pdf/contratos/CONTRATO_NUMERO_CNHR01L01A72015.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

⁵⁹ Ley de Hidrocarburos, artículo 20 y Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Contrato CNH-R01-L01-A7-2015...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

Primera. Confirmación de hipótesis

Al revisar las leyes aplicables, los contratos y actas constitutivas de los contratistas, se encontró que los requisitos fiscales no están siendo debidamente cumplidos ni verificados por la autoridad a la firma de los contratos y que, *a posteriori*, tampoco están dadas las condiciones para su verificación y, mucho menos, existen sanciones o consecuencias ante su incumplimiento. Con estas observaciones, se confirma la hipótesis propuesta y la calificación de ineficacia e inoperatividad de las disposiciones jurídicas que prescriben los requisitos fiscales de los contratistas petroleros.

Segunda. Residencia fiscal

Tratándose del requisito de residencia fiscal, su simple mención no es suficiente *a priori* en función para garantizar o controlar los ingresos del Estado, debido a las prácticas elusivas que pueden realizarse con las figuras societarias elegidas para celebrar los contratos. Asimismo, porque los criterios vigentes para verificar dicha residencia ya han sido superados por las prácticas societarias de empresas pertenecientes a grupos, lo que implica que en algunos casos la residencia se pierda o se modifique sin que ninguna autoridad se percate de ello.

Así, resulta necesario entonces, que la legislación de la materia señale algunos candados para evitar las planeaciones fiscales en el uso de sociedades que, si bien no renuncian a su residencia fiscal, tributan por esas mismas rentas en un país diferente y a través de sus integrantes. Para que esto sea posible, será necesario que se modifique el *enfoque de la cuestión a resolver*, es decir, buscando otros parámetros de relevancia más allá de la residencia fiscal que puede convertirse más en una declaración formal que en un criterio de eficacia recaudatoria.

No se omite reconocer que las recientes reformas legales, derivadas de las recomendaciones del Plan de Acción BEPS, podrían utilizarse de forma efectiva en los siguientes años, siempre que no incidan en los términos contractuales pactados, ya que estos términos, no son contribuciones y quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas fiscales que se refieren a impuestos.

Tercera. Objeto social

En relación con el objeto exclusivo, en los documentos de constitución revisados, se encontró que los contratistas se reservan una lista de

actividades que no son indispensables para lograr un objeto social exclusivo en exploración y extracción petrolera, lo que implica que hasta la realización de auditorías o revisiones de cualquier índole se podrá verificar el acatamiento a dicho requisito y, para entonces, será importante definir qué se va a entender por exclusividad.

En ese aspecto, ya que no están dados los parámetros para medir la *exclusividad*, se propone que el objeto exclusivo se establezca respecto de la actividad y en función del riesgo de los contratistas, más que en criterios formales o de ingresos contractuales. Entre tanto, este requisito parece más una declaración en espera de contenido que podría resultar innecesario en la medida en que se perfeccione la inacabada regulación e implementación del *cercos fiscal*.

Cuarta. Verificación y consecuencias

Otro de los hallazgos relevantes, fue que la constatación de cumplimiento de los multicitados requisitos no solo no fue objeto de revisión previa a la firma de los contratos, sino que además no está contemplada como uno de los objetivos de las verificaciones que puede realizar la autoridad hacendaria y tampoco existe una sanción específica por transgredir dichas limitantes.

En esos términos, se advierte la importancia de establecer una consecuencia jurídica al hecho de que los contratistas no cumplan con los requisitos fiscales previstos en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y se faculte a la autoridad fiscal para verificar tales condiciones; ya que de otra forma se llegaría al absurdo de pensar que son requisitos para firmar un contrato, pero no relevantes en su operación, conclusión que, desde luego, no se comparte.

Bibliografía

ABAL, Alejandra, *La planificación fiscal agresiva de las multinacionales europeas en el impuesto sobre sociedades*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2014, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/831/TFG000825.pdf?sequence=1> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

BECERRA, Manuel, "La expropiación petrolera de 1938 y el derecho internacional", *México 1938-1988, a cincuenta años de la expropiación petrolera*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1990.

BEJARANO, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Oxford, 1999.

- BENEDETTO, Miguel, “La reforma energética como la oportunidad para reactivar el sector petroquímico de México”, en OROPEZA, Arturo (coord.), *Reforma energética y desarrollo industrial*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- BERNALES, Roberto, “La doble residencia en los tratados fiscales para evitar la doble imposición, ¿es correcta la última modificación en la materia incluida en los comentarios al modelo de convenio OCDE?”, en ENRÍQUEZ, José (coord.), *Derecho Fiscal Internacional*, México, Porrúa-ITAM, 2011.
- BITAR, Elías y RODRÍGUEZ, Abril, “Migración de residencia”, en PÉREZ, Arturo (coord.), *Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación*, México, Themis-IFA, 2011.
- BONIFAZ, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1999.
- Cámara de Diputados, “Declaratoria de publicidad de dictámenes de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, y de Energía, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos, y de la Ley de Coordinación Fiscal; y se expide la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo”, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, 2014, núm. 4077-E, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/jul/20140728-E.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- COLMENER, Ricardo y PINTO, Sheraldine, “Contratos integrados de servicios para la extracción de hidrocarburos: instrumento fundamental en la industria petrolera latinoamericana”, en PRIEGO, Erik Manuel y LOYOLA, Rafael (coords.), *Nuevo modelo energético y cambio climático en México*, México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 2018.
- Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Contrato CNH-R01-L01-A7-2015*, disponible en: http://www.cnh.gob.mx/contratos/pdf/contratos/CONTRATO_NUMERO_CNHR01L01A72015.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Bases de licitación CNH-R01-L03/2015*, disponible en: http://rondasmexico.gob.mx/wp-content/uploads/2015/12/R01L03_Bases-Licitacion_20151120.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

- Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Oficio RES:PER-57-2017 y Anexos, respuesta a la solicitud de información pública número 1800100016317, Sistema INFOMEX*, México, 2017.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier e IZQUIERDO, Cristina, “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, número 7, diciembre 2003, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/JDHyCIS.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- Ejecutivo Federal, “Iniciativa del titular del Ejecutivo Federal, por el que expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos y de la Ley de Coordinación Fiscal”, *Gaceta Parlamentaria*, año XVII, 2014, núm. 4012-A, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/abr/20140430-A.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- Ejecutivo Federal, “Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera y Ley de Asociaciones Público Privadas”, *Gaceta Parlamentaria*, 2014, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-04-30-1/assets/documentos/Ley_de_Hidrocarburos.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- European Commission, *Aggressive tax planning indicators. Final Report*, 2017, disponible en: https://ec.europa.eu/taxation.customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp_.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- FERNÁNDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo*. México, Porrúa, UNAM, 2016.
- FERRERO, Alfredo, “La función e importancia del objeto social en las sociedades mercantiles”, *Ius et Veritas*, Perú, núm. 13, 1996, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusveritas/article/download/1567/16017> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- FLORES, Ernesto, *Finanzas públicas mexicanas*, México, Porrúa, 2001.
- FUENTE, Jesús, *Ley del mercado de valores*, México, Porrúa, 2009.
- GARCÍA, Héctor, *El ISR en el régimen opcional para grupos de sociedades*, https://ccpm.org.mx/avisos/PAF_590.1a_mayo_14.pdf.
- GRADWOHL, Carlos y GUTIÉRREZ, Mario Alberto, *Consideraciones fiscales en México de una Limited Liability Company (LLC)*, disponible en: <https://www.scribd.com/document/208038311/2011-07-consideraciones-fiscales> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

- GRUNSTEIN, Miriam, “¡Aguas arriba!: la nueva industria de la explotación del petróleo en México”, en PRIEGO, Erik y LOYOLA, Rafael (coords.), *Nuevo modelo energético y cambio climático en México*, México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 2018.
- HERNÁNDEZ, José Alfredo, *Consolidación fiscal. Impuesto sobre la renta diferido*, México, Themis, 2010.
- Her Majesty’s Revenue & Customs (HMRC), *Internal Manual. International Manual, 2022. Foreign entity classification for UK tax purposes; List of Classifications of Foreign entities for UK tax purposes*, disponible en: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm180030> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- HUERTA, Carla, *Conflictos normativos*, UNAM-IIIJ, 2003.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estructura del Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte 2018*, disponible en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nuevo_estruc/702825099695.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- Internal Revenue Service (IRS), *Code of Federal Regulations, Title 26: Classification of organizations for federal tax purposes*, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/301.7701-2> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- JUEZ, Pedro, *Operaciones fraudulentas a través de sociedades. Detección por medio de la contabilidad y la investigación económica e implicaciones jurídicas*, España, La ley, grupo Wolters Kluwer, 2013.
- MANTILLA, Roberto M., *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 2002.
- MARTIN, Patrick y MENZIE, Liliana, *Clarifying rule for classification of new foreign business entities as foreign eligible entities under treas. Reg. Section 301.7701-3: Case study: The Mexican Societies Anónimas Promotoras de Inversión (“SAPIs”)*, Procopio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP, 2013, disponible en: <http://www.procopio.com/uploads/model/Block/4657/pdf/215/docs-1300825-v10-washington-dc-delegation-paper-sapi-under-ctb-regulations-2715.pdf> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).
- MORA, Jorge, *La reforma energética. Oportunidades para empresarios y consultores*, México, Dofiscal-Thomson Reuters, 2015.
- MORALES, Nora y VÁZQUEZ, Luis I., “Artículos 1 y 4. Aplicación a las Figuras o Entidades Transparentes”, en CALDERÓN, Alejandro (coord.),

Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, México, Themis, 2013.

MULLIS, Kenan, "Check-the-Box and Hybrids: A Second Look at Elective U.S. Tax Classification for Foreign Entities", *Tax Notes International*, vol. 64, núm. 5, 2011.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Glossary of tax terms*, disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.html> (fecha de consulta: 24 de abril de 2023).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014 y 2017*, Francia, OECD Publishing.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Francia, OECD Publishing.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, Francia, OECD Publishing, 2014.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, Francia, OECD Publishing, 2013.

Petróleos Mexicanos, *El Petróleo de México I*, ed. conmemorativa, México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1988.

RAMOS, Carlos, "Contratos petroleros de exploración y extracción en el marco de la reforma energética. Contenido, procedimientos y posibilidades", en Priego, Erik y Loyola, Rafael (coords.), *Nuevo modelo energético y cambio climático en México*, México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 2018.

RECASÉNS, Luis, *Sociología*, México, Porrúa, 1991.

RIPLEY, Peter, "The UK oil and gas taxation regime: A "smash and grab" approach?", 2011, disponible en: <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/TheOilandGasTaxationRegime.pdf>

ROBLEDA, Vicente, "Sociedades anónimas promotoras de inversión", *Prontuario de Actualización Fiscal*, México, 1a. quincena, enero 2015, disponible en: https://www.ccpm.org.mx/avisos/sociedades_anonimas.pdf

ROLDÁN, Oscar y MENDOZA, Eduardo, "El rol de la información y las subastas petroleras en México", en COLMENER, Ricardo y ENRÍQUEZ, David (coords.), *Transacciones petroleras internacionales en América Latina. Actualización de tendencias en la industria*, 2a. ed., México, Tirant Lo Blanch, 2018.

ROUSSEAU, Isabelle, *Tribulaciones de dos empresas petroleras estatales 1900-2014 (Trayectorias comparadas de Pemex y PdVSA)*, México, El Colegio de México, 2017.

Secretaría De Hacienda Y Crédito Público, *Reporte anual por el que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece los rangos de valores de los términos económicos de los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos para el año 2018*, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/287344/Reporte_SHCP_art_5_LISH_2018_170111.pdf

SUNLEY, Emil. *et al.*, *Revenue from the oil and gas sector: Issues and country experience*, Post-conference draft: June 8, 2002, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/SunleyPaper.pdf>.

TORDO, Silvana, *Fiscal systems for hydrocarbons. Design issues*, USA, The World Bank, 2007.

TORDO, Silvana, *et al.*, *Petroleum exploration and production rights*, USA, The World Bank, 2010.

VÁZQUEZ, Óscar, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, México, Porrúa, 2006.

Legislación

Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889 y ref. al 30 de diciembre de 2021.

Código de rentas de los Estados Unidos de Norteamérica, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/701> (fecha de consulta: 20 de abril de 2023).

Código Fiscal de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 31 de diciembre de 1981 y ref. al 12 de noviembre de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917 y ref. al 28 de mayo de 2021.

Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014 y ref. al 20 de mayo de 2021.

Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014 y ref. al 9 de diciembre de 2019.

Ley de Petróleos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.

Ley del Impuesto sobre la Renta, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de diciembre de 2013 y ref. al 12 de noviembre de 2021.

Ley del Mercado de Valores, *Diario Oficial de la Federación*, México, 30 de diciembre de 2005 y ref. al 9 de enero de 2019.

Ley General de Sociedades Mercantiles, *Diario Oficial de la Federación*, México, 4 de agosto de 1934 y ref. al 14 de junio de 2018.

Reglamento del Código Fiscal de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2 de abril de 2014.

*Exclusão social, poder opaco e ‘consenso’ midiático:
observações sobre a escalada autocrática
na sociedade mundial*

**Exclusión social, poder opaco y ‘consenso’ mediático:
observaciones sobre la escalada autocrática
en la sociedad mundial**

*Social exclusion, opaque power and media ‘consensus’:
observations on autocratic escalation in world society*

MAREN GUIMARÃES TABORDA

Escola Superior de Direito Municipal, Centro de Investigações
de Cultura Constitucional, Brasil

tabordamaren@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-2947-7983>

GUILHERME OLIVEIRA WEBER

Centro de Investigações de Cultura Constitucional, Brasil

guioliweber@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1631-2706>

Recibido: 30/09/2022

Aceptado: 30/03/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.02>

RESUMO

Trata o presente ensaio da observação, a partir do método histórico, jurídico e sociológico, das tendências expansivas dos sistemas sociais sobre o direito, na sociedade mundial, especialmente sobre os direitos

humanos, e a escalada de um poder antidemocrático, de caráter populista, em várias partes do planeta (em particular, o Brasil). Descrevem-se as condições do direito na sociedade mundial e a fragmentação jurídica verificada pela exclusão econômica, para, a seguir, tematizar a publicidade, na modalidade de acesso à informação, como uma política de 'Estado', e não de 'Governo'. As novas modalidades de domínio político incluem a negação das verdades científicas, o emprego da mentira e da manipulação ideológica e a obtenção de falsos consensos por meio da mídia, e, por isso, resta atingido o âmago do regime democrático, que é o regime do poder visível, transparente. O procedimento é comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Conclusões parciais foram sendo feitas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

Palavras chave: *sistemas sociais, conflitos comunicativos, exclusão econômica, poder opaco, democracia.*

RESUMEN

Este ensayo trata de la observación, desde el método histórico-jurídico y sociológico, de las tendencias expansivas de los sistemas sociales en materia de derecho, en la sociedad mundial, especialmente en materia de derechos humanos, y la escalada de un poder antidemocrático, de carácter populista, en diversas partes del planeta, centrándose principalmente en Brasil. Se describen las condiciones de derecho en la sociedad mundial y la fragmentación jurídica verificada por la exclusión económica, para luego tematizar la publicidad, bajo la forma de acceso a la información, como una política de Estado, no de Gobierno. Las nuevas modalidades de dominación política incluyen la negación de las verdades científicas, el uso de la mentira y la manipulación ideológica y la obtención de falsos consensos a través de los medios de comunicación y, por tanto, el núcleo del régimen democrático que es el régimen de los derechos visibles y transparentes. El procedimiento que se lleva a cabo en el presente artículo es mediante la comparación de descripciones hechas por la filosofía política y la teoría sistémica. A lo largo de la exposición se realizaron conclusiones parciales, para quedar articuladas al final.

Palabras clave: *sistemas sociales, conflictos comunicativos, exclusión económica, poder opaco, democracia.*

ABSTRACT

This essay deals with the observation, from the historical-legal and sociological method, about the enlarging tendencies of social systems on law, in world society, especially on human rights, and the escalation of an antidemocratic power, of populist character, in various parts of the planet (in particular, Brazil). The conditions of law in world society and the legal fragmentation verified by economic exclusion are described in order to, then, thematize publicity, in the form of access to information, as a 'State' policy, not a 'Government' one. The new modalities of political domination include the denial of scientific truths, the use of lies and ideological manipulation, and the obtaining of false consensus through the media, and, therefore, is achieved the core of the democratic regime, which is the regime of the visible/transparent power. The procedure is comparative of descriptions made by political philosophy and systemic theory. Partial conclusions were made throughout the exhibition, to remain articulated at the end.

Keywords: social systems, communicative conflicts, economic exclusion, opaque power, democracy.

Exclusão social, poder opaco e 'consenso' midiático: observações sobre a escalada autocrática na sociedade mundial

“O poder não pode sustentar-se no recurso à força, porque, neste caso, deixa de ser poder. O recurso à força revela a fragilidade do poder, a fraqueza da sua constituição e sua predisposição estrutural a sucumbir em face das pressões do ambiente”.

Rafaelle De Giorgi¹

Introdução

A sociedade mundial pode ser descrita como “a estrutura universal das possibilidades de recordação da comunicação social”,² observou Raffaele De Giorgi, e esse ‘acontecer’ é verificado no sistema das comunicações:³ os vários *midia* tornam visível a simultaneidade das operações

¹ De Giorgi, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44.

² De Giorgi, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

³ Assim, Luhmann, “o que sabemos sobre nossa sociedade ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”, in: Luhmann, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação de massas*, São Paulo, Paulus, 2005, p. 15.

dos sistemas sociais, ordens condicionadas pela história das seleções que as constituem. Subsistema da sociedade, o direito tem por função primária a generalização congruente das expectativas normativas, de modo que ‘regulação de condutas’ é a referência sistêmica do direito à sociedade como sistema abrangente (ambiente do sistema jurídico).⁴ São as normas constitucionais que contêm programas de atualização do código lícito/ilícito perante a sociedade (ambiente do sistema).

Os sistemas sociais, como o direito, são diferenciados e não linearidades de ‘causa/consequência/resultado’. As diferenciações, precisamente, são a condição de possibilidade de conhecimento das alternativas possíveis, a partir de distinções. Considerando que autodescrição do sistema jurídico é feita pela dogmática jurídica, que contém uma analítica do poder e de sua normalização racional,⁵ novas descrições e diferenciações, feitas pelos membros do *staff jurídico*, são necessárias. O direito deve ser capaz de evitar o conflito interno, no processo de diferenciação entre inclusão/exclusão e de construir expectativas aceitáveis para o futuro. Além do mais, tem o sistema jurídico um papel de estabilização, já que é o meio técnico pelo qual a sociedade se protege contra ela mesma e suas expressões de barbárie.

Uma das funções da Constituição é disponibilizar institutos normativos que servem à garantia das estruturas e operações de outros sistemas sociais e institutos constitucionais para a eleição política, divisão de poderes e diferenciação entre política e administração. Nos últimos dois anos, no Brasil, o povo assistiu, pelos veículos de comunicação, em rede nacional, o chefe do governo investindo contra as políticas de Estado: em meio à pandemia por COVID-19, por exemplo, assumiu uma postura negacionista e destrutiva, ao se contrapor às normas da OMS no enfrentamento da doença e desmoralizar a sua Administração. Ademais, agiu contra políticas públicas assumidas constitucionalmente pelo Estado brasileiro, como o reconhecimento e concretização dos direitos dos povos originários, em que resta ‘autorizada’ implicitamente a ocupação violenta das terras indígenas por brancos, em nome do desenvolvimento do sistema econômico, a concretização do direito fundamental à educação, as políticas de transparência e por aí vai. Está havendo uma espécie de esfacelamento do Estado brasileiro, pois as matérias de administração (Estado) estão

⁴ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020.

⁵ Sobre a normalização racional da ciência jurídica, ver: Müller, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris: PUF, 1993, p. 41-42; 169-170; Schiavone, Aldo, *Ius: la invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2012, p. 25.

sendo tratadas como de ‘governo’⁶ e essa subordinação do Judiciário e do Legislativo ao Executivo, típica dos regimes presidencialistas, põe em xeque a constituição democrática, porque destrói a sua condição necessária e suficiente, qual seja, a mais ampla publicidade dos processos de poder.

Postas tais premissas, este estudo observa as tendências expansivas da economia e da política sobre o direito, na sociedade mundial, especialmente sobre os direitos humanos e a escalada de um poder antidemocrático, de caráter populista, em várias partes do planeta (em particular, o Brasil). Para atingir tal objetivo, descrevem-se as condições do direito na sociedade mundial e a fragmentação jurídica verificada pela exclusão econômica, para, a seguir, tematizar a publicidade, na modalidade de acesso à informação, como uma política de ‘Estado’, e não de ‘Governo’, pois é a ‘memória’ do sistema jurídico que fundamenta o poder democrático.

As novas modalidades de domínio político incluem a negação das verdades científicas como forma de ação política, o emprego da mentira e da manipulação ideológica e a obtenção de falsos consensos por meio da mídia, e isso atinge o coração âmago do regime democrático, que é o regime do poder visível, transparente. O método de abordagem é o histórico-jurídico, porque tal caminho pressupõe que o direito é parte constitutiva dos eventos históricos, além de dedutivo (do geral para o particular), e o procedimento, comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Conclusões parciais foram sendo feitas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

Tendências expansivas dos sistemas sociais sobre o direito na sociedade mundial

A sociedade mundial inviabiliza os corpos humanos, esquece-os, mas os conserva no interior de um espaço físico que não mais delimita o espaço da comunicação social. Tolerância desigualdades, diferenças, em níveis altíssimos e alcança “patamares inimagináveis de barbárie produzidos pelo seu normal funcionamento, o qual podemos corretamente chamar de aquisições evolutivas”.⁷ A autonomia dos sistemas sociais

⁶ Aborda, Maren e Prestes, Vanêsa, “Desastres ambientais, corrupção urbanística e esfacelamento do Estado: o que o assassinato de Marielle Franco tem a ver com isso”, *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, vol. 21, no. 75, jan-mar, 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37403> (acesso em: 22 maio 2020).

⁷ De Giorgi, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, pp. 216-218.

acaba excluindo radicalmente os seres humanos da sociedade,⁸ constituindo-se uma diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, e assim, as pretensões de indivíduos de carne e osso à integridade corporal e psíquica, são o que se pode descrever como direitos humanos *latentes*, surgidos “dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito”.⁹

Característica básica da sociedade mundial contemporânea é a sua fragmentação, em que há não só a diferenciação dos sistemas sociais, mas, sobretudo, a “tendência expansiva da política e de outros subsistemas sociais”, constata Teubner.¹⁰ Ao transpassar as fronteiras do Estado nacional, no mar da globalidade formam-se apenas “ilhas de constitucionalidade”¹¹ e emerge uma nova ordem em que os problemas constitucionais estão fora da fronteira, em processos políticos transnacionais, e simultaneamente, ao lado do setor político institucionalizado, em espaços privados da sociedade mundial.¹² Por isso, Teubner questiona sobre a relevância de descrever uma ‘sociologia constitucional’, que reflete sobre a viabilidade de uma constitucionalização de esferas sociais com contornos globais. Em tal perspectiva, a sociologia constitucional pensa a constitucionalização de sistemas parciais autônomos da sociedade mundial, em especial a economia global (que abarca a ciência e tecnologia), o sistema educacional, os novos meios de comunicação e os serviços de saúde.¹³

Na realidade empírica, se pode perceber que determinadas estruturas constitucionais já estão consolidadas por meio de organizações internacionais, regimes transnacionais e suas redes, ou seja, um processo de constitucionalização, que acaba por compor uma ordem constitucional mundial fragmentada.¹⁴ O que está em jogo, no particular,

⁸ Teubner, Gunther, A matriz anônima-violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais, in: Campos, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 271- 311, p. 280.

⁹ Teubner, Gunther, *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, p. 286.

¹⁰ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 107.

¹² Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 24.

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ Mendonça, Fernanda, Nascimento, Valéria Ribas, Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano, *Revista dos Tribunais. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 94/2016, jan-mar, 2016, pp. 221-246, p. 225. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21045> (acesso em: 30 de maio 2022).

não é a construção de uma nova constituição em uma globalidade desconstitucionalizada, e sim a reforma fundamental de uma ordem constitucional transnacional que já existe. Todavia, tal realidade fica encoberta pelo fato de que, no plano transnacional, um sujeito equivalente ao Estado Nacional não pode ser prontamente identificado.¹⁵ Só o que se pode observar no âmbito interno dos estados, são setores sociais sistematizados amplamente desenvolvidos em constituições próprias, representadas em várias opções instauradas no contexto do constitucionalismo social.

Determinadas ordens sociais autônomas são estabelecidas e auto-limitadas num perspectiva de diversidade institucional, e estabilizadas pelo direito constitucional. A consolidação das ordens sociais com lógicas próprias passa a ser reconhecida como problema constitucional, exatamente por suas características de autoconstituição, autolimitação e integração coletiva.¹⁶ As concepções de Estado Social admitem como legítima a normatização constitucional dos espaços sociais parciais, pois respeita suas autonomias.

Assim, em diversos setores da sociedade, formam-se ordens constitucionais que são estabilizadas em diferentes graus, através das normas jurídicas constitucionais. Teubner observa quatro fenômenos, “distantes uns dos outros”:¹⁷ a) a expansão do direito dos juízes; b) um certo retorno teórico ao direito natural; c) a mudança de direção dos movimentos de protesto, que se dirigem não só contra o Estado, “mas, de modo seletivo e decidido, contra as instâncias profissionais, organizadas da economia e outros sistemas funcionais, que são acusadas de serem as responsáveis por uma grave deriva”¹⁸ e, finalmente, b) a distinção entre os diversos tipos de constituição: de Estado, econômicas, científicas, etc). Com o auxílio da tese de Luhmann, assevera que estes fenômenos estão ligados por um nexos essencial, que diz respeito ao fato de que o sistema jurídico, com a ajuda da Constituição do Estado, “externaliza seus paradoxos de fundação na política, e esta, no Direito”¹⁹ e, daí, é legítimo questionar se outros sistemas sociais também não fazem isso, isto é, “externalizam seus paradoxos com ajuda de uma constituição no Direito ou se eles trabalham com despadações alternativas”.²⁰

¹⁵ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁸ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹ *Ibidem*, p. 162.

²⁰ *Ibidem*, p. 163.

Na distinção entre direito e política, o primeiro buscou, historicamente, a sua legitimação última na *política democrática* (democracia é a improvável aquisição evolutiva do sistema da política, ponto de referência para a elaboração política da complexidade da sociedade);²¹ já a política, com seu paradoxo praticamente indissolúvel — a vinculação de uma soberania desvinculada de *per si*— o externaliza no direito, por meio da constituição do Estado, que “vincula a soberania politicamente desvinculada ao método do Direito”.²²

O êxito histórico da dita ‘Constituição Democrática’, para além de ter incluído os conflitos sociais e econômicos na Constituição,²³ foi precisamente atribuir a produção do direito à política, com as garantias processuais do Estado de Direito, a divisão funcional, a jurisdição constitucional, e marginalizando, com isso, o direito de base consuetudinária. Na Constituição do Estado Social, o direito privado foi constitucionalizado, e seus paradoxos de fundamentação do contrato e da organização privada, fundamento da autonomia privada foram igualmente deduzidos da constituição do Estado. A ultrapolitização do direito gerada mostrou seus efeitos devastadores nos regimes totalitários, mas se tornou também perceptível no Estado de bem-estar social. Contudo, tal externalização da política no direito se mostra inoperante nos processos de formação do direito de regimes transnacionais.

Com isso, é legítimo questionar como o direito tem reagido, para forçar sua diferenciação interna em subsetores autônomos, apoiando o seu processo de produção de normas jurídicas não só na política, mas também em outros sistemas sociais. O Estado Nacional já realizou, de certo modo, esta tarefa, com a formação contínua de subcampos autônomos, como o direito econômico, o direito social, o direito do trabalho, o direito das mídias, o direito científico, etc. Tais ordenamentos jurídicos especiais, cada vez mais, deslocam “o paradoxo da formação de normas para dentro dos sistemas sociais regulados”.²⁴ Assim, a legitimação do direito não diz respeito somente a ‘vontade do legislador’, mas também, a ‘natureza da matéria’, o âmbito social regulado, ou, como diz Müller, a ‘estrutura do âmbito material regulado’, que são dados factuais que não podem ser desconhecidos pelo legislador e pelo

²¹ De Giorgi, Raffaele, *Direito, Democracia e Risco. Vinculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 51.

²² Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 164.

²³ Fioravanti, Maurizio, *La Costituzione Democratica*, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo, Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 182.

²⁴ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 168.

intérprete. ‘Domínio da norma’ é o setor para o qual está orientada uma regulação (o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação).²⁵

Em regimes transnacionais, são o contrato, a organização formal e a padronização os processos de formação de normas jurídicas, que acabam convalidando o direito autocriado da economia, da ciência, da educação, das mídias e dos sistemas de saúde. Normas sociais substituem o processo legislativo e o legislador político fica com a tarefa de reformular o direito social assim criado. No plano transnacional, observa-se uma precarização da vida humana, porque os direitos fundamentais institucionais e os direitos humanos estão sendo impactados pelas tendências totalizantes da economia, em vários âmbitos, como a seguir se explanará.

A exclusão econômica e a fragmentação da ordem jurídica entre ‘superintegrados’ e ‘subintegrados’

No caso da economia, em que o paradoxo da escassez é superado pela codificação binária ‘propriedade/não-propriedade’, as expectativas de propriedade definem vinculações estritas, fixando a inclusão/exclusão do círculo de pessoas afetadas e estabelecendo, materialmente, “conjuntos de expectativas de direitos de exploração, de aquisição potestativa, de fruição e de alienação e seus respectivos limites”.²⁶ Isso é assim porque a propriedade, primeiro degrau da constituição econômica, estabelece a associação estrutural entre economia e direito. Em uma segunda etapa, que diz respeito a uma economia monetária desenvolvida, o paradoxo da escassez assume a forma que “ameaça paralisar os processos de pagamento, no Direito”.²⁷ Gerada no setor bancário a solvabilidade/insolvabilidade, a economia só pode superar o paradoxo com a ajuda do direito, isto é, com a elaboração de normas constitutivas financeiras, que regulam a instituição e o modo de atuação dos bancos centrais em relação aos bancos comerciais. A crise financeira mundial de 2008/2009 mostrou que esta dinâmica (aumento excessivo de transações financeiras globais) permitiu o surgimento de uma enorme insolvabilidade do setor bancário.

Já o caso do direito humano de acesso à água é exemplar no que diz com a precarização da vida humana pelo sistema econômico: na

²⁵ Müller, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 189-197.

²⁶ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 179.

²⁷ *Ibidem*, p. 179.

sociedade mundial, com o aumento de privatizações dos serviços de abastecimento de água, e configurada esta como *commodity*, explodem continuamente conflitos relacionados ao controle de fontes de água ou em relação ao preço do serviço, as chamadas “guerras das águas”.²⁸

Ao trazer a noção de matriz anônima nos processos de violação de direitos, como ameaça não de humanos, mas de processos sociais impessoais baseados em instituições e modos de operação, Teubner alerta que toda a doutrina dos direitos humanos ainda é baseada na doutrina do *state action* e na ficção jurídica do Estado ou da empresa como pessoa, quando as maiores ameaças aos direitos humanos, há décadas, recaem nas matrizes anônimas e atomizadas para fora da relação estatal, que já não é mais o centro da sociedade, sobretudo a matriz econômica, ressaltando que as multinacionais e transnacionais são agentes ativos na degradação humana e ambiental e quase nunca pagam pelo que fazem, pois é extremamente difícil enquadrá-los dentro dos modelos jurídicos atualmente adotados, cujo escopo e competência do Poder Judiciário condiz com o Estado Nacional e encontra inúmeras limitações.

Estes conceitos, da exploração do ser humano por sistemas sociais, por instituições que degradam o planeta, trazida a partir da concepção ecológica dos direitos fundamentais são ferramentas úteis para se repensar os conflitos existentes em relação aos recursos hídricos em que existem diversos —e sobrepostos— processos ocorrendo através de instituições que violam e vulneram os direitos dos humanos em relação à água, sendo estas matrizes em sua maioria extra ou paraestatais, como o mercado; despersonalizadas, e profundamente complexas e interligadas, como a tendência ao consumismo, o desperdício, a corrupção, as disputas políticas, o lucro, a parca educação de parcela da população, todos contribuindo para processos de sofrimento dos indivíduos que passam sede e/ou estão doentes ou sofrendo por causa da atuação sistemática e estruturada destes atores que não agem em nome próprio, mas são corpos utilizados pelas instituições em seus processos sociais.

Não se trata aqui de um conflito de direitos oponíveis, de sujeitos bem recortados ou de conflito entre direitos fundamentais de mesma estatura, ou mesmo tão somente de conflitos entre a pessoa humana individual e a pessoa-Empresa, ou pessoa-Estado, mas sim de relações complexas entre as instituições que compõem estes processos anônimos

²⁸ Ver Castro, Ramiro, *Paradigmas em disputa no acesso humano à água: entre a lógica do mercado e a realização do bem comum*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021, 215 fl., em especial capítulos 4 e 6.

que prejudicam os indivíduos e ilustram contradições estruturais e sociais reais, e não meramente direitos abstratos.²⁹ Da mesma forma, Luhmann aduz que as normas de direitos são assim reconhecidas justamente por suas violações, de modo que é o seu descumprimento, a constatação de sua falta que o classifica como um direito humano.³⁰ O direito ao acesso à água carrega, pois, simbolicamente, a carga emocional e vital mais forte que se pode cogitar dentre seus pares no rol dos direitos humanos, o que acarreta que, tomando-se a teoria sistêmica como guia hermenêutico, pode ser considerado como um exemplo de *direito humano latente*, por ser uma pretensão dos seres humanos, enquanto indivíduos, seres de carne e osso que sofrem e morrem, à integridade corporal e física, sendo, portanto, um direito pré-jurídico ou extrajurídico, pré-político e mesmo pré-social, dado que o humano, antes mesmo da constituição da comunidade política, já colocava no topo de suas prioridades fisiológicas, a água, tal qual todos os outros seres vivos.³¹

No ambiente brasileiro, tem-se testado a consistência do modelo constitucional de 1988 frente à crise econômica e à instabilidade institucional, e observa-se a instrumentalização da Constituição, em que o direito falha em impor seu código ao domínio político. Marcelo Neves aponta que, em países ditos ‘periféricos’ da ordem mundial, há a instrumentalização do direito pela política, e cooptação política por grupos econômicos, que são os beneficiários dos frágeis mecanismos de legitimação do Estado de Direito.³² Isso faz com que os direitos fundamentais sejam institucionalizados de forma distorcida, a separação de poderes e as eleições respondam à fórmulas de reconciliação mais amplas, com o objetivo de manter os privilégios dos ‘sobreintegrados’ (‘superintegrados’ na linguagem de Müller), que podem dispor da Constituição.

O sistema econômico, com seu código ‘abundância/escassez’ de recursos materiais vitais, produz, sempre e todo lugar, inclusão e exclusão. O declínio econômico —o desfavorecimento— ainda que parcial,

²⁹ Fischer-Lescano, Andreas, Crítica da Concordância Prática, in: Campos, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, pp. 37-61, 2016.

³⁰ Luhmann, Niklas, Iluminismo sociológico, in: Santos, José Manuel (dir.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, LusoSofia, Covilhã, 2005.

³¹ Teubner, Gunther, *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, p. 285.

³² Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 8.

produz uma reação em cadeia de exclusão, e as injustiças sociais, econômicas e políticas se tornam também jurídicas, fazendo com que os excluídos (vulneráveis) não contem com proteção jurídica eficaz, o que resulta em violência contra grupos e minorias, nas cidades e nos campos.³³ Tais exclusões são geradas pela sociedade moderna como diferença funcional, pois a exclusão econômica permite que a ordem social e jurídica se fragmente entre aqueles que não têm acesso às prestações materiais vitais (exclusão primária) ou não o têm mais em razão do empobrecimento e do descenso social maciço (exclusão secundária).

Da manutenção da exclusão dos excluídos —‘subintegrados’— se alimenta a estrutura dos privilégios dos ‘superintegrados’ e, com isso, a impossibilidade do cumprimento da prestação que o sistema social (ambiente) demanda do direito. Por conseguinte, com a exclusão econômico-social, a Constituição não consegue mais impor o código do direito ao da política, e acaba criando uma realidade que já não é mais o ‘Estado Constitucional’ e, com isso, a Constituição perde a sua legitimidade propriamente democrática. Não há base para que o povo possa exercer os seus direitos políticos e, por isso, a exclusão econômica gera exclusão política.

‘Povo’, em filosofia política, pode ser o *povo ativo*, composto pelos titulares dos direitos eleitorais; o *povo* como instância de atribuição de legitimidade; o *povo* destinatário das prestações do Estado, ou como ícone, quando é referenciado como discurso simbólico, sem eco na realidade. Esse uso não é democrático, pois o povo icônico *não participa dos processos de poder*. A exclusão social e econômica, diz respeito ao *povo destinatário*; a ausência de efeitos políticos e a apatia estão relacionadas com o *povo ativo*; e a exclusão jurídica, violência ilegal, a desigualdade inconstitucional, a negação de proteção jurídica e a impunidade dos agentes da repressão “consiste em violações do *status* do povo como instância de *atribuição*”, arremata Müller.³⁴

No sistema jurídico, a autoreferência elementar (de base), implica a reprodução da comunicação jurídica exclusivamente sob o código ‘lícito/ilícito’. Daí a legalidade ter caráter constitutivo de redundância funcional, capaz de afirmar a consistência da autonomia do sistema jurídico frente à variabilidade do ambiente, dinâmica que pode ser observada na circularidade entre estatuição (legiferação) e concretização

³³ Müller, Friedrich, Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? in: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Edição Especial*, Porto Alegre, Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000, p. 28.

³⁴ Müller, Friedrich, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição Especial*, p. 50.

jurídica, cuja generalização implica a inclusão de toda a população no sistema jurídico. É a “luta por reconhecimento” a que aduz Honneth,³⁵ pois é no reconhecimento jurídico que um ser humano é respeitado em virtude da propriedade que faz dele uma pessoa de direito, capaz de participar do processo democrático.³⁶ Os confrontos práticos surgidos da “experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material quanto do alcance social do status de uma pessoa de direito”, afirma Honneth.

Assim, se por ‘reflexividade’ se pode compreender a referência de um processo a si mesmo em nível sistêmico mediante o mesmo código binário, a Constituição é a instância reflexiva mais abrangente do direito positivo, uma vez que estabelece a hierarquia normativa, a organização dos poderes e do processo legislativo, bem como a sua própria reforma. No direito, a reflexão se dá no interior da teoria do direito e da dogmática jurídica, de modo que os temas da ‘legalidade/constitucionalidade’ são imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência. O problema é que, no Brasil, tal reflexão não se reflete na práxis, e variáveis particularistas acabam se impondo sobre uma prática universalista de decisão, como aponta Neves,³⁷ e faz-se um uso seletivo da legalidade contra a Constituição, como no caso da expulsão de moradores de favelas sob o fundamento da violação do direito de propriedade, ou naqueles em que o poder público viola desde direitos à gestão democrática da cidade até direitos fundamentais de moradia de milhares de famílias pobres, no que concerne à segurança da posse, à disponibilidade de infraestrutura, à localização e ao custo acessível da moradia, sem contar impactos ambientais negativos, em grandes projetos de urbanização das cidades. No particular, Betânia Alfonsin, descrevendo as consequências danosas da política de transformação da cidade de Porto Alegre para receber a Copa do Mundo de 2014, aduz que “houve a total desconsideração da diretriz da política urbana que determina a recuperação, para a coletividade, dos investimentos públicos que resultaram em valorização dos imóveis privados”.³⁸

³⁵ Honneth, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo, Editora 34, 2003.

³⁶ Taborda, Maren e Prestes, Vanesca, *Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC MINAS*, p. 11.

³⁷ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 302.

³⁸ Alfonsin, Betânia, Resgatando o processo de preparação da copa de 2014 em Porto Alegre e problematizando os “legados”, in: Soares, Paulo Roberto (org.), *Porto Alegre. Os impactos da Copa do Mundo de 2014*, Porto Alegre, Deriva, 2015, p. 247.

É possível ainda observar, na realidade empírica, problemas de regulação jurídica do procedimento eleitoral, a hiperpolitização da Administração Pública (a sua particularização), pois se articulam corporativismos e não há a distinção clara entre Estado e Governo. O Executivo se expande constantemente e isso impede a configuração funcional da divisão de poderes. Por isso, Neves³⁹ aduz que “a política (em sentido amplo) desenvolve-se amplamente sem a consideração por seu ambiente jurídico, e o sistema jurídico, por seu lado, não observa adequadamente o seu ambiente político”.

No domínio das questões ditas ‘políticas’, o Executivo reivindica liberdade, isenção de controle judicial, em face da envergadura dos interesses públicos nelas envolvidos, pois se o Governo estiver completamente submetido à fiscalização judicial, não poderá exercer adequadamente sua competência política de direção. Na tentativa de distinguir atos políticos de atos administrativos, a doutrina francesa do século XIX, por exemplo, construiu a teoria dos atos de governo e a doutrina alemã, a teoria da discricionariedade. A doutrina brasileira, desde a mesma época faz a distinção entre ‘governo’ e ‘administração’, com a tendência a identificar alguns atos políticos como não sindicáveis. A competência do Governo é conferida diretamente pela Constituição, e os atos praticados nesta condição são livres, não podendo ser atacados por via de recursos. Tais medidas não se opõem ao conceito geral de atos da administração e se subsumem em execução todos estes poderes. A função de governo se manifesta na função de chefia do Estado, na qual o elemento da configuração ativa recua a favor do elemento da preservação da unidade estatal.⁴⁰

Especificamente na sociedade brasileira, pode ser observado que é cada vez mais difícil a distinção entre o Governo e o Estado: a Administração Pública é particularizada, assegura privilégios e mantém exclusões, sendo a desigualdade “um problema central para a cultura jurídica brasileira”, diz Lopes, que mantém um “paralelismo jurídico”, constituído de práticas ilegais perpetuadoras das situações de opressão

³⁹ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 263.

⁴⁰ Ver Cretella, José, Teoria do ato de governo, *Revista de Informação Legislativa*, n. 95, jul-set, 1987, pp. 73-75; Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998; Modugno, Franco, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milão, Giuffrè, 1981. Verbete ‘Funzione’, Taborda, Maren, Função Administrativa e Função de Governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado, in Ávila, Humberto, (org.), *Fundamentos do Estado de Direito- Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 262-292.

intraclases ou interclases.⁴¹ No que diz com a diferenciação entre Governo e Estado, por conseguinte, a Constituição brasileira não tem conseguido impor o seu código, pois o poder político confunde, mistura, propositalmente, na comunicação política, esta diferenciação histórica da ciência jurídica.

‘Governo’ é o comando, a iniciativa, a fixação de objetivos do Estado e a manutenção da ordem jurídica vigente, atuando mediante atos de soberania ou de autonomia política na condução dos negócios públicos e ‘administração’, em sentido formal, o conjunto de órgãos que executam os objetivos do Governo; em sentido material, o conjunto das funções necessárias ao serviço público e, em sentido operacional, atividade técnica subordinada. O ato político é discricionário e não um ato neutro, vinculado à lei ou a norma técnica.

Tudo isso impede a tensão constitutiva entre os dois sistemas (direito e política), por meio da Constituição, destruindo as chances de aprendizado social que a experiência constitucional pode proporcionar, pois, se “um Estado democrático viver em uma comunidade à qual pertencem Estados não-democráticos, e ela própria não é democrática, o regime dos Estados democráticos também será apenas uma democracia incompleta”, como observou Bobbio.⁴² É preciso descrever, portanto, as relações entre democracia, comunicação e esclarecimento,

O acesso à informação tratado como política de ‘Governo’ e não de ‘Estado’ pelo executivo brasileiro

Uma das definições fortes de democracia, é a de que esta é o regime do poder visível: poder público em público. Isso é assim porque o poder (domínio) tem muitas formas: considerados os *poderes sociais*, é possível distinguir um *poder político*, detentor do monopólio da força legítima; um *poder econômico*, com base na posse dos meios de produção e um *poder ideológico-cultural*, com base no controle dos meios de informação e persuasão (meios de comunicação de massa). Assim, os sistemas de mídia tem um papel fundamental na formação da opinião pública e na formação da vontade política nas sociedades contemporâneas, pois informação é poder. O esforço autoritário é precisamente o poder secreto, porque o segredo, durante séculos “foi considerado essencial para a arte do governo”. Foi a razão iluminista que inverteu essa lógica, afirmando o poder visível. Todavia, em terras brasileiras,

⁴¹ Lopes, José Reinaldo, *Direitos Sociais. Teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006, p. 113.

⁴² Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 384.

em que pese o preceito da publicidade ser um elemento essencial da Constituição, é deficiente, até mesmo nula, a sua concretização.

O processo histórico, aliás, caminha na direção do poder opaco. A atuação do Governo Federal do Brasil no enfrentamento do COVID-19 é ilustrativa a esse respeito, pois jamais foi considerado que as condutas, para o caso, não eram independentes (governo) e sim hierarquizadas (administração) e, por isso, suscetíveis de recurso —sindicalizáveis—. Em tal distinção, a discricionariedade do ato político é maior do que a discricionariedade do ato administrativo, mas ambos têm como limites as prerrogativas individuais, as liberdades públicas e os direitos subjetivos públicos. A deficiente pre-compreensão de tal distinção, firme no sistema, produziu —e produz— severas consequências disfuncionais que comprometem a função estabilizadora do direito, na medida em que ela traduz uma tensão crescente entre Governo e Parlamento, típica dos regimes presidencialistas.

No particular, o Governo Federal tratou a questão do acesso à informação (âmago da Constituição Democrática), como matéria de ‘Governo’ e não de estruturação do ‘Estado’. Com efeito, o que não se pode manifestar em voz alta sem, ao mesmo tempo, frustrar a própria intenção, deve permanecer em segredo, e aí, a primeira exceção ao preceito de publicidade.⁴³ Por conseguinte, nas sociedades democráticas, no que diz respeito ao preceito da publicidade como transparência, as exceções estão relacionadas àquelas decisões que, uma vez publicizadas, ameaçam a segurança e a existência mesma da comunidade, isto é, aquilo que a tradição política denominou *arcana imperii* (razão de Estado), que tem por objetivo conservar o Estado e a forma de governo existente.

Na política brasileira atual, há o esforço deliberado de ocultar as verdades científicas e de vedar o acesso às informações públicas, por parte do Governo Federal, em inúmeras situações, e, especialmente, durante a pandemia por COVID-19 (ainda em curso). O primeiro caso de falta de transparência que se observou se deu no enfrentamento da crise sanitária, quando o governo do Brasil fez escolhas não democráticas —autoritárias— manipulando informações sobre a doença e vedando o acesso público a essas informações. A ausência de informações e dados sobre a crise sanitária, aliada ao esvaziamento das políticas públicas de saúde, pôs em risco a vida dos brasileiros, em especial

⁴³ Advém daí o segundo princípio do direito público: “todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política”. Kant, I., *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1995, p. 170.

aqueles já socialmente vulneráveis (população indígena, quilombola, pobres em geral). Mais grave foi a desarticulação das políticas de enfrentamento à doença entre os governos dos entes federados. Aliás, já em março de 2020 foi editada Medida Provisória alterando significativamente os procedimentos estabelecidos na LAI (Lei de Acesso à Informação LEI nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), suspendendo prazos de resposta e impondo a impossibilidade de recurso em caso de negativa de acesso. Ainda que tal ato normativo tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 26 de abril, por pressão da sociedade civil, a medida foi utilizada em diversos casos para negar acesso à informação, mobilizando a pandemia como pretexto.

Atualmente, os brasileiros só têm informações sobre as questões que envolvem a doença por meio da mídia, na medida em que, a partir de março de 2020, os veículos de comunicação social *G1*, *O Globo*, *Extra*, *O Estado de S.Paulo*, *Folha de S.Paulo* e *UOL* formaram uma parceria e passaram a trabalhar de forma colaborativa para buscar as informações necessárias nos 26 estados e no Distrito Federal. Os dados são coletados diretamente nas secretarias estaduais de Saúde e informados para a população através de várias mídias. Tais informações orientam as pessoas e as políticas públicas.

A falta de informações e as mentiras científicas estimulam a população a usar medicamentos sem comprovação científica de eficácia e a não participar dos programas de vacinação infantil contra doenças como poliomielite, que volta a atingir os brasileiros. Em 2022, as taxas de imunização de crianças contra 17 doenças —entre elas o sarampo— atingiram os níveis mais baixos em muitos anos. Os motivos para isso são vários, mas um relevante (e evidente) é a percepção enganosa de parte da população de que estas doenças já ‘desapareceram’ e problemas de falta de informações seguras, em razão de deficiências do sistema informatizado de registro de vacinação.

Na democracia, “a publicidade é a regra básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado”.⁴⁴ Tal diferenciação é básica para compreender a relação entre segredo e publicidade na sociedade de nosso tempo, que possui a adjetivação “da informação”, pois, com adventos tecnológicos na seara da comunicação, o bem mais precioso não é mais o ouro ou a

⁴⁴ Lafer, Celso, *A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, 1988, pp. 243-244.

prata, conforme o metalismo do século XVI e XVII, e sim a informação. Por isso, as sucessivas diferenciações e descrições feitas pela dogmática jurídica em torno *do tema da publicidade*, memória poderosa do sistema jurídico nos últimos 250 anos, são essenciais, porque tais diferenciações permitem um *juízo de valor* sobre o sistema político que se está a descrever e analisar, na medida em que só é democrático o poder visível transparente.

Este estado de coisas é propiciado pela forma de governo adotado na República —o Presidencialismo— e reforçado pelas formas que o domínio político tem assumido, desde os anos 90, com tendências ao fortalecimento do Executivo nos Estados Nacionais, em que a personalização do confronto político e da gestão do poder assumem formas de confronto plebiscitário. Isto acaba pondo em xeque a legalidade e a imparcialidade, e pode destruir a Constituição Democrática, o que já está ocorrendo. Quem vive no Brasil, experimenta um ‘regime político de fato’, instaurado para além das vontades individuais, e que não faz parte da dialética democrática, de alternância de poder entre direita e esquerda. A partir de 2019, os opositores do governo (eleito em 2018), passaram a ser tratados como inimigos, e não como adversários. Até mesmo o seu aniquilamento físico foi estimulado e praticado. Dos brasileiros, está sendo roubada a liberdade de *pensar*, porque há um poder exterior que lhe retira a liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos.⁴⁵

Autoritarismo sustentado na fábrica midiática de consenso e na concentração de poder econômico e ideológico

A Itália do final dos anos 90 foi uma espécie de ‘laboratório’ para outra forma de domínio político, o chamado ‘populismo midiático’, que ganhou proporções planetárias na contemporaneidade. Arendt já observara, em seu clássico trabalho sobre o totalitarismo,⁴⁶ que nesse tipo de domínio suprime-se a distinção entre o público e o privado, a força acaba substituindo o consenso, propaganda, mentiras e fanatismo sustentam o regime político e o povo é sacrificado. Nos anos 2000, Umberto Eco,⁴⁷

⁴⁵ Kant, Immanuel, *verbis*: “poder exterior que retira dos homens a liberdade de *comunicar* publicamente seus pensamentos rouba-lhes também a liberdade de *pensar* (...)”, in *O que significa orientar-se no pensamento? Textos Seletos*, Edição Bilingue, Petrópolis, Vozes, 1974, p. 92.

⁴⁶ Arendt, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 365.

⁴⁷ Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, Rio de Janeiro, Record, 2022.

Norberto Bobbio⁴⁸ e Michelangelo Bovero,⁴⁹ tentando dar conta da realidade institucional (meio ambiente), fizeram, com os recursos metódicos da filosofia política, diferenciações (descrições) muito precisas sobre o fenômeno, que, hoje, soam proféticas (considerado tudo o que veio depois).

Umberto Eco, em 2003, alertava para o fato de que o regime de Berlusconi (um empresário da mídia italiana, proprietário de 3 canais de televisão, de mais de 7 jornais e que controla politicamente mais outros 3 canais televisivos) era um “regime de fato” com tendências populistas. Usou esta expressão não em seu sentido histórico (populismo russo), mas referindo-se a governos sul-americanos e africanos, como o de Perón, na Argentina, no século xx, que apelaram para uma ficção, a vontade popular, pressupondo-a homogênea, quando isso não existe na realidade. O que existe são cidadãos, com ideias diferentes, e estes é que escolhem, na democracia, quem vai governar —seus representantes no Parlamento—. Mas o corpo legislativo não é todo o povo, pois existem os “corpos intermediários”, “que vão dos poderes industriais ao exército, das ordens profissionais à imprensa”⁵⁰ e, por isso, o populista cria uma imagem virtual da vontade popular, identificando seus próprios projetos com a vontade do povo.

Na medida em que, na Itália de Berlusconi, o detentor do poder também controlava os principais canais de televisão, se foi estabelecida alguma “ditadura” (poder autocrático, não representativo), essa é uma “ditadura da mídia, não política”.⁵¹ “Para fazer cair um governo não é mais necessário alinhar tanques de guerra, mas basta ocupar as estações transmissoras de rádio e televisão”, argumenta Eco.⁵² Um regime midiático populista gerencia o consenso político controlando os meios de comunicação, de modo que não precisa mandar para a prisão os opositoristas, nem censurá-los, basta pô-los para “falar primeiro nos programas e notícias apresentados”, já que, segundo a lógica da mídia televisiva, principalmente, “tem razão quem fala por último”.⁵³

Se os meios de comunicação em massa são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião pública, a depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa

⁴⁸ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, Campus, 2000.

⁴⁹ Bovero, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2002.

⁵⁰ Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, p. 149.

⁵¹ *Ibidem*, p. 163.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 165.

pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos, etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade-existente ou não. A mensagem comunicada pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí.

Isso ficou mais claro desde a 2a Guerra Mundial, em que houve a utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Na contemporaneidade, com a difusão constante e veloz de informações a internet se tornou mais um ‘campo de guerra’ para ataques de natureza política. A difusão de notícias falsas (ou mentiras políticas) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news*, que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações. Assim, o novo populismo, do qual governos como o dos EU da era Trump, da Rússia de Putin, da Venezuela de Chaves são exemplos, têm como traço comum a fábrica midiática de consenso e a concentração de poder econômico e ideológico. Totalmente aberto o caminho para a dissolução de uma Constituição Democrática.

Bovero,⁵⁴ ao refletir sobre o regime democrático, distingue ‘democracia liberal’ e democracia socialista’ concluindo que, em princípios valores sobre os quais se funda a democracia são, essencialmente, liberais (quatro grandes liberdades de Bobbio), quais sejam: liberdade pessoal, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e liberdade de associação. Mas ele esclarece que essas quatro liberdades somente são possíveis a partir do respeito às necessidades primárias, conforme pugnado pelos valores socialistas, pois, se assim não for, as liberdades somente serão usufruídas por poucos privilegiados, de modo que, para se chegar à democracia formal (não aparente)

⁵⁴ Bovero, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp. 48-49.

buscada, as precondições a serem observadas são de natureza liberal-socialista.

No aspecto dinâmico da ideia democracia —de regras do jogo— as fases desse jogo são constituídas pelos verbos ‘eleger’, ‘representar’, ‘deliberar’ e ‘decidir’. Os regimes presidencialistas tendem a apresentar características menos democráticas em razão de as funções de governo não estarem tão ligadas à representação, ao passo que o parlamentarismo está conectado à ideia de deliberação entre as orientações políticas representadas no Parlamento. Isso não garante, de plano, no parlamentarismo, o desenvolvimento mais linear do jogo democrático, embora o favoreça.

As confusões de poderes perpetradas pelos eleitos (detentores do poder político decisório) podem inverter a lógica do processo democrático, colocando-os no princípio de tal processo ao ‘moldarem’ o eleitor, o qual fará da eleição um mero ato de legitimação exterior. Trata-se de um modelo de ‘democracia degenerada’ que é impulsionado pela classe política com fundamento no patrimonialismo, no populismo e no personalismo com ou sem carisma.⁵⁵ Não há mais legitimação democrática na eleição de um presidente do que na eleição de membros do parlamento, e, no presidencialismo, governa-se mediante decretos, o que acaba esvaziando a função parlamentar. A ideia de uma eleição direta do chefe do poder executivo não privilegia o poder do eleitor, pelo contrário, o fragiliza, pois há a impossibilidade dos eleitores removerem um presidente que se mostrou incompetente, enquanto que, no parlamentarismo, por exemplo, os parlamentares têm mais força para uma eventual remoção.

A finalidade da democracia não é tão somente ser eficiente, mas ser democrática, e com isso, o presidencialismo não é compatível, porque é um sistema de poder em que o Executivo é mais forte que os demais. Este toma mais facilmente a forma de governo autoritário e antidemocrático, porque, neste sistema, opõem-se falsamente a soberania do povo à soberania do parlamento, como se este não fosse o conjunto de representantes. Pressupõe uma concepção organicista do povo com massa que se reconhece compacta em um chefe. Só uma coletividade pressuposta homogênea pode ser representada por um único indivíduo. A coletividade articulada e pluralista só pode ser representada por um colegiado.

Por outro lado, em face crise de representatividade dos parlamentos, são necessárias novas diferenciações e descrições, que permitam

⁵⁵ *Ibidem*, p. 155.

outras decisões para o aprimoramento do regime democrático. Isso é assim em razão da forma de atuação do ideal democrático: fora de um regime democrático, esse ideal é um antagonista; no interior de uma democracia, o princípio democrático tende a estabelecer medidas ideais para avaliar e controlar as conquistas democráticas do mundo real. A regra de conversão para a transformação dos ideais em realidade descoberta pelo constitucionalismo é a representação e a estrutura garantidora do Estado constitucional.⁵⁶

Por isso, um dos maiores desafios das democracias é manter a promessa de publicidade dos atos de poder, porque este “tem a irresistível tendência a esconder-se” diz Bobbio⁵⁷ e porque a resistência e persistência do poder invisível são cada vez mais fortes nos estados democráticos, ainda mais se forem consideradas as relações internacionais. O autor aponta, como razões de falta de transparência nos estados democráticos, e não só nos autocráticos (caracterizados pela opacidade), “a presença no sistema internacional de Estados não democráticos, nos quais o segredo é a regra e não a exceção” e o fato de que o sistema internacional não é democrático na ação (embora o seja no Estatuto das Nações Unidas), porque a ordem internacional “repousa ainda sobre o tradicional sistema de equilíbrio”.⁵⁸ Em resumo: na democracia, os cidadãos devem ser protegidos de um excessivo controle por parte do poder público sobre a sua privacidade. E, precisamente porque a democracia que prevê o máximo de controle dos poderes por parte dos indivíduos, tal controle só é possível se o poder público agir com o máximo de transparência.

Considerações finais

Na sociedade mundial, do ponto de vista fenomenológico, observa-se uma severa fragmentação dos vários sistemas sociais e em determinadas estruturas que já estão consolidadas por meio de organizações internacionais, regimes transnacionais e suas redes. Todavia, tal realidade fica encoberta pelo fato de que, no plano transnacional, um sujeito equivalente ao Estado Nacional não pode ser prontamente identificado. Só o que se pode observar no âmbito interno dos estados, são setores sociais sistematizados amplamente desenvolvidos em constitui-

⁵⁶ Sartori, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*, São Paulo, Ática, 1994, p. 183.

⁵⁷ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 409-410.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 412.

ções próprias, representadas em várias opções instauradas no contexto do constitucionalismo social.

Na constituição dos Estados, a legitimação do direito não diz respeito somente a ‘vontade do legislador’, mas também, a ‘natureza da matéria’, o âmbito social regulado, que é o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação. Em regimes transnacionais, por outro lado, são o contrato, a organização formal e a padronização os processos de formação de normas jurídicas, que acabam convalidando o direito autocriado da economia, da ciência, da educação, das mídias e dos sistemas de saúde.

No plano transnacional, observa-se uma precarização da vida humana, porque os direitos fundamentais institucionais e os direitos humanos estão sendo impactados pelas tendências totalizantes da economia, em vários âmbitos, como no caso do direito humano de acesso à água. No particular, estes conflitos comunicativos advindos da falta de água, transformados em violência social e política, protestos, conflitos e mesmo guerras, tocam o direito a partir do mote de reivindicação como direito humano, como norma intracomunicativa que tenta traduzir a comunicação irritada em razão do conflito extraído do meio ambiente em desarranjo pelo sofrimento humano insustentável.

De outra parte, a exclusão econômica, gerada pela sociedade moderna como diferença funcional, permite que a ordem social e jurídica se fragmente entre aqueles que não têm acesso às prestações materiais vitais (exclusão primária) ou não o têm mais em razão do empobrecimento e do descenso social maciço (exclusão secundária), e resguarda os ‘superintegrados’, que podem dispor da Constituição. Assim, no caso brasileiro, há a contradição entre o formalismo legalista dos tribunais, que reafirmam a estrutura de dominação dos ‘superintegrados’, diametralmente oposta ao universalismo dos direitos previstos na Constituição, e isso traduz a relativa incapacidade de autolegitimação do direito e da Constituição, em virtude da insuficiente positividade do direito e dos graves problemas de seu funcionamento como sistema social. O jogo político se dá à margem e acima da Constituição, faltando interpenetração entre direito e política. Por conseguinte, só a reversão da exclusão dominante e massiva pode proporcionar o adequado funcionamento do direito e da Constituição no agir e vivenciar da população.

Na medida em que só é democrático o poder visível, transparente, a reflexão em torno do preceito da publicidade permite agrupar muitos fenômenos jurídicos e políticos que só aparentemente estão distantes: quer dizer, por meio desse filtro foi possível detectar um domínio polí-

tico com tendências totalitárias, que diz respeito ao ocultamento das questões políticas relevantes e que fortalece a posição do poder Executivo, que se põe acima da Constituição e das leis, politiza a administração, trata políticas públicas estatais como matérias de ‘Governo’ e, por isso, não sujeitas ao controle jurisdicional. Tais tendências autocratizantes observadas visam o fortalecimento dos poderes do vértice, impedindo os fluxos ascendentes do processo democrático. O caminho fica aberto para a autocracia eletiva, populista e plebiscitária. O risco (no sentido de perigo) é de ser uma democracia do aplauso eletrônico, do populismo midiático.

Em síntese, quando o poder do vértice tem demasiados meios para impor suas decisões, a dialética política sai das sedes institucionais, o dissenso e o conflito não mediados pelo processo decisório formal se revertem sobre a sociedade, acompanhados pela rejeição ao jogo político democrático e /ou desinteresse pela política, e isso é a morte da democracia.

Bibliografia

- ALFONSÍN, Betânia, Resgatando o processo de preparação da copa de 2014 em Porto Alegre e problematizando os “legados”, in: SOARES, Paulo Roberto (org.), *Porto Alegre. Os impactos da Copa do Mundo de 2014*, Porto Alegre, Deriva, 2015.
- ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2002.
- CASTRO, Ramiro Crochemore, *Paradigmas em disputa no acesso humano à água: entre a lógica do mercado e a realização do bem comum*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021.
- CRETELLA, José, Teoria do ato de governo, *Revista de Informação Legislativa*, no. 95, jul-set, 1987.
- DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

- Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, Rio de Janeiro, Record, 2022.
- FIORAVANTI, Maurizio, *La Costituzione Democratica*, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo, Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2018.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da Concordância Prática, in CAMPOS, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016.
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998.
- HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo, Editora 34, 2003.
- KANT, Immanuel, O que significa orientar-se no pensamento? *Textos Seletos*, Edição Bilíngue, Petrópolis, Vozes, 1974.
- KANT, Immanuel, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1995.
- LAFER, Celso, *A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- LOPES, José Reinaldo, *Direitos Sociais. Teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006.
- LUHMANN, Niklas, *A realidade dos meios de comunicação de massas*, São Paulo, Paulus, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico, in SANTOS, José (dir.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, LusoSofia, Covilhã, 2005.
- MENDONÇA, Fernanda e Nascimento, Valéria, Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano, *Revista dos Tribunais. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 94/2016, jan-mar, 2016, disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21045> (acesso em: 30 de maio 2022).
- MODUGNO, Franco, *Enciclopedia del Diritto*, vol. xvii, Milão, Giuffrè, 1981.
- MÜLLER, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, PUF, 1993.
- MÜLLER, Friedrich, Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição Especial*, Porto Alegre, Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000.

- NEVES, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020.
- SARTORI, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*, São Paulo, Ática, 1994.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius: la invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2012.
- TABORDA, Maren, Função Administrativa e Função de Governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado, in ÀVILA, Humberto (org.), *Fundamentos do Estado de Direito-Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- TABORDA, Maren e PRESTES, Vanesca, Desastres ambientais, corrupção urbanística e esfacelamento do Estado: o que o assassinato de Marielle Franco tem a ver com isso? *Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC MINAS*, vol. 22 no. 43 (2019).
- TEUBNER, Gunther, A matriz anônima-violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais, in CAMPOS, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016.
- TEUBNER, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, São Paulo, Saraiva, 2016.

**Carl Rogers y la conducta antisocial:
desarrollo incongruente de la personalidad**

***Carl Rogers and the antisocial behavior:
incongruous personality development***

W AEL SARWAT HIKAL CARREÓN

Universidad Autónoma de Nuevo León,
Facultad de Filosofía y Letras, México

wael.hikalcrr@uanl.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0003-1278-567X>

Recibido: 17/08/2022

Aceptado: 12/04/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.03>

RESUMEN

La conducta criminal deriva de una serie de alteraciones sociales, individuales y emocionales que se acumulan desde los primeros años de vida en los cuales el ambiente cultural y los padres juegan un papel importante, ya sea para un sano desarrollo o el desvío. La detección de conductas antisociales y la terapia centrada en los criminales resulta compleja, es importante enfocar las herramientas clínicas y sociales para un adecuado trabajo que identifique patrones de conducta negativos, así como formas de intervenir correctivamente. El presente artículo enfoca brevemente la teoría de Rogers con la explicación de la conducta antisocial para aportar una pequeña sistematización enfo-

cada en la comprensión de estos comportamientos a nivel individual y social.

Palabras clave: Carl Rogers, comportamiento criminal, fenomenología.

ABSTRACT

Criminal behavior derives from a series of social, individual and emotional alterations that accumulate from the first years of life where the cultural environment and parents play an important role for the healthy development or deviation. The detection of antisocial behaviors and therapy focused on criminals is complex, therefore, it is important to focus on clinical and social tools for an adequate work that identifies negative behavior patterns, as well as ways to intervene correctively. This article it's briefly focus Rogers' theory with the explanation of the antisocial behavior to provide a systematization focused on the understanding of individual and social criminal behavior.

Keywords: Carl Rogers, criminal behavior, phenomenology.

Introducción

El presente artículo tiene por esencia vincular la teoría de Carl Rogers orientada a la comprensión de la conducta criminal a nivel individual y social. En las diferentes secciones se presentan datos relevantes sobre sus planteamientos teóricos, comenzando con su biografía, formación y práctica profesional. Posteriormente, se expone una síntesis de su teoría de la personalidad donde se muestran los conceptos torales, se aproxima a la conducta antisocial y a la explicación de la deficiente integración del “yo”, además de realizar un análisis sobre los conceptos de congruencia e incongruencia, para luego entrar en el desarrollo patológico de la personalidad y las alteraciones emocionales. Finalmente se presentan algunas reflexiones sobre la atención clínica para individuos que hayan tenido vivencias personales que desviaron su correcto desarrollo y estén inclinadas al comportamiento antisocial.

Biografía

Carl Ramson Rogers (1902-1987), nació en Oak Park, Illinois, EU y falleció en San Diego, California. Estudió la licenciatura en Psicología

logrando el grado de doctor y fue conocido por el desarrollo de técnicas de psicoterapia centradas en el cliente o persona, *Person Centred Approach* (PCA por sus siglas en inglés).¹

Durante los primeros diez años de su carrera profesional, Rogers trabajó en una clínica de asesoramiento para menores. En 1940, logró el cargo de profesor en la Universidad Estatal de Ohio, antes de dedicarse a la psicología, pasó por la agricultura (1919), luego historia y teología (1924). Se casó con Helen Elliot con quien procreó dos hijos.²

En 1945 Rogers comienza a trabajar en la Universidad de Chicago, donde dirigió un centro de asesoramiento y enseñó psicología. De esta experiencia surgieron proyectos importantes de investigación, desarrolló las técnicas de grabación de sesiones de consulta y métodos elaborados para el estudio de las respuestas de sus clientes.³

En PCA fundó lo que se conocería como “psicoterapia conversacional” o “centrada en el cliente”. Esta técnica otorga especial importancia a la relación terapeuta-paciente.

En su trabajo como psicoterapeuta, Rogers sostuvo que el desequilibrio y la falta de armonía psicológica dan como resultado disconformidad y la congruencia y el conocimiento de uno mismo promueve un desarrollo y funcionamiento saludable. De aquí que la prevención del delito y de cualquier trastorno derive de mantener un equilibrio en la sociedad y que dé como resultado la estabilidad emocional.⁴

En 1947 fue presidente de la Asociación Americana de Psicología.⁵ Esta misma a través de la división Sociedad para una Psicología Humanista, estableció un premio que lleva su nombre: “Carl Rogers”.⁶

¹ Institut für Person Zentrierte Studien, Carl R. Rogers, Akademie für Beratung & Psychotherapie, Alemania, 2021, disponible en: http://www.apg-ips.at/psychotherapie/carl_r_rogers/ (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

² Cfr. Pezzano de Vengoechea, Gina, “Rogers: Su pensamiento profesional y su filosofía personal”, *Psicología desde el Caribe*, vol. 7, Barranquilla, 2001, pp. 60-69, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/213/21300705.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023) y Frostburg State University, “Psygraph: Carl Rogers”, disponible en: <http://faculty.frostburg.edu/mbradley/psygraph/carlrogers.html> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

³ Cfr. Arias, Walter, L., “Carl R. Rogers y la terapia centrada en el cliente”, *Avances en Psicología*, vol. 23, núm. 2, Lima, 2015, pp. 141-148, disponible en: https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2015_2/W.Arias.pdf (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁴ *Idem*.

⁵ American Psychological Association, “Former APA Presidents”, EU, 2022, disponible en: <http://www.apa.org/about/governance/president/past-presidents.aspx> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁶ American Psychological Association, “Carl Rogers Award”, EU, 2022, disponible: <http://www.apadivisions.org/division-32/awards/carl-rogers.aspx> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

Teoría de la personalidad de Rogers

La personalidad del terapeuta participa de forma activa en el acontecer psíquico del paciente, y puede influenciar para conseguir determinados objetivos terapéuticos que deben conducir al crecimiento psíquico y a la independencia.⁷ A continuación se mencionan algunas de sus características:

- 1) La primera es la empatía en donde el término “cliente” se sustituye por el de “paciente” para resaltar que la técnica de tratamiento se basaba en la comprensión adecuada y sensible de sus experiencias y necesidades.
- 2) La segunda cualidad importante del psicoterapeuta es la aceptación incondicional positiva, que se abstiene de juzgar lo que el paciente dice o relata.⁸
- 3) La autenticidad o ausencia de simulación era la tercera cualidad que él consideraba esencial; es decir, la comunicación entre un humano y otro.⁹

Según Rogers, cada persona tiene las capacidades para comprenderse a sí misma y resolver sus problemas. Los terapeutas muestran empatía con el paciente y una sincera preocupación por lo que le sucede, con el fin de que este revele sus verdaderos sentimientos sin miedo a ser juzgado.¹⁰

Misma técnica que puede ser empleada para tratar con ciertos delincuentes (cuya personalidad no esté profundamente dañada o que no tengan voluntad para autoayudarse) y también en el caso de las víctimas de delitos, el mostrar interés facilita que el victimario y víctima tengan una comunicación más fluida.

Rogers sostenía que los individuos, así como todos los seres vivos, están dirigidos por una tendencia innata a sobrevivir y reafirmarse que los lleva al desarrollo personal, madurez y enriquecimiento vital. Cada persona tiene capacidad para el autoconocimiento y cambio construc-

⁷ Cfr. Arias, Walter, *op. cit.*

⁸ Cfr. Pezzano de Vengoechea, Gina, *op. cit.*

⁹ Cfr. Castanedo, C., *Seis Enfoques Psicoterapéuticos*, Manual Moderno, 2008, disponible en: <https://biblioteca.unipac.edu.mx/wp-content/uploads/2017/08/celedonio-castanedo-seis-enfoques-psicoterapeuticos.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁰ Cfr. Sarason, Irwing y Sarason, Bárbara, *Psicopatología. Psicología Anormal: el problema de la conducta inadaptada*, EU, Pearson Prentice Hall, 2006, disponible en: <https://tuvntana.files.wordpress.com/2019/08/texto-psicopatologc3ada-psicologc3ada-anormal-el-problema-de-la-conducta-indaptada.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

tivo; por parte del terapeuta, este deberá reunir una serie de cualidades esenciales y ayudará a descubrir las propias de sus clientes.¹¹

Rogers sustentaba que cada sujeto existe en el marco de un campo fenoménico (fenomenología), que consiste en el estudio del fenómeno tal como lo percibe el sujeto, de la manera en que estos hechos aparecen para él.¹² En filosofía, la fenomenología busca describir los datos, es decir, lo específico de la experiencia inmediata. En la psicología, la fenomenología es el estudio de la conciencia y la percepción humana.

Los especialistas subrayan que lo importante no es el evento en sí, sino la forma en que lo percibe y entiende el individuo.¹³ El campo fenoménico se refiere a la adición total de experiencias. Consiste en todo lo que está utilizable en forma potencial para la conciencia en cualquier momento específico (...).¹⁴

La persona responde al campo fenoménico, aquí el énfasis de Rogers es en la percepción de la realidad por parte la persona. Con propósitos sociales, se está de acuerdo en que las percepciones compartidas en forma común por los demás en nuestra cultura son las correctas.¹⁵

Pero cada individuo percibe las cosas de diferente manera. La percepción del individuo, más que la realidad, es más importante, de esto se deriva que el mejor punto de vista para entender a un individuo es el del propio sujeto. Por eso la importancia de un estudio individual y profundo, y aunque implica mucho tiempo, solo de esa manera se logrará comprender al individuo.¹⁶

Rogers expresó que el individuo es el único que puede conocer por completo su campo de experiencias y descubrió que no siempre es fácil entender la conducta desde la referencia propia de otra persona. Se

¹¹ Cfr. Pezzano de Vengoechea, Gina, *op. cit.*

¹² Cfr. De los Reyes, Heyner *et al.*, "La fenomenología: un método multidisciplinario en el estudio de las ciencias sociales", *Pensamiento & Gestión*, vol. 47, Barranquilla, 2019, pp. 203-223, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/pege/n47/2145-941X-pege-47-203.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹³ Hikal, Wael, "Interpretación del otro como criminal. Bases para la construcción de una criminología fenomenológica, *Ratio Juris UNAULA*", vol. 15, núm. 30, Medellín, 2020, pp. 174-185, disponible en: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/771/1044> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁴ Cfr. Soto, Luisa, "Teoría de la activación humana: una oportunidad para el desarrollo de la potencialidad del talento en el contexto escolar", *Educere*, vol. 22, núm. 73, Venezuela, 2018, pp. 649-663, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/356/35656676014/html/> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁵ Cfr. Hevia, Ricardo y Kaluf, Cecilia, *Diversidad Cultural. Materiales para la Formación Docente y el Trabajo de Aula (volumen 3)*, Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000151226> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁶ Cfr. Sarason, Irwing y Sarason, Bárbara, *op. cit.*

está limitado a la percepción consciente y comunicación de experiencias del individuo que a veces podrá alterar la comunicación aumentando o disminuyendo los hechos, o en la más difícil situación, reprimiéndose, pues dificulta la ayuda y se autodaña.¹⁷

Así habrá que entender al individuo criminal, aunque implique mucho trabajo, consiste en entrar en lo más profundo del sujeto, encontrar sus problemas y analizarlos. Un entendimiento amplio de las experiencias de una persona es útil para entenderla y por consiguiente para comprender los procesos de la personalidad.

Tendencia a la actualización

Sobre el potencial al desarrollo, se señala: Las cosas vivientes tienen un diseño genético que contiene un potencial de desarrollo. Este potencial de crecimiento innato lo ha llamado Rogers tendencia a la actualización.¹⁸ La tendencia a la actualización impulsa al organismo a convertirse en lo que se ha diseñado genéticamente para ser.¹⁹

Rogers describe la tendencia a la actualización como el impulso congénito del organismo para desarrollar todas sus capacidades que permita lograr el máximo en un ser vivo.

Un niño puede ser forzado a dedicarse a patrones de comportamiento contrarios a las tendencias actualizantes innatas.²⁰ La tendencia de actualización se expresa en una variedad de motivos que tienen el propósito común de mantener, proteger e impulsar al organismo. Cuando el ambiente y el organismo están a un buen nivel, el organismo se enriquece y satisface sus potenciales. Un ambiente de tensiones o un organismo poco saludable dificultaría la tendencia a la actualización.

La tendencia de crecimiento y desarrollo también se manifiesta psicológicamente cuando el “yo” comienza a emerger. Rogers usa el término actualización, para referirse a la preferencia natural dentro del “yo” que realza y promueve su desarrollo y expresión. Tenemos motivos para conservarnos, mantenernos y realizarnos nosotros mismos. La

¹⁷ Rogers, Carl, *El proceso de convertirse en persona. Mi técnica terapéutica*, 1992, disponible en: <https://jesuitas.lat/uploads/el-proceso-de-convertirse-en-persona/CARL%20ROGERS%20-%201992%20-%20EL%20PROCESO%20DE%20CONVERTIRSE%20EN%20PERSONA.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁸ Cfr. Soto, Luisa, “Teoría de la activación humana: una oportunidad para el desarrollo de la potencialidad del talento en el contexto escolar”, *Educere*, vol. 22, núm. 73, Venezuela, 2018, pp. 649-663, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/356/35656676014/html/> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

¹⁹ Cfr. DiCaprio, Nicholas, *Teorías de la personalidad*, México, McGraw-Hill, 1989.

²⁰ Cfr. Soto, Luisa, *op. cit.*

operación de la propia actualización puede observarse en el deseo de establecer nuestra identidad o de conservar nuestro amor propio. Nuevamente, el ambiente puede fomentar o dificultar la maniobra de la propia actualización. La gente saludable está motivada para satisfacer sus potenciales.²¹

Otra variante de la tendencia de actualización es lo que Rogers denomina:

Procesos de valoración de tipo orgánico, éste se refiere a la capacidad congénita de escoger un curso de acción por medio de una manera afectiva negativa o positiva; este proceso de valoración de las cosas depende de las experiencias armonizadas afectivamente que se sienten agradables y desagradables, (...). Se siente bien y es bueno que nos abracen cuando estamos deprimidos, ser atendidos cuando estamos solos, que se nos ayude cuando sufrimos frustración. Si el proceso de valoración como un todo está funcionando adecuadamente, hace que la persona elija lo que promueve y sostiene la vida y el bienestar.²²

Desafortunadamente, de la misma manera que se realiza lo anterior, se puede aprender a disfrutar conductas antisociales (autolesivas) que no son adecuadas; por ejemplo: mentir, robar, drogarse, lesionar, abusar de otros, prostituirse, entre otras más. Deben tenerse bien establecidas las actividades socialmente consideradas como buenas y las malas. La personalidad saludable hace y debe hacer elecciones según el tipo del sentimiento; es decir, si es positivo o negativo. Si durante una acción se siente bien, debería seguirse, y si se siente mal, debería evitarse.

El “yo” y la desadaptación: camino a las conductas antisociales

Para esta creación, el ambiente y organismo juegan un papel importante, la sociedad cada vez con mayor frecuencia, cambia bruscamente en ciertos momentos o contextos, en otros, más despacio, aún así son procesos de adaptación y equilibrios que el sujeto debe ir internalizando y formando.²³

Una mala guía a la formación e integración de ese “yo”, tiene problemas desadaptativos, como son, no saber qué hacer, quién ser, cómo hacerlo, qué metas cumplir, si estas pueden ser realizadas por el sujeto o no. En este punto parte el desequilibrio, cuando hay choque entre las

²¹ *Idem.*

²² *Cfr. DiCaprio, Nicholas, op. cit., p. 324.*

²³ *Cfr. Solís, Héctor, Sociología Criminal, México, Porrúa, 1985.*

expectativas difundidas en los medios de comunicación contra las realidades, entre las condiciones gubernamentales y la realidad sociopolítica, económica, cultural, laboral, entre otras.²⁴ Para la formación e integración del “yo”:

De la interacción del organismo y el ambiente, y en particular de la que se tienen con otras personas que son significativas para un nuevo ser, emerge de forma progresiva una estructura del “yo” o un concepto de “quién soy”. Conforme los niños pequeños interactúan con su ambiente en el proceso de realización, adquieren ideas acerca de sí mismos, de su medio ambiente y de su relación con este. Experimentan cosas que les gustan y disgustan y situaciones que pueden o no controlar. Aquellas experiencias que parecen aumentar el “yo” son valuadas e incorporadas en la imagen de sí mismo; aquellas experiencias que parecen amenazar al “yo” son negadas y son consideradas ajenas a este.²⁵

Congruencia e incongruencia

La congruencia se define como:

El grado de exactitud entre la experiencia de la comunicación y el conocimiento. Un alto grado de congruencia significa que la comunicación (lo que uno expresa), la experiencia (lo que ocurre en el campo de uno) y el conocimiento (lo que se observa) son todos semejantes. Las observaciones propias y las de un observador externo deben ser compatibles.²⁶

Este sería un grado óptimo de vivencia-interpretación fenomenológica, se percibe y vive la experiencia de modo positivo. A su vez podría ser una forma de adaptación positiva al respecto de las vivencias que se tienen, siempre que sean hasta determinado punto no demoledoras del ser y la sociedad. Dado que existen problemas cuya interpretación se sesga ante la magnitud de tal.²⁷ Por otra parte:

La incongruencia se presenta cuando hay diferencias entre la comprensión, la experiencia y la comunicación de la experiencia. Las personas que parecen estar enojadas (tienen los puños cerrados, hablan en voz

²⁴ *Idem.*

²⁵ Engler, Bárbara, *Introducción a las Teorías de la Personalidad*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 330.

²⁶ Fadiman, James y Frager, Robert, *Teorías de la Personalidad*, México, Oxford, 1976, p. 304.

²⁷ *Cfr.* Celis, Alejandro, “Congruencia, integridad y transparencia. El legado de Carl Rogers”, *Polis. Revista Latinoamericana*, vol. 15, Santiago de Chile, 2006 disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/4857#tocto1n2> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

alta, mal dicen) y que (si se les pregunta) afirman no estarlo en absoluto, o las personas que dicen estarse divirtiendo, pero actúan como si estuvieran aburridas, solitarias o impacientes, demuestran incongruencia. Esta se define como algo más que una incapacidad de percibir con exactitud o como una habilidad para comunicarse con exactitud. Cuando la incongruencia se presenta entre el conocimiento y la experiencia se denomina *represión*. La persona simplemente no sabe lo que hace.²⁸

Viene a ser un estilo de percibir y llevar la vida de manera incomoda, molesta, con recepción negativa de todo lo que ocurre, pesimismo, no se puede salir de la situación, se mantiene en ella, y hace una interacción adaptativa-negativa. Cuando la persona presenta incongruencia se puede dar la ambivalencia; es decir, una circunstancia que implica sentimientos de agrado y desagrado.²⁹

Desarrollo de la personalidad patológico

Rogers no se detuvo a desarrollar y describir etapas del desarrollo de la personalidad de la infancia a la edad adulta como lo habían hecho otros psicoanalistas. Se concentró en la forma en la que las percepciones de otros impiden o facilitan la autorrealización. Aunque la tendencia a realizarse sigue factores genéticos de desarrollo, Rogers señaló que está sujeta a influencias de los factores exógenos y estos implican la interacción de personas, instituciones, ambiente, etcétera.³⁰

El niño pequeño tiene dos necesidades básicas: la de consideración positiva de los demás y la de autoconsideración positiva. La consideración positiva se refiere a ser amada y aceptada tal y como es la persona. Los niños pequeños se comportan de tal manera que muestran su necesidad intensa de aprobación y amor de aquellos que los cuidan. Experimentan cambios considerables en su conducta con el propósito de alcanzar la consideración positiva. En una situación ideal, la consideración positiva es incondicional.³¹

Después, cuando un padre descubre a su hijo realizando acciones desaprobadas se le castiga, esta consideración ya no es incondicional. Esto pasa a ser una consideración positiva condicionada que:

²⁸ Fadiman, James y Frager, Robert, *op. cit.*, p. 304.

²⁹ Cfr. Brainsky, Simón, *Manual de Psicología y Psicopatología Dinámica*, Bogotá, Áncora, 2003.

³⁰ Cfr. Solís, Héctor, *Sociología Criminal*, México, Porrúa, 1985.

³¹ Engler, Bárbara, *op. cit.*, p. 333.

Es dada sólo bajo ciertas circunstancias. A los niños se les hace entender que sus padres no los amarán a menos que piensen, sientan y actúen como ellos lo desean. En tales casos, el niño percibe al padre como una persona que impone condiciones de valor, especificando con esto las circunstancias bajo las cuales el niño será aceptado. Tales condiciones de valor pueden conducir al niño a introyectar valores de otros sujetos.³²

Ocurre en forma automática si se ha recibido consideración positiva incondicional. Los niños que son aceptados por lo que son llegan a percibirse a sí mismo en forma favorable y con aceptación.³³ Sin embargo, es muy difícil verse a uno mismo en forma positiva si se es centro continuo de crítica y desprecio.

De ahí los sentimientos castigados de no ser merecedor de ciertas cosas. Los autoconceptos inadecuados tales como sentimientos de inferioridad o de estupidez con frecuencia surgen debido a que una persona no ha recibido una consideración positiva apropiada de los demás.³⁴

Alteraciones emocionales

Según Rogers parece que cuando salen mal las cosas en el desarrollo de la personalidad, las emociones y sentimientos son los más perjudicados por un largo período, por ello que se observa que las secuelas psicológicas duran más que las físicas.³⁵ Las emociones son la parte que sufre más en un ambiente anormal, en alguna relación tormentosa, en el hogar o la escuela.³⁶

Cuando los intentos por expresar emociones positivas se enfrentan con castigos y frustraciones, es cuando estas se niegan o reprimen, incluso se logra desaparecerlas; sin embargo, esto significa cortar aspectos vitales de la personalidad; por ejemplo: el amor. El sujeto antisocial

³² Cfr. Mestre, María *et al.*, “Estilos de crianza en la adolescencia y su relación con el comportamiento prosocial”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 39, núm. 2, Bogotá, 2007, pp. 211-225, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/805/80539201.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

³³ Cfr. Sarason, Irwing y Sarason, Bárbara, *op. cit.*

³⁴ Cfr. Arias, Walter, “Carl R. Rogers y la terapia centrada en el cliente”, *Avances en Psicología*, vol. 23, núm. 2, Lima, 2015, pp. 141-148, disponible en: https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2015_2/W.Arias.pdf (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

³⁵ Cfr. Gómez-Carretero, Patricia *et al.*, “Alteraciones emocionales y necesidades psicológicas de pacientes en una Unidad de Cuidados Intensivos”, *Medicina Intensiva*, vol. 31, núm. 6, Madrid, 2007, pp. 318-325, disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0210-56912007000600006#:~:text=Durante%20su%20estancia%20en%20la,sue%C3%B1o%20y%20el%20descanso%2C%20el (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

³⁶ Cfr. Solís Quiroga, Héctor, *op. cit.*

es un ser privado de amor, y las explicaciones señalan que el sujeto antisocial es el que ha fallado en su primera etapa; por ejemplo: la oral, que es la base de las demás. Esto significa convertirse en una persona privada.³⁷

Las reacciones más leves a esta pérdida de contacto con las emociones son los sentimientos de restringirlas o de tener que estar en guardia y ser cautelosos; por ejemplo el paranoico, que teme expresarse y compartir su información. Las reacciones más serias incluyen sentimientos de ficción, un sentido de ser superficial, así como el sentimiento de no tener personalidad alguna. La persona puede quejarse de sentirse vacía y no participar en la vida.³⁸

Un componente esencial es el de la autoexploración, que significa sentir los propios sentimientos y emociones, aun aquellos que son negativos y menos agradables; por ejemplo, los sentimientos negativos hacia los padres pueden ser difíciles de aceptar como propios, pero es mejor sentirlos que encubrirlos, porque así al menos la persona sabe que los tiene.

Entonces se pueden tomar medidas para cambiar las condiciones, aceptando el problema y sabiendo cuál es, tratando los conflictos con los propios padres. La negación y la distorsión sólo pueden empeorar la situación, pues se arrastrará con dicho sentimiento durante toda la vida e impedirá la evolución; por ejemplo una mujer que pudo haber sido víctima de violación, si no expresa la situación y la reprime, le causará conflictos en relaciones afectivas posteriores, incluso podrá tornarse autodestructiva.³⁹

En el caso de los delincuentes difíciles son aquellos que no saben distinguir entre lo bueno y malo para sí mismos, para otros y para su entorno; el antisocial es un sujeto destructivo para consigo y los demás, sin conciencia de los efectos de sus actos, por ello que el regaño, castigo, aprisionamiento, códigos penales, cárceles, no les intimiden.

Reflexiones clínicas sobre sujetos con un comportamiento antisocial

La opinión del Dr. Rogers acerca de las emociones es muy positiva. Experimentar por completo las emociones propias facilita la maduración, mientras que la negación o la distorsión de estas pueden dar lugar a trastornos en nuestras vidas. Sugirió que la realización o actualización

³⁷ Cfr. Brainsky, Simón, *op. cit.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cfr. Herrero, César, *op. cit.*

ocurre con mayor libertad cuando la persona es abierta y se percata de todas sus experiencias.⁴⁰

Sólo se puede comprender a las personas asumiendo la perspectiva de sus propias percepciones y sentimientos; es decir, desde su propio mundo fenomenológico.⁴¹ Por tanto, para comprenderlas, se ha de examinar la forma en que experimentan los sucesos más que los sucesos mismos, ya que el mundo fenomenológico de cada individuo es el principal determinante de la conducta, que lo hace ser único.⁴²

Rousseau señalaba que “todo es perfecto al salir de las manos del creador y todo degenera en manos de los hombres”. Si se interpreta lo anterior, se puede afirmar que, por naturaleza, el individuo saludable es bueno y eficiente, sólo pierde estas cualidades cuando se da un aprendizaje inadecuado.⁴³ Las personas tienen un proyecto y metas en la vida, no responden pasivamente a la influencia de su ambiente o a sus motivaciones internas, toman la iniciativa.⁴⁴

Los terapeutas no deben manejar los sucesos para el individuo, más bien, deben crear condiciones que facilitan que el cliente tome decisiones en forma independiente, que el cliente guíe su vida a través de una tendencia innata a la autorrealización.⁴⁵

Rogers consideraba que los padres apoyadores y un ambiente creativo pueden facilitar la adaptación psicológica. Estudios longitudinales han sugerido una correlación positiva entre las prácticas de crianza de los niños prescritas por Rogers y un índice compuesto de potencial creativo en el inicio de la adolescencia.⁴⁶ Los individuos que han experimentado un desarrollo positivo tienen mayor probabilidad de convertirse en personas con un funcionamiento adecuado.⁴⁷

En general, hay que mantener la estabilidad para evitar conductas desordenadas como son, entre otras, la violencia y la depresión o bien aquéllas que los lleven a convertirse en antisociales como la agresión,

⁴⁰ Cfr. Engler, Bárbara, *op. cit.*

⁴¹ Hikal, Wael, “Interpretación del otro como criminal. Bases para la construcción de una criminología fenomenológica, *Ratio Juris UNAULA*”, vol. 15, núm. 30, Medellín, 2020, pp. 174-185, disponible en: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/771/1044> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁴² Cfr. Herrero, César, *op. cit.*

⁴³ Cfr. Arias, Walter, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Celis, Alejandro, *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. Arias, Walter, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. Mestre, María *et al.*, *op. cit.*

⁴⁷ Cfr. Pezzano de Vengoechea, Gina, *op. cit.*

el suicidio y/o robo por ejemplo.⁴⁸ Algunos principios básicos de Rogers han sido:⁴⁹

- Todos los seres humanos, tienen de manera innata el potencial para desarrollarse y aprender.⁵⁰
- El aprendizaje significativo ayuda al sujeto a identificar sus conflictos y guiar su vida en base a las experiencias previas.⁵¹
- Las experiencias son las que proporcionan el aprendizaje.
- Este aprendizaje es facilitado cuando existe la voluntad por parte de quién las vive para hacerlas parte de un proceso de autoconocimiento.⁵²
- El autoconocimiento es el mejor aprendizaje que puede existir, con apertura a las experiencias e incorporándose a sí mismo como parte de ese proceso, buscando alternativas o adaptaciones.⁵³
- Sobre la terapia y la pedagogía señala que una persona no puede enseñar a otra, sino que fungirá como guía.⁵⁴
- La negación y alteración de la realidad modifican el enfrentamiento de la situación, para bien, se deben buscar alternativas, para mal, genera patologías.
- La influencia de las condiciones da lugar a dos formas: si el ambiente es amenazante, la persona se vuelve rígida, si no lo es, se relaja.

⁴⁸ Mind Disorder, *Encyclopedia of Mental Disorders*, 2016, disponible en: <http://www.minddisorders.com/Flu-Inv/Hare-Psychopathy-Checklist.html> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁴⁹ Cfr. Arancibia, Violeta, Herrera, Paulina y Strasser, Katherine, *Manual de Psicología Educativa*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997, disponible en: <https://bibliotecafrancisco.files.wordpress.com/2016/06/manual-de-psicologc3ada-educacional-arancibia-v-herrera-p-strasser-k.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁵⁰ Cfr. Soto, Luisa, "Teoría de la activación humana: una oportunidad para el desarrollo de la potencialidad del talento en el contexto escolar", *Educere*, vol. 22, núm. 73, Venezuela, 2018, pp. 649-663, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/356/35656676014/html/> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁵¹ Cfr. Trujillo, Luis, *Teorías Pedagógicas Contemporáneas*, Fondo Editorial Areandino, Bogotá, 2017, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/326425474.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁵² *Idem*.

⁵³ Cfr. Herrán, Agustín, "Autoconocimiento y formación: Más allá de la educación en valores", *Tendencias Pedagógicas*, vol. 8, Madrid, 2003, pp. 13-42, disponible en: <https://revistas.uam.es/tendenciaspedagogicas/issue/view/TP8/112> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

⁵⁴ Cfr. Chacón, Policarpo y Covarrubias, Francisco, "El sustrato platónico de las teorías pedagógicas", *Tiempo de educar*, vol. 13, núm. 25, 2012, pp. 139-159, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/311/31124808006.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

Conclusiones

Se mostró la vinculación de la teoría de Rogers enlazando elementos para la comprensión de la conducta criminal individual y social. En las diversas partes se presentó su biografía, su teoría de la personalidad y conceptos fundamentales. Ulteriormente la aproximación con la deficiente integración del “yo”, también se enseñaron los conceptos de congruencia e incongruencia, y el desarrollo patológico de la personalidad, así como las alteraciones emocionales. Por último, se mostraron reflexiones sobre cómo entender y conducir con sujetos que hayan padecido influencias negativas en su desarrollo y se inclinen por conductas antisociales.

Bibliografía

- American Psychological Association, “Former APA Presidents”, EU, disponible en: <http://www.apa.org/about/governance/president/past-presidents.aspx> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, “Carl Rogers Award”, EU, 2022, disponible en: <http://www.apadivisions.org/division-32/awards/carl-rogers.aspx> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- ARANCIBIA, Violeta *et al.*, *Manual de Psicología Educacional*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997, disponible en: <https://bibliotecafrancisco.files.wordpress.com/2016/06/manual-de-psicologc3ada-educacional-arancibia-v-herrera-p-strasser-k.pdf> fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- ARIAS, Walter, “Carl R. Rogers y la terapia centrada en el cliente”, *Avances en Psicología*, vol. 23, núm. 2, Lima, 2015, disponible en: https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2015_2/W.Arias.pdf (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- BRAINSKY, Simón, *Manual de Psicología y Psicopatología Dinámica*, Bogotá, Áncora, 2003.
- CASTANEDO, Celedonio, *Seis Enfoques Psicoterapéuticos*, Manual Moderno, 2008, disponible en: <https://biblioteca.unipac.edu.mx/wp-content/uploads/2017/08/celedonio-castanedo-seis-enfoques-psicoterapeuticos.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- CELIS, Alejandro, “Congruencia, integridad y transparencia. El legado de Carl Rogers”, *Polis. Revista Latinoamericana*, vol. 15, Santiago de Chile, 2006, disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/4857#tocto1n2> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

- CHACÓN, Policarpo y COVARRUBIAS, Francisco, “El sustrato platónico de las teorías pedagógicas”, *Tiempo de educar*, vol. 13, núm. 25, 2012, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/311/31124808006.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- DE LOS REYES, Heyner *et al.*, “La fenomenología: un método multidisciplinario en el estudio de las ciencias sociales”, *Pensamiento & Gestión*, vol. 47, Barranquilla, 2019, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/pege/n47/2145-941X-pege-47-203.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- DI CAPRIO, Nicholas, *Teorías de la Personalidad*, México, McGraw-Hill, 1989.
- ENGLER, Bárbara, *Introducción a las Teorías de la Personalidad*, México, McGraw-Hill, 1995.
- FADIMAN, JAMES y FRAGER, Robert, *Teorías de la Personalidad*, Oxford, 1976.
- FROSTBURG STATE UNIVERSITY, “Psyography: Carl Rogers”, disponible en: <http://faculty.frostburg.edu/mbradley/psyography/carlr Rogers.html> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- GÓMEZ-CARRETERO, Patricia *et al.*, “Alteraciones emocionales y necesidades psicológicas de pacientes en una Unidad de Cuidados Intensivos”, *Medicina Intensiva*, vol. 31, núm. 6, Madrid, 2007, disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0210-56912007000600006#:~:text=Durante%20su%20estancia%20en%20la,sue%C3%B1o%20y%20el%20descanso%2C%20el+ (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- HERRÁN, Agustín, “Autoconocimiento y formación: más allá de la educación en valores”, *Tendencias Pedagógicas*, vol. 8, Madrid, 2003, disponible en: <https://revistas.uam.es/tendenciaspedagogicas/issue/view/TP8/112> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- HEVIA, Ricardo y KALUF, Cecilia, *Diversidad Cultural. Materiales para la Formación Docente y el Trabajo de Aula (volumen 3)*, Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000151226> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- HIKAL, Wael, “Interpretación del otro como criminal. Bases para la construcción de una criminología fenomenológica”, *Ratio Juris UNAULA*. vol. 15, núm. 30, Medellín, 2020, disponible en: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/771/1044> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

- Institut für Person Zentrierte Studien, Carl R. Rogers. Akademie für Beratung & Psychotherapie, Alemania, 2021, disponible en: http://www.apg-ips.at/psychotherapie/carl_r_rogers/ (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- MESTRE, María *et al.*, “Estilos de crianza en la adolescencia y su relación con el comportamiento prosocial”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 39, núm. 2, Bogotá, 2007, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/805/80539201.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- Mind Disorder, *Encyclopedia of Mental Disorders*, 2016, disponible en: <http://www.minddisorders.com/Flu-Inv/Hare-Psychopathy-Checlist.html> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- PEZZANO DE VENGOECHEA, Gina, “Rogers: Su pensamiento profesional y su filosofía personal”, *Psicología desde el Caribe*, vol. 7, Barranquilla, 2001, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/213/21300705.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- ROGERS, Carl, R., *El proceso de convertirse en persona. Mi técnica terapéutica*, 1992, disponible en: <https://jesuitas.lat/uploads/el-proceso-de-convertirse-en-persona/CARL%20ROGERS%20-%201992%20-%20EL%20PROCESO%20DE%20CONVERTIRSE%20EN%20PERSONA.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- SARASON, Irwing y SARASON, Bárbara, *Psicopatología. Psicología Anormal: el problema de la conducta inadaptada*, EU, Pearson Prentice Hall, 2006, disponible en: <https://tuvntana.files.wordpress.com/2019/08/texto-psicopatologc3ada-psicologc3ada-anormal-el-problema-de-la-conducta-indaptada.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- SOLÍS, Héctor, *Sociología Criminal*, México, Editorial Porrúa, 1985.
- SOTO, Luisa, “Teoría de la activación humana: una oportunidad para el desarrollo de la potencialidad del talento en el contexto escolar”, *Educere*, vol. 22, núm. 73, Venezuela, 2018, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/356/35656676014/html/> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).
- TRUJILLO, Luis, *Teorías Pedagógicas Contemporáneas*, Fondo Editorial Areandino, Bogotá, 2017, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/326425474.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2023).

Defensa de un modelo principialista en sociedades complejas y plurales

Defense of a principialist model in complex and plural societies

MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH
Universidad Internacional de La Rioja
mario.maldonado@unir.net
<https://orcid.org/0000-0003-4904-1375>

Recibido: 07/11/2022

Aceptado: 12/04/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.04>

La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una importante
Arquíloco¹

RESUMEN

El presente artículo aboga por la defensa de un modelo principialista señalando sus virtudes y oportunidades. A la par, se presentan las principales críticas recibidas y posibles respuestas a las mismas. El trabajo presta particular atención a los problemas del relativismo, la discrecionalidad y la indeterminación; mediante el empleo de casos se ejemplifica cómo los jueces argumentan respuestas coherentes bajo un enfoque de principios. Se concluye que la indeterminación, a pesar de ser un elemento presente en todo sistema, puede ser disminuida

¹ Frase del poeta griego Arquíloco hecha famosa en la obra de Berlin, Isaiah, *Il riccio e la volpe e altri saggi*, trad. de Gilberto Forti, Milán, Adelphi, 1998.

mediante una argumentación racional y coherente sustentada en los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente los de índole constitucional.

Palabras clave: reglas, principios, sistema normativo, relativismo, discrecionalidad.

ABSTRACT

This article advocates the defense of a principialist model, pointing out what are the virtues and opportunities. At the same time, the main criticisms received and possible responses to them are presented. The work pays particular attention to the problems of relativism, discretion and indeterminacy; Through the use of cases, it is exemplified how judges argue coherent responses under a principled approach. It is concluded that indeterminacy, despite being an element present in every system, can be diminished through a rational and coherent argument based on the fundamental principles of our legal system, especially those of a constitutional nature.

Keywords: rules, principles, normative system, relativism, discretion.

Consideraciones preliminares

Las páginas siguientes pretenden expresar al lector la conveniencia de un modelo basado en principios, particularmente en el caso de las sociedades pluralistas. Aún y cuando su empleo pudiera representar mayores problemas respecto de los que un modelo basado exclusivamente en el empleo de reglas prevé, el sistema de principios permite dar respuestas más aproximativas a las complejidades sociales sin perder por ello los rasgos de certeza y seguridad que todo sistema normativo requiere.

En el apartado segundo se desarrolla la idea de un sistema jurídico complejo en el que se distingue entre la ley y el derecho, una bifurcación antigua que permitía fungir como instrumento de corrección en las normas cuando su contenido se apartaba de otras que se entendían superiores. Mediante casos y reflexiones doctrinales se presenta cómo esta idea es recuperada en estados contemporáneos, cuestión a la que se dedica el apartado tercero, mientras que en el cuarto se estudia dogmáticamente la distinción entre reglas y principios.

En la sección quinta se presentan las principales objeciones y réplicas al modelo de principios expresadas bajo los problemas de discrecionalidad, certeza y subjetividad. En el apartado sexto se reflexiona sobre las normas de principio de orden constitucional y su función de irradiación y corrección en el ordenamiento jurídico. En la sección séptima se particulariza el modelo de principios acudiendo al estudio de casos, privilegiándose aquellos “difíciles” de naturaleza penal en los que se expresan en mayor medida las problemáticas del modelo de principios. Finalmente se aportan reflexiones conclusivas.

La ley y el derecho, la idea de un sistema complejo

Hasta hace unas décadas, dominaba el enfoque positivista jurídico en el cual, el derecho venía entendido como un conjunto de normas, cerrado, perfecto, separado de toda consideración política, social o moral.²

Esta forma de concebir el derecho partía de considerarlo exclusivamente como un conjunto de normas en las que no cabía relación alguna entre el derecho y la moral³ o, si se quiere, entre el derecho que es y lo que debe de ser.⁴ Naturalmente, estas reflexiones evitaban que el análisis formal pudiera imbuirse de consideraciones históricas, sociológicas o de valoraciones subjetivas.

Se trataba de un esquema en el que aparentemente el derecho se concebía como un sistema lógico deductivo capaz de proporcionar una exclusiva respuesta correcta a cada problema de la realidad.⁵ Además, atendiendo a su carácter formal, el contenido de lo justo o injusto de una norma era irrelevante atendiendo a la validez inherente que el propio sistema de fuentes proporcionaba a cada elemento normativo.⁶

² Hart, Herbert, *Contributi all'analisi del diritto*, trad. de Vittorio Frosini, Milán, Giuffrè, 1964, pp. 119-120; Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2017, pp. 17-18.

³ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007, p. 15.

⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 13; Hart, Herbert, *op. cit.*, pp. 107-166.

⁵ Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 69.

⁶ En cuanto a la validez de la norma, el positivismo clásico considera que sólo es importante el proceso formal de producción (sistema de fuentes) sin que lo sea el contenido jurídico. Kelsen afirma: “Según el derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado a encerrar en campos de concentración a personas de ideología, religión o raza indeseables, constriñéndolos a cualquier labor, y hasta a matarlos. Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de los Estados”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM,

En este modelo se reduce el objeto de estudio solo a aquellas normas que satisfacen las características mencionadas. Al mismo tiempo, se simplifica la interpretación y aplicación de la ley ya que en el campo fáctico, se debe trabajar únicamente con la subsunción. No hay margen para la interpretación porque se trata de un modelo acrítico y amoral dentro del cual el contenido normativo es irrelevante, el “fundamento místico” de la norma es ella misma.⁷

Esta forma de entender y aplicar el derecho es ciertamente útil, pero corresponde a un procedimiento mecánico, ajeno a la realidad social. La labor de los operadores jurídicos se convierte en un mero procedimiento acrítico, automatizado, donde la tarea del intérprete consiste únicamente en una concreción del contenido ya definido por el legislador; un contenido que, como se ha afirmado, se presenta con carácter de plenitud y perfección.⁸

Los derechos fundamentales no escaparon a la aplicación de este modelo. A través de distintas denominaciones (derechos subjetivos, ámbitos de autolimitación del individuo, etcétera) fueron considerados una concesión política y, por tanto, susceptibles de cualquier tipo de limitación.⁹

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo pasado, se han producido varios cambios en la forma de pensar e interpretar el derecho; entre ellos, las reformas constitucionales de amplio espectro humanístico, los instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales y la creación de órganos supranacionales a los que se les otorga la función de tutelar estos derechos.

Todos estos cambios apuntan a un tema que durante muchos siglos pareció haber sido olvidado.¹⁰ Nos referimos a la visión del derecho como algo más que un simple conjunto de reglas creadas por el Estado,

1982, p. 53; y, más adelante, añade: “cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica”, *Ibidem*, p. 205.

⁷ Esta célebre expresión se debe a Montaigne: “Las leyes conservan su consideración no porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad; no tienen otro [...] quien las obedece porque son justas, no las obedece con justicia, como debería”; Montaigne, Michel, *Saggi*, vol. II, trad. de Di Girolamo Canini, Milano, Adelphi, 1992, p. 1433. Se vea, igualmente: Jacques, Derrida, *Fuerza de Ley, El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 35 ss.

⁸ Hart, Herbert, *op. cit.*, pp. 107-166.

⁹ Sobre la distinción entre derechos naturales, derechos humanos, derechos fundamentales y otras categorías, se vea Viola, Francesco, “¿Los derechos humanos, son derechos naturales?”, *Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 6, núm. 2, 2013, pp. 162 ss.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *ob. cit.*, pp. 124-127.

es decir, como un todo armónico en el que además de reglas existen principios que dan armonía y unidad al propio derecho.

La visión del derecho como un conjunto complejo de reglas y de principios se remonta a los inicios de la propia ciencia jurídica. Para dar un ejemplo podemos citar *Antígona*, la famosa obra de Sófocles, que revela la tensión entre un derecho creado por el rey Creonte y un derecho inmanente, el principio rector de todas las cosas, del cual el derecho positivo no puede escapar.

Como relata la tragedia, *Antígona* trata de enterrar a su hermano, Polinice, quien ha muerto en la guerra. Para cumplir la ley de los dioses, *Antígona* ha de dar digna sepultura a su hermano, pero Creonte, Rey de Tebas, ha decidido negar el entierro a Polinice por haber traicionado a su patria y, en consecuencia, dispone que sus restos queden a la intemperie, a disposición de perros y cuervos.

Antígona ignora la ley humana y obedece a la divina, que ella considera superior: “no es Zeus quien promulgó esta prohibición para mí, ni siquiera la justicia (*diké*)... no he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas e inmutables de los Dioses. Estas leyes no son de hoy ni de ayer; siempre han existido y nadie sabe con certeza de cuánto tiempo datan”.¹¹

Este pasaje expone claramente el conflicto entre dos visiones del derecho; por un lado, una visión que considera las normas emitidas por el soberano como única fuente del derecho (*lex*) y, por otro, una visión que, aun reconociendo la autoridad de los decretos, la condiciona a su correspondencia con determinados principios superiores a los que deben orientarse todas las leyes (*ius*).

Esta clásica distinción entre *ius* y *lex* fue fundamental durante cientos de años; sin embargo, con el inicio de la codificación en el siglo XIX y la hegemonía del pensamiento positivista,¹² la distinción *ius/lex* fue desplazada. Grandes sucesos, como las revoluciones del siglo XVIII, dieron cuenta de la necesidad de sustituir modelos discrecionales propios del *ancien regime*, por uno centrado exclusivamente en la fuerza de ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad popular y representada particularmente en la figura del Código.¹³

¹¹ Sófocles, *Antígona*, Santiago de Chile, Pehuén, 2001, p. 12.

¹² Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 7.

¹³ “La Revolución en Francia cierra el ciclo abierto con la derrota inicial de *Antígona*. El derecho se convierte sólo en ley y la ley en sólo poder... Desde entonces, la ley es el instrumento para todas las aventuras del poder, cualquiera que éste sea, democrático o antidemocrático, liberal o totalitario. La “fuerza de ley” está al servicio de la razón revolucionaria de los jacobinos; del

Como ya hemos señalado, es a partir de la segunda mitad del siglo xx que el constitucionalismo retoma la forma de entender al derecho a través del uso de principios. Se recupera la idea de que el Estado sirve ante todo para proteger al individuo.¹⁴ Además, el constitucionalismo se fortalece a través de una interpretación normativa de la Constitución y el imperativo de máxima protección de los derechos fundamentales.¹⁵ Es en este modelo y en este contexto que los principios se retoman jugando un papel fundamental.

Una Constitución y un derecho principialista no son, como comúnmente se piensa, una especie de “retorno” a una concepción iusnaturalista del derecho. Los principios, antes que colocar en discusión el Estado de derecho, lo fortalecen, permitiendo un constitucionalismo plural y más receptivo. Ferrajoli subraya cómo la concepción principialista “[...] no sólo no contradice, sino que incluso es un desarrollo y fortalecimiento tanto del positivismo como del Estado de derecho. Éste consiste, en efecto, en un positivismo jurídico fortalecido por la positivización, en normas superiores a cualquier otra, de los mismos principios de justicia —tales como la igualdad, la dignidad y los derechos de las personas— a los que debe ajustarse el derecho positivo”.¹⁶

Una interpretación abierta del derecho y de la Constitución no equivale en modo alguno a una defensa de la ley natural. Más bien, un derecho abierto, principialista y multicultural es contrario a ello. Esto es así porque mientras el iusnaturalismo no postula la defensa de la diversidad sino antes bien la existencia de un derecho universal, homogéneo e igual para todos los pueblos.

La idea de una ley natural anula la idea de diferencia y asume, por el contrario, una concepción en términos de homogeneidad/asimilación.¹⁷ Además, una posición de este tipo resulta incluso peligrosa en términos de la garantía a los derechos fundamentales de quienes no reúnen los caracteres de lo que en cada momentos histórico y político puede entenderse como “lo natural”.

A lo largo de la historia, la idea de un derecho natural ha sido objeto de las más variadas manipulaciones dando lugar a guerras polí-

compromiso moderado entre el monarca y la burguesía liberal; del autoritarismo liberal de fines del siglo xviii y de las dictaduras de izquierda y de derecha que posteriormente se sucedieron”; Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia... cit.*, pp. 14-15. En el mismo sentido Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2011, pp. 173 ss.

¹⁴ Moccia, Sergio, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso ... cit.*, p. 8.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018, p. 27.

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 27-29.

ticas, religiosas o incluso culturales para quienes no comparten los caracteres de lo que se considera natural; en su momento: moros, protestantes, indígenas, africanos, judíos, bosnios, armenios, homosexuales, drogadictos, prostitutas, mendigos, entre otros, han sido tristes ejemplos de cómo “lo natural” puede ser objeto de la más bizarra interpretación.¹⁸

Ahora bien, el derecho “abierto” o “complejo” niega la homogeneidad mas no la existencia de reglas a partir de las cuales se pueda interpretar y aplicar el derecho. No se trata de defender ciegamente cada una de las concepciones culturales de la vida escudándose en el argumento de la defensa del Estado multicultural, porque la diversidad cultural nunca puede constituir el pretexto para aceptar violaciones de derechos fundamentales. La construcción de un Estado pluralista, factible y estable requiere bases o puntos mínimos, por lo que se pueda garantizar el respeto mutuo. Una concepción del derecho basada en la distinción *lex/ius* puede servir a este propósito.

Esta distinción es reconocida en varios estados. En 1973 el Tribunal Constitucional alemán resolvió uno de aquellos casos especialmente complejos en los que se acreditó un daño a los derechos de la personalidad de la ex esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary, al publicarse una falsa entrevista en la que se contenía información sobre su vida privada. Sin embargo, en 1973 ninguna norma permitía dar pauta a una indemnización por este tipo de daños inmateriales pero el Tribunal admitió la demanda y condenó a la revista.

El Tribunal Constitucional argumentó: “La tradicional subordinación del juez a la ley, elemento fundamental del principio de la división de poderes y, por tanto, del Estado de derecho, no ha sido modificada en la ley fundamental, salvo en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y al derecho”... La fórmula mantiene la idea de que la ley y el derecho normalmente coinciden, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las leyes positivas del poder estatal, puede existir, según las circunstancias, un *quid pluris* en el derecho, que tiene su origen en el orden jurídico constitucional en su conjunto y que puede actuar como correctivo de la ley escrita”.¹⁹

¹⁸ Sobre el tema Rorty, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Lukes, Steven *et al.*, *De los derechos humanos: las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998, p. 117; Ignatieff, Michael, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milán, Feltrinelli, 2003, pp. 76 ss.

¹⁹ BVerfGE 34, 269 (286s), *cfr.* Alexy, Robert, *El concepto... cit.*, pp. 17 ss.

Precisamente, a modo de correctivo, los jueces constitucionales concluyeron que aún sin una norma precisa que sancionara la conducta, podía ser reconducida a los principios que inspiran el ordenamiento alemán y por tanto condenada. Es a esta idea “compleja” del derecho a la que dedicaremos los siguientes apartados junto con las críticas que al respecto se han formulado.

Reglas y principios

Uno de los principales postulados de la corriente jurídica positivista fue el de la integridad o plenitud del sistema, de acuerdo con el cual, ante cualquier problema de relevancia jurídica el sistema siempre tenía una respuesta correcta puesto que, incluso en ausencia de alguna regla en lo específico, bajo la “cláusula de cierre” todo lo no prohibido debía entenderse como permitido.

Sin embargo, en la realidad había casos en que, ante la ocurrencia de un determinado hecho, el ordenamiento jurídico no preveía la aplicación de ninguna regla y, por tanto, ninguna consecuencia jurídica. En consecuencia, los jueces resolvían aplicando elementos extra normativos. En un artículo titulado “¿Es el derecho un sistema de reglas?”²⁰ Ronald Dworkin clarificó que particularmente en aquellos casos considerados “difíciles”, los jueces utilizaban algo que iba más allá de la ley escrita; utilizaban principios. Para llegar a esta conclusión Dworkin presenta varios precedentes judiciales en la historia de los Estados Unidos para demostrar cómo el juez, obligado a resolver los casos sometidos a su examen, utilizaba principios cuando no había respuesta en el ordenamiento jurídico.

Así, Dworkin cita el conocido caso “Riggs vs. Palmer” de 1889.²¹ El caso es el siguiente: el 13 de agosto de 1880 Francis B. Palmer elaboró su testamento señalando que a su muerte las propiedades pasarían a manos de la señora Preston, sus hijas y su nieto Elmer Palmer. La señora Preston falleció y en 1882 Francis Palmer se volvió a casar con la Sra. Bresse. El nieto, Elmer Palmer, sabía de la existencia del testamento y de las disposiciones hechas a su favor, así como de la intención de su abuelo de revocar dichas disposiciones. Para disfrutar de la propiedad

²⁰ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 23.

²¹ *Ibidem*, pp. 23 ss. Igualmente, el caso es referido en Farell, Martín Diego, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Lecciones y Ensayos*, México, núm. 93, 2014, pp. 73 ss. Además, el caso puede cotejarse en su traducción española en: “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007, pp. 363-374.

rápida y evitar su revocación, Elmer mató a su abuelo y reclamó la propiedad ante los tribunales.

La *litis* del asunto versó en la posibilidad de que un heredero pudiese recibir la herencia obrando de manera ilícita (mediante un asesinato). Ante este caso los jueces cuestionaron que, conforme a las leyes escritas, nada impedía que la herencia fuere transmitida pero que esta situación se enfrentaba a principios mayores sustentados en el “derecho universal” y que no podían ser desatendidos.

Los jueces afirmaron: “Es totalmente cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efectos de los testamentos, y la transmisión de la propiedad, si son interpretados literalmente, y si su vigencia y efecto no puede ser controladas o modificadas de ninguna forma y bajo ninguna circunstancia, otorgan esta propiedad al asesino”.²² Sin embargo, los jueces optaron por una interpretación principista al señalar que: “todas las leyes como todos los contratos deben ser controlados en su realización y efecto por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad o adquirir propiedades sobre la base de su propio crimen. Estas máximas son dictadas por el orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todas las naciones civilizadas y en ningún lugar pueden ser sustituidas por las leyes”.²³

Como resultado del análisis, los jueces volvieron a cuestionar ¿Puede Elmer Palmer heredar mediante asesinato y obtener bienes? Los jueces afirmaron que una respuesta afirmativa sería una “un oprobio a la ciencia jurídica de nuestro Estado y una ofensa contra el orden público”²⁴ y, por tanto, Elmer Palmer no podría asumir ninguna de las propiedades como heredero.

El caso revela una situación preocupante desde el punto de vista iuspositivista, ya que el juez reconoce la falta de una norma específica que le permita resolver el caso de manera coherente. Las reglas existentes en el ordenamiento jurídico estadounidense obligarían a derivar una consecuencia jurídica que no podría ser tolerada porque, en palabras de los jueces, ello constituiría “un oprobio” para la ciencia jurídica y una “ofensa” al orden público. El caso, por lo tanto, obliga a los operadores jurídicos a recurrir a un análisis de principios existentes en el sistema; en este caso, el que prohíbe obtener beneficio del propio fraude

²² *Ibidem*, p. 365.

²³ *Ibidem*, p. 367.

²⁴ *Ibidem*, p. 368.

y, con base en ello, resuelven el caso de manera consistente con los principios del derecho y no con la *littera legis*.

Características de las reglas y de los principios

En primer lugar, debe quedar claro que tanto las reglas como los principios pertenecen al ámbito jurídico, ya que ambos son normas que orientan la conducta humana estableciendo lo que es debido.²⁵

Los principios son normas que disponen que algo sea realizado “en la mayor medida posible sobre la base de las circunstancias de hecho y de derecho”;²⁶ en consecuencia, son mandatos de optimización ya que pueden realizarse en diferentes grados configurándose “abiertamente” en cada caso concreto.²⁷ Son el núcleo básico que orienta y legitima a todo el ordenamiento jurídico, es decir, tienen una función directiva o teleológica a la que se invoca en el momento de la creación, interpretación y aplicación del derecho.²⁸

En abstracto, entre principios no existe un criterio de jerarquía, todos ellos tienen el mismo valor que sólo puede determinarse concretamente en los casos de “colisión” entre ellos; esto se realiza mediante diversas técnicas hermenéuticas entre las que se destaca la ponderación y la doctrina del contenido esencial. En el primer caso, los principios en colisión se analizan en términos de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad concreta para determinar qué principio es el que deberá de prevalecer.²⁹ En el caso del contenido esencial, se define la identidad y los límites inherentes de cada principio de manera tal que queda circunscrito aquel ámbito más esencial de cada derecho fundamental respecto del cual, en caso de ser afectado, el derecho dejaría de ser tal.³⁰

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 526.

²⁶ *Ibidem*, p. 67.

²⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., Barcelona, Ariel, 2007, pp. 30-31.

²⁸ Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 82-85. Moccia, Sergio, “Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 61, 2018, p. 1720; Vigo, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 75.

²⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales”, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73.

³⁰ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 389. Asimismo, Martínez Pujalte y Antonio Luis, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 65, 1997, p. 53 ss.; Häberle, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Carocci, 1996, pp. 79-92.

Las reglas, en cambio, son normas que exigen su pleno cumplimiento, no son graduables, sólo pueden ser observadas o no. En consecuencia, son mandamientos definitivos.³¹ Las reglas tienen una estructura cerrada, están sujetas al imperativo de “todo o nada”³² y en el caso de que se verifique la hipótesis abstracta a la cual estén destinadas, se aplica la consecuencia prevista bajo el método de la subsunción.³³

Además, las reglas carecen de esa fuerza expansiva o radiante que caracteriza a los principios; no tienen una función directiva o teleológica³⁴ y, en caso de conflicto entre ellas, se aplican los criterios tradicionales de solución de antinomias, como lo son: el criterio jerárquico, el criterio de especialidad o el criterio cronológico.

Pongamos un ejemplo aplicable al caso nacional. El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición”, dicha norma exige un pleno cumplimiento, tiene una estructura cerrada (del “todo o nada”), carece por sí misma de una fuerza expansiva y, en caso de que, por ejemplo, una norma inferior dispusiese un plazo de detención diverso podría fácilmente superarse la contradicción, en este caso, bajo el criterio de la jerarquía.

Por otro lado, el artículo 22, también constitucional, dispone en su primer párrafo la expresión “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Esta norma, entre otros, contiene el “principio de ofensividad” que en su expresión más elemental indica que sólo puede ser considerado delito aquella conducta que lesiona un bien jurídico de especial relevancia. A partir de esta norma podemos derivar un gran carácter expansivo, interpretativo y teleológico a todo el ámbito del derecho penal, a tal grado que, donde no hay una lesión a un bien jurídico no puede haber conducta sancionable. Además, la norma en sí misma no es graduable en abstracto porque nos remite a cada bien jurídico que en su caso pueda verse afectado, por tanto, la norma tiene un carácter abierto y al mismo tiempo “rector” al disponer una directiva general a seguirse en todos los casos.

Una situación de colisión pudiera plantearse de cara al principio democrático que confiere al legislador la potestad de elaborar normas

³¹ Alexy, Robert, *El concepto... cit.*, p. 75.

³² Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously... cit.*, p. 24.

³³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 137.

³⁴ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 400.

penales.³⁵ Ahí donde el legislador elaborase un tipo penal en donde difícilmente se acreditase una efectiva lesión a un bien jurídico nos encontraríamos ante una situación de colisión y no cabría dar respuesta al conflicto únicamente mediante el criterio tradicional de subsunción sino que habría de recurrirse a otras herramientas como la ponderación para determinar si la medida resulta ser idónea, necesaria y proporcional para, en su caso, determinar cuál de los dos principios habrá de prevalecer. En todo caso, ninguno de los principios se declara nulo, sino que, en este específico caso deja de tener prevalencia.³⁶

El problema de la moral y de la discrecionalidad judicial

Una de las críticas más comunes a la teoría principialista sostiene que los principios cuestionan la separación entre derecho y moral. Los críticos argumentan que esta posición implica una defensa de la ley natural que es incompatible con el Estado contemporáneo, basado en la objetividad. Argumentan que admitir esta equiparación implica la creación de un amplio margen de indeterminación propicio para fortalecer el activismo judicial y la discrecionalidad.

Los principios son el reflejo de una clara posición sociopolítica reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico. El contenido de estos principios es la cristalización de la historia particular de cada sociedad, de su núcleo de valores, creencias, tradiciones y cultura. Sin embargo, es un contenido que el propio ordenamiento jurídico reconoce, es decir, un contenido positivizado.³⁷ Esto permite clarificar que los principios no son una forma de moral, sino auténticas normas jurídicas.

Ahora bien, el contenido de los principios permite atribuir al ordenamiento jurídico un valor no sólo formal, que equivaldría al proceso

³⁵ En el caso del legislador nacional, este principio se derivaría de los artículos 40, 71 y 73 fracción XXI, inciso b de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁶ En la Acción de Inconstitucionalidad 306/2020, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 287 Bis del Código Penal de San Luis Potosí donde se sancionaba la comercialización de réplicas de armas. La Corte señaló que la mera comercialización no constituía una lesión a ningún bien jurídico y ello contravenía los principios de ofensividad y última ratio. Para llegar a esta conclusión, la Corte analizó la medida legislativa a la luz del principio de proporcionalidad concluyéndose que no era idónea, necesaria ni proporcional al interés legítimo que se pretendía defender. Para la corte: “la conducta consistente en la comercialización de juguetes con apariencia de arma real por sí misma no genera un daño o lesión, sino únicamente un riesgo de peligro muy eventual, por ello, resulta excesiva la sanción”, Acción de inconstitucionalidad 306/2020, Min. Jorge Mario Pardo Rebollo, sentencia de 9 de mayo de 2022.

³⁷ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 400.

legislativo, sino también material, en la medida en que toda norma que lo compone pueda reconducirse a esos principios.³⁸ Mucho se ha dicho en relación con el contenido de los principios y es aquí donde las mayores críticas buscan encontrar sustento.

Debe quedar claro que esto no es un retorno a una posición de derecho natural. Una de las tesis defendidas por el iusnaturalismo es la que sustenta la existencia de ciertas normas universales que determinan la conducta humana. Estas normas, según la ley natural, estarían vinculadas a la ley en forma de relación condicional, de tal modo que una ley contraria a la justicia universal sería nula.³⁹

La teoría principialista no sustenta lo anterior, porque no comparte la idea de que exista una especie de ley universal en la que todos los pueblos deban reconocerse. El reconocimiento de la distinción entre reglas y principios implica la posibilidad de admitir la existencia de normas con una estructura y un funcionamiento diverso al cual se puede recurrir para justificar la validez de una cierta determinación jurídica, sin que ello presuponga, la defensa de una determinada posición moral.

El contenido de estos principios pone en evidencia la existencia de una cierta postura socio/política por parte del legislador que en muchos casos implica decisiones sobre aquello que es correcto o incorrecto, positivo o negativo, sobre los valores a defender y promover y aquellos a desalentar. Estas consideraciones no equivalen a una afirmación de que el derecho coincida con la moral, simplemente significa reconocer en el derecho la existencia de elementos valorativos.⁴⁰ Por tanto, los principios no son entidades ideales o metafísicas, sino elementos presentes en todo ordenamiento jurídico.

Un modelo basado únicamente en principios, dicen los críticos, conduce a los peligros de la discrecionalidad y al activismo judicial, es decir, a hacer del juez quien decida qué es “derecho” en casos de oscuridad de la ley o a reemplazar al legislador en casos de lagunas jurídicas usurpando, en consecuencia, funciones soberanas para las que no han sido electos democráticamente.⁴¹

Al respecto cabe decir que la indeterminación no es una enfermedad o un defecto de un ordenamiento jurídico, sino una expresión natural del mismo, propia de todo ordenamiento compuesto tanto de reglas

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 64-65.

³⁹ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰ Hart, Herbert, *Contributi all'analisi... cit.*, pp. 111-117.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, vol. 55, núm. 3, 2010, pp. 2771-2816.

como de principios.⁴² Por tanto, la indeterminación no es característica exclusiva de los sistemas principialistas. En efecto, en todo sistema, sea de reglas o de principios, nos encontraremos con normas en las que la claridad y la determinación serán como un círculo luminoso, pero también encontraremos zonas de penumbra donde será necesaria la intervención judicial.⁴³

Solo si nos encontrásemos en una sociedad pequeña, regida por un pequeño catálogo de disposiciones (como los diez mandamientos) y solo si hubiera un acuerdo unánime sobre el significado de las mismas, quizás, podríamos aspirar a una certeza y determinación plena en el ordenamiento. Esta no es la realidad, los sistemas jurídicos son sumamente complejos para dar respuesta a las distintas necesidades de sus sociedades y ello da lugar a la existencia de lagunas, antinomias, ambigüedades, vaguedades e imprecisiones del lenguaje.

Así, la pretensión de entera objetividad y plenitud del sistema jurídico no es posible. Sólo un sistema jurídico en el que cada disposición expresara con total claridad lo que está permitido, prohibido u ordenado para cada posible caso, de forma que no dejase lugar a interpretaciones, podría alcanzar la auténtica objetividad y plenitud, pero ese sistema es utópico.⁴⁴

Otro problema que imposibilita la plena objetividad del ordenamiento es el lenguaje. El operador jurídico, tanto el legislador como el juez, trabaja siempre con un lenguaje natural que en sí mismo está abierto a la interpretación. El lenguaje jurídico, a pesar de su tecnicismo, es una variante de este lenguaje, es decir, es de uso común y adquiere su significado en una determinada comunidad y contexto.⁴⁵

En todo caso, lo que puede lograrse es una reducción del margen de indeterminación mediante el uso adecuado del lenguaje legislativo y estableciendo lineamientos precisos para determinar los límites de la interpretación. Precisamente, sobre este punto, es necesario detenerse para subrayar que, si bien la indeterminación es una propiedad constante, ésta no implica ni irracionalidad ni discrecionalidad ilimitada, aún en un modelo principialista.

⁴² Bin, Roberto, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milán, Franco Angeli editore, 2013, p. 27.

⁴³ Hart propone que el criterio de los jueces para resolver casos en la zona de penumbra sea la racionalidad, pero la decisión, "[...] para ser racional, debe tomarse a la luz de una concepción del derecho como debe ser, teniendo en cuenta de los objetivos, orientaciones sociales y fines a los que sirve el ordenamiento jurídico", Hart, Herbert, *Contributi all'analisi... cit.*, p. 129.

⁴⁴ Moccia, Sergio, *Il diritto penale...cit.*, pp. 22-23.

⁴⁵ Laporta, Francisco, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 185.

Cuando se trabaja con principios, existe en su núcleo un componente de valor que es en sí mismo discrecional. El intérprete, especialmente el juez, cuando trabaja con principios trabaja con estos juicios valorativos y aun cuando la norma jurídica esté redactada de manera abstracta y general, en el momento de su concreción el juzgador deberá realizar una interpretación subjetiva para desentrañar el contenido de ese juicio valorativo.

Sin embargo, el abanico de respuestas a disposición del juez no es ilimitado, sino que está prefigurado por los confines substanciales que brindan los principios del ordenamiento. Estos determinan la nulidad, por ejemplo, de una ley que autorice la discriminación racial, legitime el estatus legal de la esclavitud, autorice la venta de mujeres en comunidades indígenas, permita la sanción de una persona por sus preferencias sexuales, entre otras. En todos estos casos, el sistema reflejaría una suerte de “pretensión de corrección”⁴⁶ en la que ciertas respuestas son aceptables y otras no, con base en los márgenes de interpretación que brindan los principios del ordenamiento.

En todo caso, lo que se pretende expresar es que más allá de la plena certeza y objetividad que la norma pudiera expresar, en sistemas complejos se requiere ante todo de la fuerza argumentativa que permita sustentar una respuesta correcta amparada por el margen sustancial que brindan los principios.

La alternativa a este ejercicio de racionalidad es la de pretender encontrar categorías objetivas en los juicios de valor. Dentro de la filosofía existen corrientes que defienden un objetivismo moral, esto es, la posibilidad de encontrar categorías que permitan objetivar los juicios de índole moral.⁴⁷ Ronald Dworkin ironiza sobre estas corrientes haciendo referimiento a los “morons” los cuales serían entes misteriosos similares a los átomos, cuya identificación por sí sola podría dar objetividad a los juicios de valor.⁴⁸

Evidentemente los “morons” no existen porque no existen categorías concretas ni leyes universales de las que sea posible derivar criterios de objetividad moral. Los valores son propiedades que atribuimos a determinadas acciones o estado de cosas, pero no de forma arbitraria,

⁴⁶ Alexy, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 36, 2013, p. 20.

⁴⁷ Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Peña, Lorenzo y Ausín, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, p. 17.

⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pp. 9-26, y 37-39.

sino en base a ciertos criterios. No se trata de dar objetividad a los juicios de valor, sino a las razones que justifican su elección; por ello, se refrenda la idea del discurso racional sobre esos juicios valorativos.⁴⁹

Lo más importante de una decisión judicial es su capacidad argumentativa, la solidez de sus argumentos, la forma en que el juez construye sus premisas y las razones que sirven de base a sus conclusiones.⁵⁰ Esta fuerza se encuentra en lo que se denomina “razonamiento práctico”, es decir, en la capacidad de construir y confrontar razones que le permitan llegar a una decisión.⁵¹ Esta metodología permite que incluso, una decisión tomada sobre una base irracional pudiera resultar “correcta” siendo sometida al test de su justificación y racionalización, en estos casos, lo decisivo es el “contexto de justificación”, esto es, “los argumentos presentados en ese contexto, y no las razones de hecho, los impulsos o las intuiciones por las cuales la decisión se tomó”.⁵²

Como un ejemplo de cómo la decisión podría tomarse aún sobre la base de un criterio que pudiera parecer en principio irracional tomamos del derecho comparado la sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia referida a la imposición de la sanción del látigo a un miembro de la comunidad indígena “Páez”, ejecutada por las propias autoridades tradicionales indígenas. Esta sanción fue considerada por observadores como una forma de tortura quienes interpusieron una acción de tutela ante el máximo tribunal colombiano.⁵³

La primera y evidente respuesta sería la de considerar dicha práctica como una forma de tortura, sin embargo, los jueces constitucionales hicieron eco del razonamiento práctico y mediante una confrontación entre sus elementos y los de la comunidad indígena llegaron a elaborar una argumentación en la que dicha práctica podría ser reconducida a los principios de la pluralidad, la autonomía y la dignidad.

En este caso, los informes antropológicos, etnográficos y el intercambio de razones con la comunidad revelaron que la sanción tenía un especial significado que sólo podía comprenderse a la luz de la cosmovisión indígena impregnada no por la idea de la retribución del daño sino por la de la reinserción y el equilibrio. Además, conforme a dictámenes médicos se acreditó que la sanción era fundamentalmente simbólica y

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 69-87.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Garanzie e garantismo... cit.*, p. 13.

⁵¹ Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *op. cit.*, pp. 44-49.

⁵² La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, p. 133.

⁵³ Sobre este caso y la reflexión sobre la fuerza de los argumentos, Maldonado Smith, Mario Eduardo, *Torres de Babel. Estado, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2005, pp. 118 ss.

sus efectos no podían traducirse más que en una forma de lesión leve.⁵⁴ Naturalmente, el límite de la interpretación que en este caso pudo darse se justificó de manera “compleja” no únicamente en relación con el tipo de sanción, sino también con base en su significado y en sus efectos reales sobre el individuo (el haber sino una sanción leve).

A pesar de las discordancias que podamos tener con casos como el presentado, el hecho patente es que mediante un razonamiento por principios puede llegarse a una eventual respuesta que, sobre la base de la capacidad argumentativa, permita justificar la decisión al amparo de los principios del ordenamiento, particularmente los de índole constitucional que por su naturaleza tienden a ser más densos y a reflejar en mayor medida su efecto de irradiación al entero ordenamiento jurídico.

La interpretación, por tanto, es una realidad innegable pero que no es negativa por sí misma, al menos cuando se realiza de manera racional y basada en principios. En el último apartado de este trabajo presentaremos casos adicionales, también “difíciles”, en donde habrían podido darse respuestas sencillas desde un enfoque de reglas pero que, bajo el de principios, permitió brindar respuestas alternativas, aún incluso apartándose del tenor literal de la ley.

La Constitución principialista

Suele decirse que la Constitución es la ley fundamental de un Estado. Decir que la Constitución tiene un valor normativo, vinculante, equivale a sostener que, como tal, debe ser interpretada y aplicada por todos los operadores jurídicos, maximizando todas sus posibles significados en torno a la protección, defensa y garantía de los derechos humanos que son, en definitiva, las razones que sustentan y legitiman el Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo.⁵⁵

Naturalmente, la Constitución es un conjunto de normas dentro de las cuales pueden distinguirse reglas y principios, ésta juega un papel fundamental porque es precisamente en el orden constitucional donde podemos encontrar, sobre todo y de manera explícita, normas con carácter de principios.

Cuando se presentan casos difíciles o cuando menos “dudosos”, el intérprete los resuelve sobre la base de los parámetros determinados por las normas constitucionales. Es en estos casos que, por lo general, surgen diferentes interpretaciones generadas por el contenido de las

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97.

⁵⁵ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 158.

normas constitucionales.⁵⁶ Esto ocurre porque la Constitución es portadora y garante de una pluralidad de principios derivados de las particularidades de cada sociedad. La Constitución es pues un conjunto de normas, principios y valores. Dentro de este esquema también existen derechos fundamentales que, en la gran mayoría de los casos, se expresan en forma de principios.⁵⁷

Después de la Segunda Guerra Mundial diversos Estados incluyeron los derechos fundamentales en sus constituciones como límite infranqueable al poder y como razón para justificar al mismo Estado. El objetivo era evitar cualquier vuelta al autoritarismo que pudiera conducir a los horribles crímenes cometidos contra millones de seres humanos. Por ello, era necesario insertar esos derechos en el texto constitucional dotándolos así de la máxima rigidez constitucional y demostrando el valor supremo que se les confiere.⁵⁸

Así, desde la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han sido constitucionalizados y opera una nueva forma de entender el derecho que no lo reduce sólo a la ley, sino que lo interpreta de manera compleja donde la Constitución juega el papel fundamental confiriéndole garantías de tipo formal pero también sustantivo (cumplimiento de los principios constitucionales).⁵⁹

Tener una Constitución principialista es deseable porque garantiza una mayor estabilidad de los derechos. Puede parecer contradictorio, pero situar las disposiciones relativas a los principios en el texto constitucional asegura que el contenido de estos principios tenga preeminencia y que éstos deban irradiar en todo el sistema. Esto permite evitar que se dicten leyes ordinarias con cualquier contenido o que los jueces legitimen situaciones contrarias a los principios constitucionales.⁶⁰

Desde este perfil sustancial o material, los principios protegen los derechos de cualquier interpretación incompatible con el sistema, de la fuerza política de las mayorías parlamentarias, de los caprichos de los gobernantes y de cualquier posición utilitarista/liberalista/comunitaria que pretenda sacrificar al individuo.⁶¹ Los principios —y por tanto los derechos fundamentales— son un límite, una “carta ganadora”⁶² frente a posiciones limitantes o reduccionistas.

⁵⁶ Bin, Roberto, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁷ Atienza, Manuel, *Ni positivismo jurídico... cit.*, p. 9.

⁵⁸ La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, pp. 141-142.

⁵⁹ Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore... cit.*, p. 99.

⁶⁰ Bin, Roberto, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹ Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos... cit.*, p. 35.

⁶² Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously... cit.*, pp. 91-92.

Como se dijo, el razonamiento basado en principios no conduce a una discrecionalidad ilimitada. Optar por este modelo no significa abandonar algún posible criterio de racionalidad porque precisamente por su estructura cada caso puede ser visto y el derecho aplicado sólo de manera compatible a la luz de los principios constitucionales y de todo el ordenamiento jurídico.⁶³

Forsthoff señalaba que la Constitución era como un “huevo primitivo” del que nace todo, “desde el código penal hasta la ley sobre la fabricación de termómetros”.⁶⁴ El modelo principialista le da la razón dado que toda norma debe ser interpretada de tal manera que su *ratio* sea reconducible a los principios constitucionales. La Constitución, por tanto, se convierte en el “centro hacia el que todo debe converger”.⁶⁵

De esta forma, se ha argumentado que los principios son a su vez una suerte de clave hermenéutica que permite dotar de validez sustancial al ordenamiento jurídico actuando como una “barrera” garantista porque determinan los límites sustanciales de las demás normas, pero también los límites interpretativos que deben observar los operadores jurídicos, siendo “...el núcleo intangible del pacto constitucional, es decir, los contenidos indefectibles de la comunidad política inherente a la estructura del ordenamiento jurídico”.⁶⁶

El empleo del modelo principialista en casos complejos, particular reflexión desde el ámbito penal

Como se ha adelantado, consideramos oportuno traer a colación casos prácticos en los que el modelo principialista ha sido empleado para dar respuesta a situaciones que, en principio podrían ser resueltas de manera “fácil” mediante el empleo de la subsunción en un modelo exclusivamente de reglas. Sin embargo, veremos cómo, a partir de la asunción de consideraciones como los derechos humanos y la existencia de principios como los de la diversidad, el pluralismo, la autonomía o, inclusive, las múltiples connotaciones de la dignidad, los casos fueron problematizados llegándose a respuestas “alternativas” que, sin embargo, mediante el aparato crítico y argumental pudieron ser reconducidas a los principios del ordenamiento.

⁶³ La Torre, Massimo, *Sullo spirito... cit.*, pp. 150-151.

⁶⁴ Forsthoff, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242.

⁶⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, p. 10.

⁶⁶ Apostoli, Adriana, “L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, Pisa, núm. 3, 2018, p. 11.

Hemos elegido casos de índole penal en los que se evidencia con mayor intensidad las colisiones entre principios. Previo a exponerlos conviene realizar algunas consideraciones generales en la materia.

Para empezar, es de decir que, en los estados constitucionales y democráticos, el derecho penal funciona bajo la premisa fundamental de la ofensa a un bien jurídico de especial relevancia.⁶⁷ Esto ya es una revolución, porque la razón de la sanción es solo un comportamiento socialmente ofensivo y no un pensamiento, un pecado, la moralidad, o el ser portador de determinadas características.

Además, el derecho penal ocupa un lugar secundario dentro de las reglas de control social, en el sentido de que es una herramienta que debe ser utilizada sólo cuando otras instancias menos invasivas, y generalmente más efectivas, demuestran su incapacidad para abordar un problema social.⁶⁸

De esta manera, el derecho penal se concibe como un subsistema de naturaleza subsidiario y excepcional. Excepcional en el sentido de que debe intervenir sólo en casos extremos, aquellos en los que se ofenden bienes de valor fundamental para la sociedad, y subsidiario porque en los demás casos debe acudirse previamente a instrumentos extrapenales para evitar la realización de tales comportamientos. El derecho penal, en última instancia, ha de constituir la última ratio estatal para contener las conductas que ofendan intereses jurídicamente protegidos.⁶⁹

Así, siempre es necesario valorar, al comprobar la realización de un hecho típico, si la ofensa se ha efectivamente materializado, en forma de daño o al menos de puesta en peligro concreto del bien jurídico. Un hecho inocuo es atípico o, sólo aparentemente típico.⁷⁰ Por lo tanto, el principio de ofensividad está estrechamente relacionado con el principio de legalidad, lo que implica que la tipicidad requiere un daño o una puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.⁷¹

⁶⁷ Para una lectura general sobre el principio de ofensividad: Manes, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 129 ss.; Cavaliere, Antonio, "Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata", en Giostra, Glauco e Insojera, Gaetano (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 85 ss.; Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3^o ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 21.

⁶⁸ Muñoz, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5^o ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 64.

⁶⁹ Luzón, Diego, *op. cit.*, p. 22; Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁰ Fiore, Carlo, "La concezione realistica dell'illecito", en Vassalli, Giuliano (coord.), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 57.

⁷¹ Caterini, Mario, "Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza", *L'indice penale*, Padua, núm. 2, 2016, p. 483.

Como corolario de lo anterior, el operador jurídico debe limitar la responsabilidad penal únicamente a aquellas conductas que resulten concretamente ofensivas a los bienes jurídicos a fin de dar consistencia al sistema normativo y respetar los principios de orden constitucional.⁷²

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que el derecho penal tiene un vínculo particular con los derechos fundamentales. En muchos casos los bienes protegidos por la norma penal entran en colisión con otros principios, a modo de ejemplo, se puede ver en el caso de bienes como el orden público, la seguridad, el honor, la confidencialidad, etc., cuya protección puede entrar en conflicto con el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y de las creencias religiosas, políticas o culturales.

Piénsese, por ejemplo, en casos emblemáticos como el de la comunidad indígena que realiza rituales empleando sustancias no consentidas para la generalidad de individuos; el Sikh que afirma llevar turbante en lugar de casco de seguridad en el trabajo o al andar en motocicleta; la mujer musulmana que lleva el velo o que practica la mutilación genital femenina a sus hijas; del albanés que, influido por la idea de *pater familias* aceptada en su cultura, realiza conductas que pueden ser comprendidas en el delito de maltrato en la familia; entre muchos otros ejemplos.⁷³

En estos casos se produce una colisión entre un interés protegido por la norma y una manifestación de la libertad del individuo. Un principio cardinal del derecho y de toda sociedad es el imperativo kantiano según el cual el ejercicio de la libertad de cada uno debe poder conciliarse con el ejercicio de la libertad de los demás.⁷⁴ A ello responde el derecho y por este motivo se prohíben, permiten o incluso imponen ciertas conductas.

Ahora bien, los conflictos que hemos adelantado no son excepcionales sino bastante frecuentes, particularmente en las sociedades pluralistas y multiculturales. Todo grupo humano dispone de “reglas de conducta” que definen los comportamientos permitidos, prohibidos o impuestos. Las sociedades pluralistas se caracterizan por tener en su seno diferentes grupos culturales, ya sea como resultado de fenómenos migratorios o, como ocurre en México, por disponer de grupos culturales existentes previamente a la conformación del propio Estado.

⁷² Caterini, Mario, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 18.

⁷³ Bernardi, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, Turín, Giappichelli, 2006, p. 47.

⁷⁴ Moccia, Sergio, *Il diritto penale...cit.*, p. 101.

En su amplia mayoría de casos, las normas de los diversos grupos humanos coinciden, en otros casos las diferencias se vuelven más evidentes, pero aún tolerables bajo una óptica penal. Sin embargo, existen “casos difíciles” en los que la contraposición podría resultar absoluta y socavar los requisitos mínimos para la coexistencia pacífica. Es en estos últimos casos de colisión que el derecho penal sirve como territorio fronterizo, sin embargo, aún aquí cabría una reflexión por principios a fin de determinar si la conducta puede o no ser reconducida a los principios constitucionales. A continuación, presentamos algunos de estos casos.

Un primer caso se refiere al acopio y consumo de huevos de tortuga marina por parte de un indígena (chatino) en Zacatepec, Juquila, Oaxaca (2007). Esta conducta constituía en un delito contra el medio ambiente en términos del artículo 420, fr. iv del código penal oaxaqueño. El juez local consideró establecida la responsabilidad del indígena, quien fue sorprendido en posesión de los huevos sin autorización legal, vulnerando así el bien jurídico protegido por la ley (fauna acuática en peligro de extinción).

Luego de varios recursos el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la cual absolvió al sujeto. En su argumentación la Corte señaló que, si bien es cierto la norma tipificaba tal conducta, existían en el ordenamiento principios que no fueron considerados por el juez local, entre ellos los del pluralismo y la diversidad, así como la dignidad de la persona en tanto indígena. La Corte señaló, con base en estudios étnicos y antropológicos, que la práctica de recolección y consumo de huevos de tortugas venía realizándose desde tiempos inmemoriales y que se encontraba considerada “normal” dentro del sistema normativo indígena de dicha comunidad. Además, la Corte valoró que el consumo y acopio se destinaba al autoconsumo y que se realizaba en una medida tal que no representaba un riesgo para la supervivencia de esta especie marina. Finalmente concluyó que dicha práctica podría considerarse la expresión de un derecho específico de la comunidad y que, en consecuencia, el indígena habría obrado bajo el ejercicio de un derecho (art. 15, fr. vi del código penal oaxaqueño).⁷⁵

Un caso “difícil” que demuestra el límite de la interpretación en un modelo de principios es el resuelto con sentencia del 30 de marzo de

⁷⁵ Amparo directo en revisión 1624/2008. Sobre este caso: Morales, Carlos y Martínez, Miguel Ángel, “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago)”, en García, Mayolo y Moreno, Rodolfo (coordinadores), *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM, 2014, pp. 221-239.

2015 por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito.⁷⁶ Los hechos se refieren a un indígena maya de 57 años que se había casado con una niña indígena de 14. Al poco tiempo del matrimonio la menor resultó embarazada y meses después ocurrió el nacimiento del infante. El ministerio público tuvo conocimiento del hecho y actuó de *mutuo proprio* procediendo a la denuncia por violación. El juez local que conoció del asunto determinó absolver al indígena porque consideró que la práctica se encontraba respaldada por los “usos y costumbres” de la comunidad. El fiscal apeló y el juez de distrito consideró probada la comisión del delito. Frente a esta sentencia el indígena también presentó un recurso que fue conocido por el tribunal colegiado que, al igual que el de distrito, confirmó la sentencia condenatoria.

La defensa indígena argumentó que: 1) la pareja se conocía desde hacía mucho tiempo; 2) la niña se casó voluntariamente; 3) las relaciones sexuales siempre habían sido consentidas; 4) como resultado del matrimonio, la pareja tuvo un hijo; 5) la niña siempre había dicho que estaba feliz con su pareja; 6) la cultura indígena maya considera “normal” que una mujer menor de catorce años se case; 7) la comunidad indígena maya tiene su propio sistema normativo según el cual se considera legítimo el matrimonio en cuestión.

El tribunal colegiado realizó una argumentación en la que reconocía, de una parte, la existencia de principios como los del pluralismo, la diversidad y la autonomía de los pueblos indígenas, pero también señaló que existían otros derechos y principios que en el caso concreto habían de tener prelación y que no podían ser desconocidos bajo el argumento de la cultura.

Así, la tradición indígena no podía ser protegida en atención a los principios constitucionales de la integridad, la libertad sexual y el interés superior del menor, los cuales no eran renunciables y hacían nugatoria cualquier pretendida causa de justificación, ya fuera bajo el ejercicio de un derecho o el propio consentimiento de la persona.

La defensa también alegó que el indígena habría actuado bajo la figura del error, pues para la costumbre y tradición indígena dicha conducta era considerada normal, en consecuencia, el individuo habría tenido una apreciación equivocada de la realidad por desconocimiento de la ilicitud en su conducta. El tribunal resolvió que no cabía una forma de error invencible en tanto que ésta figura sólo podría pensarse en

⁷⁶ Amparo directo 634/2014, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, sent. 30 marzo 2015. Le sentenze dei tribunali federali, tranne la SCJN, possono consultarsi in: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>

el caso de comunidades indígenas aisladas y, en el caso particular, la comunidad no lo era. Así, se acreditó una ofensa a los bienes jurídicos antes señalados que no podían ser desconocidos bajo ninguna consideración de orden cultural.

Otro caso de interés, en el que cabría una primera y “evidente” respuesta, que al final no lo fue, es el que se refiere al “toca penal” 99/2013 resuelto por el juez Sexto de Distrito del Estado de Oaxaca el 23 de septiembre de 2013.

Los hechos son los siguientes: en el año 2012, un indígena zapoteca que había ido de compras a una comunidad cercana (Santiago Quia vicuzas), fue interceptado por migrantes guatemaltecos quienes, a cambio de dinero, le pidieron los llevara en su camioneta a otra ciudad. El indígena aceptó, pero durante el trayecto fue detenido por agentes migratorios que descubrieron la presencia de once personas sin documentación migratoria. El indígena fue procesado y declarado responsable del delito contenido en el artículo 159, fracción III, de la Ley de Migración.⁷⁷

El indígena apeló ante el juez federal, quien luego de analizar el caso ordenó la reposición del procedimiento señalando adicionalmente que el caso habría de ser conocido no por algún juez del Estado sino por la propia comunidad indígena. El juez llegó a esta conclusión luego de proveerse de diversas “razones” contenidas en estudios étnicos, antropológicos, históricos y sociológicos que, en su consideración, le impedían conocer respecto del disvalor de la práctica en cuestión (la ofensa), la cual se encontraba imbuida de un complejo sistema simbólico.

En este caso, los estudios técnicos demostraron que esa región es transitada por muchos migrantes en su camino a los Estados Unidos y que los miembros de la comunidad indígena muchas veces los ayudan como parte de un deber de solidaridad. El juez consideró que, de acuerdo con los principios de la comunidad, brindar un servicio a personas necesitadas no puede ser un delito, sino que es un comportamiento que se espera de los propios habitantes. Sin embargo, lo que no es una conducta aceptada por el régimen normativo interno es el realizarla con ánimo de lucro.

En su argumentación, el juez señaló que el acto de solidaridad hacia los migrantes constituía una especie de cumplimiento de un deber. Además, que en el sistema normativo indígena un principio cúspide era

⁷⁷ “Se impondrá pena de ocho a dieciséis años de prisión y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quién: ... III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria”.

el del “comportamiento razonablemente esperado” según el cual, a partir de las costumbres y tradiciones de la propia comunidad, es posible predecir cómo se comportaría cualquier individuo en la misma situación. El juez consideró que, en el caso concreto, este principio se expresaba en el deber de solidaridad que se encontraría amparado por el sistema normativo nacional.

Para el juez, este principio no contravenía el de la certeza jurídica expresado en el artículo 14 de la Constitución, más aún, aplicado a los pueblos indígenas podía venir reforzado bajo la idea de la tradición y la costumbre, a modo de un precedente que determina cómo ha de obrarse en cada caso.

Por lo que hace a la ofensa, para el juzgador no se acreditó una lesión a un bien jurídico del ordenamiento nacional, aunque sí podría eventualmente dar lugar a un reproche conforme al propio sistema normativo indígena que sanciona la obtención de un lucro ante un deber de solidaridad. En consecuencia, el juez ordenó repetir el procedimiento pero que fuese la propia comunidad indígena la que determinase la eventual existencia de responsabilidad.

Los anteriores son solamente una pequeña muestra de ejemplos que se derivan de sociedades complejas en los que el contenido de los principios puede dar directrices para resolver situaciones difíciles. Como se ha visto, acudiendo a este enfoque puede maximizarse el contenido de las normas y dar pauta a interpretaciones más amplias para afrontar situaciones que lo requieren.

Las soluciones dadas en estos casos, sin lugar a duda, pueden dar pauta a diversas objeciones, pero ante todo demuestran la posibilidad de construir respuestas alternativas bajo un enfoque racional que remite al contenido substancial de los principios. Así, en algunos casos habrá una mayor flexibilidad para interpretar la ley, pero en otros el margen de tensión será tal que únicamente pueda darse una sola respuesta coherente con el entero sistema, particularmente en aquellas situaciones límite en donde, como recuerdan los jueces del caso Palmer, una respuesta contraria constituiría “un oprobio” a nuestros principios fundamentales.

Reflexiones finales

El modelo principalista aquí señalado hace parte de una amplia pluralidad de estados, incluido México y que, como hemos reseñado, pretende superar las críticas formuladas al formalismo positivista recuperando a la persona, al ser humano, como centro de convergencia de toda manifestación pública.

Un modelo fundado en principios no está exento de riesgos, como tampoco lo ha estado el modelo formalista basado exclusivamente en reglas. Situaciones como la indeterminación, la discrecionalidad y la interpretación también hacen parte de este modelo, pero hoy por hoy se disponen de recursos que permitirían justiciar únicamente determinadas categorías de respuestas y excluir otras tantas. Dentro de estos recursos puede citarse la cláusula hermenéutica que justifica la máxima protección al ser humano, expresada en el principio *pro persona*, así como otras tantas directrices como la proporcionalidad, la ofensa, la legalidad, la culpabilidad, la responsabilidad personal, el *favor rei*, entre otros.

En sociedades complejas y pluralistas donde conviven diversas interpretaciones de la realidad un enfoque del derecho que permita dar cabida a esta riqueza se antoja más que necesario. A tal efecto, el carácter directivo, abierto y maximizador de los principios constituye una adecuada herramienta.

Este enfoque puede ser empleado en las diversas manifestaciones del derecho, aún incluso en aquellos rubros en donde cabría esperar una certeza casi absoluta, tal como ocurre en el ámbito penal. Sin embargo, se ha visto que incluso en este rubro pueden ser planteadas respuestas “correctas” en las que el tenor literal de la norma en algunos casos puede anularse al contrariar principios superiores y en otros ser objeto de interpretaciones flexibles, siempre bajo confines claramente delimitados por el propio orden constitucional.

La “pretensión de corrección” inserta en los principios de nuestro ordenamiento jurídico puede ser vista como la respuesta a la necesidad de certeza normativa, de manera que, ciertamente pueden ser planteadas diversas respuestas, pero todas ellas dentro del margen de lo permitido por el contenido de los propios principios. Por el contrario, quedarían excluidas aquellas respuestas que no permitieran su justificación racional bajo el esquema general trazado por los principios del ordenamiento.

Una metodología de este tipo, más allá de considerar la existencia de una ley universal o de un principio natural en el que todos habríamos de reconocernos indefectiblemente renueva el valor del diálogo, el consenso, la razón y el pluralismo de nuestras sociedades.

Bibliografía

“Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007.

- ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 36, 2013.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales”, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- APOSTOLI, Adriana, “L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, Pisa, núm. 3, 2018.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4º ed., Barcelona, Ariel, 2007.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016.
- BERNARDI, Alessandro, *Modelli penali e società multiculturale*, Turín, Giappichelli, 2006.
- BIN, Roberto, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva “quantistica”*, Milán, Franco Angeli editore, 2013.
- CATERINI, Mario, “Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza”, *L’indice penale*, Padua, núm. 2, 2016.
- CATERINI, Mario, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- CAVALIERE, Antonio, “Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata”, en GIOSTRA, Glaucio e INSOLERA, Gaetano (coords.), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milán, Giuffrè, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- FARELL, Martín, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Leciones y Ensayos*, México, núm. 93, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, vol. 55, núm. 3, 2010.

- FERRAJOLI, Luigi, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FIORE, Carlo, “La concezione realistica dell’illecito”, en Vassalli, Giuliano (coord.), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milán, Giuffrè, 1982.
- FORSTHOFF, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Carocci, 1996.
- HART, Herbert, *Contributi all’analisi del diritto*, trad. de Vittorio Frosini, Milán, Giuffrè, 1964.
- IGNATIEFF, Michael, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milán, Feltrinelli, 2003.
- JACQUES, Derrida, *Fuerza de Ley, El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LUZÓN, Diego, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.
- MALDONADO, Mario, *Torres de Babel. Estado, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2005.
- MARTÍNEZ, Antonio, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 65, 1997.
- MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turín, Giappichelli, 2005.
- MOCCIA, Sergio, “Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 61, 2018.
- MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

- MORALES, Carlos y MARTÍNEZ, Miguel, “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México (caso de Jorge Santiago Santiago)”, en GARCÍA, Mayolo y MORENO, Rodolfo (coordinadores), *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM, 2014.
- MONTAIGNE, Michel, *Saggi*, vol. II, trad. de Di Girolamo Canini, Milano, Adelphi, 1992.
- MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5^o ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^a ed., Barcelona, Astrea, 1989.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- RORTY, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en LUKES, Steven *et al.*, *De los derechos humanos: las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998.
- SÓFOCLES, *Antígona*, Santiago de Chile, Pehuén, 2001, p. 12.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007.
- VIGO, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- VIOLA, Francesco, “¿Los derechos humanos, son derechos naturales?”, *Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 6, núm. 2, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2017.

Disolución del Tribunal de Minería y distribución de competencias: 1783-1827

Dissolution of the Court of Mining and distribution of powers: 1783-1827

BEATRIZ ROJAS

Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

brojas@institutomora.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0001-8749-9331>

Recibido: 9/01/2023

Aceptado: 12/04/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.05>

RESUMEN

En este artículo se registra el entramado corporativo vigente en el antiguo régimen colonial, a través del establecimiento del Tribunal de Minería en 1783. Las competencias que se le atribuyen y la forma en que se ejercen, situación que se modifica cuando en 1826, el gobierno superior decreta su desintegración y deja en manos de cada uno de los Estados de la república, la organización de la actividad minera en sus diferentes cometidos. Los argumentos que sostuvo el Congreso constituyente del Estado de México nos muestran cómo enfrentan los diputados esta tarea, lo que nos manifiesta las dificultades que encontraron para acomodar las nuevas bases políticas, con el modelo de gobierno hasta entonces vigente.

Palabras clave: tribunal de minería, ordenanzas de minería, federalismo.

ABSTRACT

The subject is the existence of the corporative framework in colonial New Spain through the institution of the Tribunal de Minería (Court of Mining) in 1783, the attributions of the Court and the ways of its exercise. Such situation changed in 1826, after the independence, when the Superior Government decided its dissolution and left to each State of the Mexican republic the organization of mining activities. The argumentation of the Constituent Congress of the State of Mexico and the confrontations between its representatives enlighten the problems and the solutions they found in order to adjust the new policy to the previous system of government.

Keywords: *court of mining, mining code, federalism.*

Consultando sobre si debe cesar en virtud del decreto del congreso general del pasado 20 de mayo, todas las diputaciones provinciales territoriales de minería, o seguir en conociendo en solo lo económico, sin embargo, de no habérsele comunicado por oficio este decreto.¹

...Cuando los señores del voto particular dicen que la comisión propone el absurdo de que conozcan jueces legos de asuntos contenciosos no advierten que ese absurdo, si lo es, se está practicando en muchos puntos de la república en que no hay jueces de letra.²

Presentación

Aunque este trabajo versa sobre la disolución del Tribunal de Minería, en realidad lo que busca señalar es la forma en que los diputados del Congreso del Estado de México se plantearon distribuir las competencias de que disponía dicha autoridad, lo que dio cabida a una interesante y fundamental discusión sobre la distribución de potestades. Varias cosas se tienen que tomar en cuenta, la principal es la re-conceptualización de las palabras, la introducción de nuevos significados y la permanencia de otros. Lo cual nos sitúa, no solamente en el ámbito de la minería, sino de todo el entramado constitucional que está en proceso.

¹ Sesión del 1 de julio de 1826, *Actas del Congreso Constituyente del Estado Libre de México*, t. VIII, p. 3.

² *Actas del Congreso Constituyente del Estado de México*, t. VIII, 1826, impresión a cargo de Martín Rivera. *Ibidem*, p. 11.

Este seguimiento, encuadrado en las reflexiones de la cultura política de la época y sustentado en la historia del derecho, especialmente la llamada Historia Crítica del Derecho, nos permite plantear el problema de la *transición* desde un ángulo totalmente diferente al sustentado hasta no hace mucho tiempo.³ Esperamos con esto, incrementar y enriquecer la discusión. Asombra en cierto sentido, la incapacidad que se tuvo durante decenios, para resaltar los ejes sobre los cuales se llevó a cabo, no solamente el rompimiento con España, como lo está proponiendo José Ma. Portillo, sino en general los tiempos de la transición, que son elementos fundamentales no tomados en cuenta por la historiografía, pero sin duda sí, por los actores de la época como se anota en las discusiones que se presentan en este trabajo.⁴

La transición

Ya no es novedad señalar que, para entender la transición entre el llamado Antiguo Régimen y el sistema liberal, se debe partir de un planteamiento que registre la manera en que algunas de las antiguas instancias de gobierno se acomodaron con los nuevos postulados, contenidos primero en la Constitución española y posteriormente en las Constituciones nacionales. Es fácil decirlo, no lo es tanto comprobarlo. Los postulados están sobre la mesa: nos los han legado esos sabios textos, que han registrado los equívocos de la historiografía liberal, empeñada en borrar lo que su radicalismo no les permitía aceptar o ver, privándonos de una mayor comprensión de nuestra historia.⁵

Para resaltar el proceso de *transición*, por llamar de alguna forma a ese cambio de entonces, se debe tomar en cuenta el grado de conocimiento adquirido tanto de lo nuevo como de lo antiguo. ¿Valdrá la pena el esfuerzo? Se podrá saber sólo después de un primer intento.

³ Ver en este sentido los artículos comprendidos en el libro coordinado por Alejandro Agüero *Tradición jurídica y discursividad política en la formación de una cultura Estatal, Trayectorias Rioplatenses siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2019.

⁴ Portillo, José, *Una historia atlántica de los orígenes de la Nación y del Estado, España y las Españas en el siglo XIX*, Alianza, 2022. Ver B. Rojas, "La transición del antiguo régimen colonial al nuevo régimen republicano, en la historiografía mexicana, 1750-1850", en *Procesos constitucionales mexicanos, La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, México, 2017, pp. 419-440.

⁵ La lista es larga y se comienza de la manera en que fueron apareciendo en el proceso de investigación, que en cierta forma se realizó paralelamente en dos niveles: textos que trataban el asunto a nivel europeo y los que lo hicieron en el entorno americano. Para el primero, se comienza por Francisco Tomás y Valiente, Pietro Costa, Bartolomé Clavero, Antonio Manuel Hespanha y Lucca Mannori. Para el segundo, con F. X. Guerra, Antonio Annino, Tau Anzuátegui, Jaime del Arenal, Andrés Lira y no sin menor importancia, Del Castillo Velasco.

La pregunta inicial es la siguiente: ¿cómo se desarticuló el mundo corporativo que, a lo largo del Antiguo Régimen, ocupó el espacio político de la monarquía? Lo primero que se debe tener claro es el concepto de gobierno del Antiguo Régimen. Carlos Garriga lo define como: “...un ordenamiento compuesto...” formado de “... distintos órdenes dotados de contenidos normativos y legitimidades diferentes...”⁶

El gobierno del Nuevo Mundo

Se estableció y consolidó bajo los cánones del gobierno de la Monarquía católica, imperante en el Antiguo Régimen, llamado por la Historia crítica del derecho como *gobierno de la justicia*.⁷ En la Nueva España, como en el resto de los territorios ultramarinos, siguiendo el modelo castellano, se establecieron entidades políticas dotadas de jurisdicción propia, que se definió en función de sus necesidades y cometidos. Esto dio origen a un conglomerado corporativo articulado territorialmente, bajo instancias de gobierno superiores, generalmente depositado en las audiencias y cuyo principal atributo fue “... construir un aparato apto para la debida administración de la justicia...”⁸ Esas corporaciones se conformaban por individuos que compartían las mismas prerrogativas, privilegios, encomiendas, tareas e intereses. Eran encabezadas por los más distinguidos de sus miembros; quienes eran generalmente nombrados o electos por la misma comunidad, o por una parte de ella, aquella que se consideraba ser la más capacitada para designar a los mejores: era una forma de elección selectiva, que la comunidad aceptaba, siempre y cuando no faltara a los preceptos políticos y religiosos establecidos. Carlos Garriga nos explica cómo esa variedad de cuerpos conformaban una *variedad de derechos* “... tantos como cuerpos habitan esa sociedad...”⁹

Los cuerpos más importantes disponían para su gobierno de las cuatro materias, llamadas también causas: gobierno, justicia, hacienda y la de guerra. De esta última se asignaba solamente a algunos magis-

⁶ Carlos Garriga, “El gobierno de la Justicia en Indias siglo XVI-XVIII”, *AHDE*, núm. 34, 2006, pp. 67-160, 73. Se recomienda la lectura del artículo de C. Garriga, en donde explica con detalle la conformación jurídico-política del gobierno del Antiguo Régimen, en toda su complejidad. En estas páginas es imposible dar cuenta del fenómeno; sin embargo, una vez que se ha registrado, todo parece diáfano, como el viento.

⁷ Agüero, Alejandro, “Historia política e Historia crítica del derecho. Convergencias y divergencias”, *Polhis*, año 5, núm. 10, pp. 81-88.

⁸ Garriga, *op.cit.*, p. 80. También ver Rojas, Beatriz, *Cuerpo político y pluralidad de derechos: los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, Instituto Mora, CIDE, 2007, p. 230.

⁹ *Ibidem*, p. 74.

trados reales situados en lugares estratégicos. Ciertos ordenamientos se refieren a la materia de religión.¹⁰ La comunidad se articulaba como una familia, según el modelo de gobierno de la casa, la palabra *oeconomia* señala el ámbito familiar, pero este podía referirse al de toda la comunidad, o corporación.¹¹ Cada una de estas causas correspondía a una función de gobierno determinada. Bajo estos ordenamientos generales, en la Nueva España se establecieron *corporaciones* de muy diversa naturaleza: territoriales, órdenes religiosas, ayuntamientos y cabildos, gremios diversos, comerciantes, artesanos, correos y milicias. Una de las principales prerrogativas concedidas a estas corporaciones fue la de disponer de la capacidad para decir el derecho o de impartir justicia a sus individuos. No nos detendremos a caracterizar cada una de estas corporaciones, basta recordar que cada una tenía un cometido particular; algunas tenían mayor presencia, destacando más que otras, disfrutando de mayores prerrogativas. Generalmente se regían o gobernaban por medio de ordenanzas que se daban ellas mismas y eran aprobadas por el rey o por sus *alter ego*. También podían adoptar las ordenanzas de otras corporaciones y las adecuaban a sus necesidades; la ciudad de Querétaro tomó las de la ciudad de Puebla, los comerciantes utilizaron en el tardío siglo XVIII las del consulado de Bilbao elaboradas en 1737.¹² También las podían emitir las instancias superiores: el propio rey y las audiencias. El mundo corporativo a finales del siglo XVIII no mostraba debilidad o fragilidad; seguía contando con el beneplácito del *gobierno superior*, y algunas corporaciones extendían su área de influencia en la toma de decisiones del gobierno; como fue el caso del Consulado de Comerciantes en diversos proyectos, particularmente en el de la mejora de los caminos.

Fue bajo este espíritu de colaboración entre el gobierno y las corporaciones que se crearon instituciones como la Academia de San Carlos, el Colegio de Minería y la Universidad de Guadalajara, lo que señalaba las aspiraciones de los novohispanos para abrirse al mundo y el deseo del gobierno de fomentar la adquisición de conocimientos y la formación de científicos y técnicos para beneficiar las áreas productivas más

¹⁰ Ley LXXIV, *Que prohíba los contratos y grangerías de los virreyes*, t. III.

¹¹ Zamora, Romina “El alfarero y el barro: la Constitución Oeconomica en Tucumán” en Agüero, Alejandro, (coord.), *Tradicón Jurídica y Discursividad en la formación de una cultura Estatal. Trayectorias rioplatenses siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2019.

¹² Floris, Guillermo, “Las fuentes del derecho mercantil novohispano”, México, UNAM, IJ, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/121/pr/pr22.pdf> (fecha de consulta: 23 de abril de 2023).

importantes de la economía, necesitadas de personal capacitado. Algunos personajes tuvieron un lugar preponderante para definir y llevar a cabo las obras que se consideraron primordiales; destaca la labor de los miembros del cuerpo de mineros, como de los militares desde mediados del siglo xviii, encargados de estudiar el territorio, elaborar mapas, construir fuertes y puertos; a su lado, el cuerpo de ingenieros se volvió imprescindible.¹³ El cuerpo de comerciantes tuvo un gran papel por ser el financiero principal de muchas de las obras que se llevaron a cabo.¹⁴

La llegada de científicos y técnicos del viejo continente, promovida desde la visita de José de Gálvez, dio una mayor consistencia a los proyectos de mejora: fue bajo este espíritu que se decidió crear el Tribunal de Minería. Así, se esperaba apoyar a los mineros, al concederles una instancia de gobierno privativa, encargada de resolver en forma rápida y versada los innumerables pleitos y controversias que se les presentaban y que desde el siglo xvi se resolvían por medio de los magistrados reales, con la participación de mineros que tuvieran conocimiento de los asuntos técnicos para resolver los conflictos que se presentaban frecuentemente.¹⁵ Era por lo menos la opinión que tenían los promotores de la creación del Tribunal, aunque con el tiempo se hizo evidente lo complicado de los asuntos mineros. El impulso que dio a este proyecto Joaquín Velázquez de León, con su intervención en las altas esferas de la administración peninsular, concluyó con la instalación en 1783 del Tribunal de Minería, y con la impresión de las ordenanzas que regirían su gobierno. Impresas en España, llegaron en septiembre al puerto de Veracruz, y en julio de 1784 desembarcaron ocho cajones con ejemplares.¹⁶ La puesta en marcha no fue fácil.

¹³ González, María del Refugio, *Ordenanzas de Minería de la Nueva España, formadas y propuestas por su Real Tribunal*, México, UNAM, IJ, 1996; B. Rojas, "Se hace camino al andar" en B. Rojas (coord.) *De caminos y puentes: ordenamiento territorial de la Nueva España*, Instituto Mora, El Colegio de Michoacán, México, 2021; Moncada, Omar, "El ingeniero militar Miguel Constanzo en la Real Academia de Bellas Artes de San Carlos de la Nueva España", *Scripta Nova*, vol. vii, núm. 136, 2003.

¹⁴ Para conocer la labor de los agremiados del consulado de comerciantes se recomienda revisar los trabajos de Guillermina del Valle Pavón.

¹⁵ Enciso, José, "Las ordenanzas de minería de 1550 para la Nueva Galicia" en donde cita las "Ordenanzas de minas que hizo el licenciado Hernán Inez de la Marcha alcalde mayor que fuera de esta Real Audiencia, siendo visitador general del 20 de abril de 1550". Señala Enciso que se daban reglas claras para que los alcaldes mayores pudieran resolver los problemas que se presentaban en relación con la minería; Contreras, Carlos, "Las Ordenanzas de minería de 1783. La polémica entre Gamboa y el Tribunal de Minería", *Historias*, núm., 33, 2003, pp. 39-54.

¹⁶ Archivo General de la Nación (AGN), *Reales cédulas originales*, vol. 125, xp. 207.

Diputaciones de minería

Las diputaciones de minería se instalaron recién empezó la explotación de las minas novohispanas. José Enciso nos señala las dificultades para organizar el funcionamiento de los numerosos pequeños reales que surgieron por todo el territorio de la Nueva Galicia, según un proceso similar al que se vivió en toda la Nueva España.¹⁷ La administración de un real de minas era un asunto importante y complicado, en donde estaban en juego múltiples asuntos de muy diversa índole. Aquí es de interés tratar concretamente cómo se organizó este cuerpo para su gobierno. Miguel Molina Martínez señala cómo, en uno de los ordenamientos relacionados con la minería dictados por Felipe II, se especificó:

No se entremetan en el conocimiento de las dichas *causas* tocantes y concernientes a las dichas minas..., ni procedan ni admitan demandas ni pedimentos ni querellas ni otra cosa alguna de su oficio... Y por la presente inhibimos y hacemos por inhibidos a las dichas Justicias y Jueces ordinarios y de comisión, y otros cualesquier que sean, para que no puedan conocer ni conozcan en manera alguna de las dichas causas.¹⁸

Este ordenamiento permite suponer que, desde muy temprano, se dejó en manos de los mineros el gobierno de los reales de minas. En este sentido, opina José Enciso: "...La primitiva administración local de las minas de Zacatecas...de 1553-1586 no estuvo a cargo de un cabildo, sino de una peculiar institución integrada por un alcalde mayor que hacia 1580 se convirtió en corregidor y cuatro diputados propietarios de minas...".¹⁹ 1586 fue el año que el Real de Zacatecas solicitó el título

¹⁷ Biblioteca Pública del Estado de Jalisco (BPEJ), Real Audiencia Judicial Civil: Caja 205/ exp. 8. *Ordenanzas de minería que proveyó el Virrey de Nueva España para el gobierno de las minas de Zacatecas y Sombrerete*, 1761. El abogado de Juan Antonio González Cordero, Andrés Díaz de Bustamante y Pedro de la Pascua y Cosío, minero, piden que el fiscal le entregue de forma pública la cédula que su Majestad falló en 1708 a favor de Felipe de Otadui y Avendaño, corregidor de Zacatecas, contenida en el caso de Nicolás López con el Conde de Santa Rosa, en el cual, se le concede al Corregidor, jurisdicción sobre todos los asuntos civiles y criminales de minas en primera instancia; porque dice ser relevantes para el juicio posesorio que lleva en contra de Manuel Guinocio, por unas minas en la Villa de Llerenas, Real de Sombrerete. Copia de real revisión en la que se indica que se respeta el fallo hecho por la Real Audiencia en el caso Guinocio, mineros. BPEJ. Real Audiencia, Judicial Civil: Caja 466, exp. 51, 1735.

¹⁸ Molina, Miguel, "Legislación minera colonial en tiempos de Felipe II", en Morales, Francisco (coord.), III Coloquio de Historia Canario-americana; VIII Congreso Internacional de Historia de América 1998 (AEA), Ediciones del Cabildo de Gran Canaria, 2000, p. 1014-1029.

¹⁹ Enciso, José, "La diputación de minas en Zacatecas en el siglo XVI", *Memoria del Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 1995, t. I, pp. 437-471, disponible en:

de ciudad y la instalación de un cabildo secular, pero ¿qué pasó con la representación minera? No lo sabemos, sin embargo, vale la pena señalarlo.

A lo largo del dominio español, diversas fueron las ordenanzas para la minería. Según Miguel Molina Martínez las que dio el virrey del Perú, Francisco de Toledo, tuvieron también vigencia en la Nueva España.²⁰ De su contenido se recuperan dos artículos mismos que aparecen en casi todas las ordenanzas publicadas:

IX. Del alcalde mayor de minas y orden que se ha de guardar en la determinación de los pleitos y en las apelaciones y ejecuciones de las sentencias.

XVI. De los privilegios de los mineros.²¹

Este mismo autor asevera que “en la Nueva España el gobierno y justicia de las minas siguieron en manos de los alcaldes mayores hasta las leyes de 1783.” De ser esto correcto, los mineros no hubieran tenido jurisdicción propia sino hasta la adopción de las ordenanzas de 1783; algunas cédulas reales nos señalan ciertas variables, además sabemos cómo los ordenamientos se retocaban constantemente, para adecuarlos una vez manifiestos los inconvenientes que presentaban.²² Aún en las ordenanzas de 1783, que podemos considerar como las definitivas, encontramos reacomodos a las circunstancias locales, lo que nos lleva a considerar el término utilizado por Romina Zamora “... geolocalización del derecho...”.²³

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/18918> (fecha de consulta: 23 de abril de 2023); Sanjurjo, Inés, “Jueces y régimen de minas en la villa de San José de Jáchal, jurisdicción de San Juan. Entre la dependencia de la Junta de Poblaciones de Santiago y las autonomías provinciales (1750-1830)”, *Res Gesta*, núm. 54, 2018.

²⁰ Molina, Miguel, “Problemática en torno a la legislación minera peruana a fines de la colonia”, *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada*, núm. 26, 1999, p. 252.

²¹ *Francisco de Toledo. Disposiciones Gubernativas para el virreinato de Perú: 1569-1574*, Introducción Guillermo Lohmann Villena, transcripción Ma. Justina Sarabia Viejo, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, CSIC, 1984, p. 345.

²² *Casuismo sistémico. La Real Ordenanza de Intendentes frente a la realidad americana*, Rafael Diego-Fernández Sotelo, Martín Escobedo Delgado, José Luis Alcauter Guzmán (eds.), México, El Colegio de Michoacán, Universidad Autónoma de Zactecas, 2021, p. 253.

²³ Gavira, María, “Instrucciones para la elección de diputados y sustitutos en las diputaciones mineras novohispanas, 1790”, *Oficio. Revista de Historia e interdisciplina*, Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.15174/orhi.vi15.243> Villalba, Margarita, “El acaparamiento del suelo: conflictos y justicia en Guanajuato en las últimas décadas del siglo XVIII y principios del XIX”, *Revista Historia y Justicia*, 2017, disponible en: <https://journals.openedition.org/rhj/1226> (fecha de consulta: 23 de abril de 2023).

Tribunal de Minería

La bonanza minera, fruto de nuevos descubrimientos y del apoyo del gobierno superior para impulsar la producción, llevó a modificar la organización de este cuerpo que, contrario a la consolidación temprana que tuvo el de comerciantes, estaba disgregado en diputaciones separadas que dificultaban los tratos entre los mineros. La creación del tribunal de Minería, por iniciativa de Velázquez de León, si bien no resolvió muchos de los problemas, permitió un tratamiento más armónico y expedito de los conflictos frecuentes entre mineros. Hasta entonces, el gobierno de las diputaciones mineras estaba organizado por distritos independientes unos de otros y aunque gozaban de un “gobierno propio”, dependían de los alcaldes mayores, en algunos casos llamados también de minas, para ventilar los conflictos que no encontraban solución en la misma diputación. Diversos escritos dan testimonio de la evidencia de que, a partir de la visita de don José de Galvez, se puso mayor empeño en reglamentar el gobierno de los reales de minas, proceso que culminó con la instalación del Tribunal en 1777 y la publicación de las ordenanzas en 1783. En estas, el propio monarca señaló como, desde 1771, el virrey de la Nueva España le había hecho saber la necesidad de unas nuevas ordenanzas para el gremio minero para que se “... uniformasen y abrazasen en todas sus partes el mejor método en su gobierno... que debía formar aquella minería un cuerpo unido a imitación de los consulados de Comercio...”²⁴

Bajo estos lineamientos, el Tribunal de Minería quedó conformado el 7 de mayo de 1777, con “... el uso de todo el poder y facultad en lo gubernativo, directivo y económico... suspendiéndole por entonces solamente el ejercicio de la jurisdicción contenciosa y privativa...”²⁵ Parecería con esto, que la jurisdicción no se le atribuyó al Tribunal, sin embargo no pasó mucho tiempo para que se modificaran sus facultades así como también las de las diputaciones, como a continuación se señala: “De las jurisdicción de las causas de minas y mineros y del modo de conocer, proceder, juzgar y sentenciar en ellas en primera, segunda y tercera instancia”.²⁶

²⁴ Sánchez, Ernest, “Constitucionalizar el orden fiscal en Nueva España: de la ordenanza de intendentes a la Constitución de Cádiz (1786-1814)”, *Historia mexicana*, México, El Colegio de México, t. LXV, 2015.

²⁵ *Ordenanzas de Minería*, París, Imprenta de E. Donnaud, 1870, p. 10. (En esta edición se agregaron las modificaciones que se fueron dando).

²⁶ *Ordenanzas de Minas*, t. III.

Aunque en este texto no se mencionan los asuntos contenciosos como competencia del Tribunal, el 5 de febrero de 1793 se emitió una Real Orden que dejó estos asuntos en manos del mismo y amplió considerablemente aquellos sobre los cuales podían intervenir las diputaciones mineras: "...en los diputados territoriales de minería, proceder en unión con sus respectivos intendentes en la formación de todas las causas civiles y criminales...".²⁷ Vale la pena detenerse un poco en la forma en que, en estos ordenamientos, se concibieron las facultades del cuerpo de minería:

"Jueces de minas los serán las respectivas Justicias Reales, conforme a las Leyes de la Recopilación, en todo lo que por estas ordenanzas *no se cometiere* a las Diputaciones del Cuerpo de Minería".²⁸

Se podría analizar con profundidad cómo se depositaron las competencias en el Tribunal y en las diputaciones; sin embargo, la intención no es desmenuzar este asunto, sino solamente mostrar cómo, a esta altura del siglo XVIII, se concebía el gobierno de una corporación tan importante. Se resalta entonces, solamente como muestra, la forma en que debe funcionar:

...el que pueda conocer y providenciar en lo gubernativo, directivo y económico; y en su consecuencia declaro, que las Diputaciones de todos los Reales o Asientos de minas han de reconocerle una precisa e inseparable subordinación en todas las indicadas materias gubernativas...²⁹

Sin embargo, en los asuntos contenciosos, se ordena que:

Será privativa de las Diputaciones Territoriales en sus respectivos distritos la jurisdicción contenciosa que declaro y concedo en el Art. 2º de este Título al real Tribunal General y en las propias causas y negocios que allí se expresan, procediendo y determinando en ellas con absoluta independencia del mismo Real Tribunal, pues el ejercicio de tal jurisdicción contenciosa de ninguna manera le han de reconocer subordinación alguna por quedar como quiero quede inhibido el dicho Tribunal de introducirse a conocer ni a mezclarse en dichas causas y juicios suscitados fuera de su distrito.³⁰

²⁷ Real Orden del 5 de febrero de 1793.

²⁸ Contreras, Carlos, "Las Ordenanzas de minería de 1783. La polémica entre Gamboa y el Tribunal de Minería" *Historias*, núm. 33, 2003, pp. 42. Por la forma en que se redacta el contenido de estas ordenanzas, se debe tener sumo cuidado, pues parecen prohibir lo que en realidad están otorgando, como puede verse en este artículo.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁰ *Reales Ordenanzas de Minería*, 1870, art. 4, t. III, p. 48.

No es conveniente fiarse de estas determinaciones, pues meses después pueden modificarse sustancialmente, como se ve en la Real Orden dada el 5 de febrero de 1793 que ordenó "...que el citado Real Tribunal quedase erigido en General de Apelaciones...".³¹ ¿Por qué ponemos tanta atención en la distribución de competencias para el cuerpo de mineros? Por diversas razones, entre las cuales destaca el momento de definición de los atributos de las corporaciones; a la de los mineros, hasta entonces más dispersa geográficamente, se le busca dar centralidad, control y dirección sobre todo en una de las causas atribuidas a las corporaciones, revaluada en los últimos años: la *gubernativa*. Con ello se espera dar fortaleza al fomento de la minería, promover y dirigir ... pero también se espera solucionar y resolver con eficiencia y presteza los contratiempos de una explotación tan importante para la Nueva España y para toda España.

Los comentarios críticos que hizo don Francisco José Gamboa a los ordenamientos existentes nos sitúan en el centro de la problemática del gobierno de la minería. Con una mirada por demás aguda, pone especial acento en las personas que deben nombrarse jueces, lo que permitiría que:

...la justicia se distribuiría con brevedad, con igualdad, conocimiento, y experiencia: se evitaría que un ciego guiase a otro ciego y como sucede entre jueces y peritos, y se conseguiría el ahorro de inmensos gastos, diligencias, y viajes, a costa del infeliz minero, que los sufre, y de el aviador, que los expende.³²

Con prueba y error continuó ejerciéndose la justicia en las nuevas diputaciones de minería, con modificaciones importantes en cuanto a la relación con el Tribunal. Así llegamos a los primeros años del siglo XIX, en el cual, siguiendo la pauta acostumbrada, cada corporación vela por sus intereses y sobre todo resalta el interés que ponen los *cuerpos provinciales*, —es decir las provincias y ciudades más importantes—. Desde que se adoptó el sistema de intendencias, cuidan y promueven su consolidación, ahora más claramente identificados y respaldados por sus capitales. Esto se hace patente y evidente en las instrucciones y poderes que las provincias otorgaron al representante de la Nueva España en la Junta Central, y posteriormente a sus diputados a Cortes.³³

³¹ *Ibidem*, p. 46.

³² *Comentarios a las Ordenanzas de minas...* por don Francisco Xavier de Gamboa, 1761, cap. xxv, p. 468.

³³ Se remite a investigaciones propias y de autores y colegas que se han interesado en la consolidación territorial de las provincias americanas.

¿Y las corporaciones?

¿Qué pasó a la hora del cambio constitucional en el entramado corporativo? ¿Qué sucedió con los privilegios de que se beneficiaban las diferentes corporaciones que conformaban el conglomerado social de la monarquía? Efectivamente, las corporaciones perdieron la fuerza *constituyente* —por decirlo de alguna forma— que tuvieron a lo largo del Antiguo Régimen. Aunque no hubo, como en Francia, una “noche del 4 de agosto” de 1789, los privilegios desaparecieron, no sin levantar amplias discusiones en las cortes que redactaron la Constitución. Sin embargo, allí se discutió en términos muy diferentes a lo acostumbrado y el asunto se centró en definir sobre aquellos que tenían derecho a obtener la ciudadanía, tema que se trató en términos de privilegio. Los diputados estaban centrados en lo anterior cuando, el 4 de septiembre de 1811, pidió la palabra el señor José Miguel Gordo, diputado por provincia de Zacatecas, uno de los principales centros mineros de la América española. Este sacerdote y años más tarde, obispo de la Nueva Galicia, representante de esta provincia, llevaba a las cortes una amplia *instrucción* otorgada por el cuerpo de minería asumiendo también la defensa de otorgar la ciudadanía a las castas. Ya no se discutía en términos de corporación sino de cuerpo de nación. Había que desaparecer los brazos del cuerpo, armar una nueva unidad conformada ya no de corporaciones diversas, sino de ciudadanos. ¿Qué pasaba entonces, con las múltiples corporaciones, que hasta entonces habían disfrutado de un gobierno propio, autotutelado? La nación española quedaba formada territorialmente por las provincias. La nobleza, el ejército y el clero quedaban fundidos en el cuerpo de la nación. No obstante, en Cádiz se mantuvo alguna presencia corporativa en el caso del Consejo de Estado, formado por representantes de las corporaciones más importantes.³⁴ Conforme se revisaban en el pleno los artículos del texto constitucional, se hizo evidente la transformación y el lugar destinado a las corporaciones que lograron permanecer en el ámbito constitucional. La discusión sobre el establecimiento de dos cámaras, como en Inglaterra, dio pie a plantear el asunto, el cual por diferentes razones fue descartado. Se consideró indispensable conservar el fuero judicial dentro del clero y del ejército. Parece anodino señalar estos

³⁴ Se consideró al Consejo de Estado como un cuerpo *gubernativo*. “...ahora no se trata de un cuerpo representativo sino gubernativo cuyo instituto será aconsejar...” señalamos aquí la permanencia de lo corporativo, trataremos de señalar su nueva competencia o atribución. Martínez, Fernando, *Constitución en Cortes. El debate constituyente 1811-1812*, México, UAM, 2007, p. 453.

asuntos (ya que pueden ser evidentes), pero no era el caso en aquellos tiempos y era necesario argumentar para llegar a aceptar la nueva situación de corporaciones tan importantes como lo eran las dos anteriormente mencionadas. También los comerciantes y los mineros requirieron de reflexiones particulares para situarlos en el nuevo contexto constitucional:

...El comercio y la minería han producido un *fuero de materia*. Sus leyes son consulares, y tienen la índole propia de estos gremios. Gran parte de las formalidades que arreglan el proceso son inútiles en esta clase de juicios. La mayor parte de ellos son atracciones de conferencias o procesos verbales, y las diferencias se deciden sencillamente a verdad sabida y buena fe guardada por tribunales elegidos por juntas generales de mineros y universidades de comerciantes; pero siempre los recursos extraordinarios competían al consejo, en cuyo lugar se substituye el tribunal supremo de justicia.³⁵

Este es el planteamiento que se hace en las cortes para acomodar el comercio y la minería a la nueva situación constitucional, fundada ahora en la división de las potestades, en que la mayoría de las corporaciones pierden sus fueros. La reflexión del diputado Leyva así lo indica, la función que asumía el consejo ahora recaerá en el Supremo Tribunal de Justicia. Pero ¿qué pasa en un gobierno como el que se instauró en la antigua Nueva España, ahora titulada República Mexicana? ¿qué adoptó después de algunos ensayos mal encontrados un sistema federal? El reparto de las potestades tenía que adquirir una modalidad particular.

Tardó algún tiempo para que, tanto la minería como el comercio, encontraran su lugar en el nuevo planteamiento constitucional y no fue inmediata la respuesta a la necesidad de organizar las corporaciones más importantes para el futuro económico de la nueva nación. Disolver el consulado y privar al gremio de sus privilegios fue rápido y fácil, en cambio modificar la trama del cuerpo de minas planteó muchos problemas.³⁶ En las Cortes el artículo 277 señaló que las leyes decidirán si ha de haber tribunales especiales para conocer de determinados negocios (en su redacción final quedó como el 278). Los diputados comentaron:

El Sr. Dueñas reflexionó que acaso con este artículo pudiera quedar una puerta abierta para los fueros privilegiados, derogados ya en los artículos

³⁵ Martínez, Fernando, *Cortes*, p. 538.

³⁶ Souto, Matilde, "Creación y disolución de los consulados de comerciantes de la Nueva España", *Revista Complutense de Historia de América*, 2006, vol. 32, pp. 19-39.

anteriores, y por consiguiente era necesario aclarar esto. El Sr. Argüelles hizo ver que, según la intención de la comisión, manifestada en el discurso preliminar, el artículo debía entenderse de ciertos negocios que no pueden estar sujetos á los juzgados ordinarios; tales son los de los consulados, que más bien pertenecen al derecho público de las naciones; tales los tocantes a los tribunales de minería de América, a los cuáles acaso sería aventurado dar ahora por el pie.³⁷

Disolución del Tribunal de Minería

Si este asunto nos interesa, no es solamente por las corporaciones, sino por la forma en que se transformaron en corporaciones gremiales sin privilegios; nos valemos de las discusiones que tuvieron los constituyentes del Estado de México para resolver este problema, lo que dio por resultado largos debates e interesantes planteamientos. El 20 de mayo de 1826 el Congreso General emitió el decreto en que ordenó que el Tribunal General de Minería cesara la administración de justicia, atribuciones gubernativas, económicas y directivas.³⁸ La disolución del Tribunal dejaba en manos de los estados la organización de este ramo, en todos sus aspectos. El de México tomó cartas en el asunto inmediatamente, los fondos mineros de su territorio siendo de suma importancia, señalamos solamente tres, los de Pachuca, Taxco y Sultepec para mostrar el alcance del asunto. Los diputados Benito J. Guerra³⁹ y Lazo de la Vega presentaron, el 1 de julio de 1826, un proyecto de ley sobre la administración del ramo de minería, en lo relativo a “directivo, económico gubernativo y contencioso”; se discutió con minuciosidad durante casi un mes, lo que nos ha permitido registrar las posiciones de los diputados, los pros y los contras del proyecto.⁴⁰ Después de leer con atención las discusiones que se tuvieron sobre el proyecto, queda uno sorprendido del resultado final, un decreto formado por siete artículos que no permite sospechar la importancia que tuvo el asunto, la pasión que pusieron en las discusiones algunos de los diputados y los problemas que afloran, no solamente en esta materia, sino en general hacia el nuevo sistema de gobierno. ¿Cómo transformar el antiguo sistema

³⁷ Martínez, Fernando, *Cortes*, p. 585.

³⁸ AGN, Gobernación siglo XIX, época moderna y contemporánea, vol. 17-1, exp. 44, 1826.

³⁹ Originario de Querétaro, en 1804 tenía 30 años y era abogado de la Audiencia de México. Lo había sido de la de Guadalajara.

⁴⁰ Actas del Congreso Constituyente del Estado de México, t.VIII, 1826, impresión a cargo de Martín Rivera. p. 10. Mario Tellez González abordó este tema en su libro: Tellez, Mario, *La Legislación Minera en el Estado de México. 1824-1888*, México, 1996, El Colegio Mexiquense, III Legislatura del Estado de México.

de gobierno mediante nuevas reglas de división de poderes? El congreso del Estado de México era, sin duda, uno de los más importantes, no solamente por su extensión y su riqueza sino por la calidad de sus diputados. Este primer congreso, encargado de redactar la constitución y muchas de las leyes que regirán su vida, estuvo formado por individuos sobresalientes en los foros de la república.

Presentado el proyecto que elaboraron Benito J. Guerra y José Domingo Lazo de la Vega, empezó su discusión el día 1 de julio.⁴¹ El diputado Nájera fue el primero en tomar la palabra, quien ya había presentado un voto particular contra el proyecto. Como no disponemos ni del proyecto original ni del voto particular, se dará cuenta del asunto tomando como base las discusiones. Una de las razones principales que arguyó Nájera para no votar el dictamen fue que, en el proyecto se dejaban vigentes las Ordenanzas de Minería, de tal forma que la discusión se centró sobre ellas. Al respecto, los redactores del proyecto habían especificado que estas estarían vigentes en todo lo que “no se opone al sistema vigente...” por lo cual no veían problema en su adopción. Consideraron que, desde que éstas se habían aplicado, el ramo de minería había progresado considerablemente. Sin embargo, Nájera expuso que:

...en ellas se hallan autorizados para juzgar y administrar justicia los que no son letrados ni profesores de esta ciencia y aún en el tribunal de alzadas compuesto de un letrado y dos mineros era nulo absolutamente el voto del letrado cuando estos dos conformes opinaban en contra y sentenciaban cuya práctica es contraria a lo que en general se ha establecido sobre que sean letrados los jueces: que estos inconvenientes no los puede salvar la comisión con decir que dichas ordenanzas se observen en cuanto no fueran contrarias al sistema porque esta fórmula no puede hacer que ellas muden de base, ni que el edificio construido sobre ellas deje de participar de los defectos que ellas adolecen...⁴²

El diputado Nájera se inclinaba a que las diputaciones territoriales subsistieran, para los asuntos económicos, en cambio, otros no estaban de acuerdo que se dejaran en sus manos y opinaban que solamente podrían dar un dictamen, como se ve en los comentarios que siguen:

...subsistiendo (sic) las diputaciones territoriales y encomendándoles bajo la supervisión del gobierno el conocimiento de los asuntos económicos;

⁴¹ Lazo de Vega fue miembro del Colegio de Minería y Benito José Guerra miembro prominente de El Colegio de Abogados.

⁴² Actas del Congreso Constituyente del Estado de México, t.viii, 1826, impresión a cargo de Martín Rivera, pp. 9-10.

dando por otra parte su dictamen en las primeras instancias de los asuntos contenciosos y explicando lo que debe entenderse por contenciosos se conseguirá en parte la brevedad y acierto que en el despacho se desea y estarán precavidos los enredos a que pudiera dar lugar la falta de inteligencia de la palabra contencioso...⁴³

Guerra señaló que esta era una ley provisional, pero que necesitaba de disponer no solamente de lo

...directivo, económico y gubernativo de sus atribuciones con tal sujeción al gobernador del estado. Más esto no puede verificarse sin que subsistan las reglas o leyes de las ordenanzas que dicen en relación a lo administrativo y económico del mismo ramo que son todas las que se comprenden en sus títulos a excepción de las dos que hablan de lo contencioso y del modo de proceder como se puede ver por la misma ordenanza pues todo lo de trabajo y laborío de las minas, beneficio de metales, descubrimiento, pertenencias, demasías, medidas, desagüe, compañías, operarios de minas y haciendas, surtimiento de aguas y provisiones, maquiladores y compradores de metales, aviadores y mercaderes de plata y peritos para el laborío de las minas pertenecen a lo económico y administrativo y todo esto puntualmente quieren los señores del voto particular que quede vigente y sujeto al gobierno lo cual no puede sino quedar vigente toda la ordenanza...⁴⁴

En su alegato, el diputado Guerra repasó todos los puntos importantes por los cuales debían quedar vigentes las ordenanzas. Entre las cosas más importantes, consideró imprescindible que los jueces de las tres instancias pudieran consultar con los peritos. Indicó que:

...Cuando los señores del voto particular dicen que la comisión propone el absurdo de que conozcan jueces legos de asuntos contenciosos no advierten que ese absurdo, si lo es se está practicando en muchos puntos de la república en que no hay jueces de letra. En el distrito federal el comandante general que es lego conoce con asesor de asuntos contenciosos y ejerce la jurisdicción ordinaria. Los alcaldes de los partidos donde no hay jueces de letras, conocen en los mismos asuntos consultando con asesor ...por lo mismo no sería absurdo que en los minerales donde solo hay alcalde y de donde están más lejos los jueces de letras conozcan aquellos con las diputaciones territoriales.⁴⁵

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 11.

El señor Lazo de la Vega defendió también el proyecto y alegó que muchos de los asuntos que se presentaban necesitaban de conocimientos prácticos y que era indispensable consultar a los que “... por razones de su profesión y oficio deben poseerlos...”, también señaló que las ordenanzas no debían considerarse:

...contrarias al sistema antes bien son de las más conformes entre todas las instituciones antiguas porque sus elecciones son populares, sus juicios precedidos de conciliación su método de proceder de tal manera dirigidos que se evitan mil pleitos al exigir que las cantidades controvertidas ...y por último en estos juicios es bastante la conformidad de dos sentencias, pues a esto se reduce el que conozcan en materias contenciosas las diputaciones territoriales sin que por su asociación a jueces de letras se salve esta dificultad...⁴⁶

Para superar la diferencia de opiniones, procedieron a revisar el proyecto punto por punto. Guerra preguntó si concordaban en que ¿conociese el gobierno de lo *gubernativo* y *administrativo* en el ramo de minería? ¿En qué se fundaba Nájera para no votar el dictamen? No se puede aprobar “que sujetos que no tienen conocimiento de justicia la administren”, a este punto el licenciado Lazo de la Vega comentó que si “... la principal dificultad... contra el dictamen es dar conocimiento a los legos en materias contenciosas; pero que aunque los diputados mineros no fuesen letrados tenían en este ramo más conocimientos... debía tenerse por muy útil y aún necesario para la brevedad y acierto son indispensables en este punto los prácticos conocimientos que no pueden tener otros sujetos que los que se han dedicado a este ramo ...” Señaló que en “...los puntos de derecho oscuro y se consulta entonces a un asesor ...”⁴⁷

Acordaron pasar a discutir el dictamen. El primer artículo decía:

Estará a cargo del gobernador con un consejo de gobierno directivo económico y administrativo del ramo de minería según lo ejercía el tribunal general extinguido en toda la nación.

Lazo de la Vega quiso aclarar que lo que significaba lo directivo y gubernativo, no estaba limitado a ministrar los gastos, sino a dictar providencias y vigilar sobre el cumplimiento de las leyes que benefician “...al cuerpo todo...” como cuidar las elecciones. Nájera respondió

⁴⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁷ *Idem*.

diciendo que lo que hace este dictamen es sustituir el Tribunal en el gobierno. Los opositores al proyecto no cejaban en su rechazo, de modo que las discusiones se prolongaron.⁴⁸

En la sesión del 5 de julio se leyó nuevamente el artículo 1: “Estará a cargo del gobernador del estado con su consejo, el gobierno económico, directivo y administrativo del ramo de minería según lo ejercía el Tribunal general extinguido en toda la nación.” El Sr. Oláez propuso que se quitara el último renglón a partir de “...según lo ejercía...” en la versión final se suprimieron también lo “directivo y administrativo” que se suplieron con *gubernativo*. Anotemos las dificultades que encuentran los diputados en precisar el sentido de los términos, lo que prolonga las discusiones. Al respecto el Sr. Guerra expuso que las facultades gubernativas y administrativas, significaban lo mismo. “...ambas dan a entender lo mismo”. Lazo de Vega dijo que lo *económico* no correspondía a la administración de caudales, sino que:

...bajo este nombre se comprende todo aquello que mira a la perfección y adelanto de cualquier cosa y así la aplicación de las máquinas de vapor a esta o de la otra mina a la sustitución de animales en vez de hombres... son verdaderamente económicas y aquel a cuyo cargo está dictarla no necesita ser administrador de caudales...es propio del resorte de las facultades económicas resolver la creación de una nueva diputación territorial... tampoco para esto se necesita tener fondos ni caudales...⁴⁹

Lazo de Vega también buscó explicar el uso de la palabra económica: “...todo aquello que se dirige a perfeccionar un ramo, y así los viajes por Europa, los proyectos sobre adelantos de industrias y otras cosas tienen el nombre de económicas...” Los cuestionamientos y aclaraciones no paraban, puesto que Nájera señaló: “...que los denuncios generales, aunque hayan pasado al gobierno, más bien deben pasar a los tribunales como que son puntos contenciosos...” El Sr. Guerra aclaró cuál denuncia se volvía contencioso y cuál no.

Se seguía discutiendo sobre las facultades económicas y gubernativas. El Sr. Guerra señaló que si no se les concedían a las diputaciones las facultades que les habían dado las ordenanzas no podrían estas:

...procurando el progreso y fomento del laborío de las minas de su territorio, el provecho y beneficio del denuncia de ellas, la conservación y aumento de la población, la buena administración de justicia, la felicidad

⁴⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

de los vecinos y el socorro de los miserables; que estos no podían conseguirse si no se concedía a las diputaciones territoriales no se les concedía la facultad gubernativa; pues sin alguna jurisdicción mando o potestad nada podría ejecutarse de cuanto la ordenanza previene para el caso supuesto de que las económicas no alcanzaran por la falta de fuerza y autoridad para lograr aquellos fines importantes...⁵⁰

Guerra aclaró también que todos los agentes subalternos disponían de las facultades gubernativas para desempeñar sus funciones:

...en lo de policía y administración económica, sin que por eso se diga que no están sujetos en todo al gobernador, en quien residen las facultades altas del gobierno administrativo...que las facultades puramente económicas, esto es el arreglo e inversión de los gastos de una casa y familia no han estado ni están solas en las diputaciones territoriales porque estas no son útiles más que para el gobierno interior de las casas y familias: y que las gubernativas son las que constituyen unos cuerpos políticos con el ejercicio de ciertas funciones con las cuales proceden a organizar el ramo gubernativamente: que además han ejercido y ejercen actualmente las facultades contenciosas según el artículo cuarto del título tercero en cuyo sentido o reunión de todas estas facultades es como son y se llaman diputaciones territoriales...⁵¹

Concluyó señalando que, si se les quitaban estas facultades, terminarían en nada. Si el congreso decidió que hubiera diputaciones territoriales, era necesario que tuvieran facultades gubernativas. Nájera no estuvo de acuerdo y señaló que las diputaciones territoriales no debían considerarse sino como un cuerpo de peritos, que no requieren de facultad gubernativa alguna, "...ni como se les ha supuesto han de mandar en las minas ajenas como en su casa...".⁵²

El señor Jáuregui señaló: "...las leyes dadas en la monarquía más absoluta... en donde no se hacía distinción de poderes y por lo mismo se concedía a las diputaciones territoriales unas facultades que participan de todos ellos, las cuales no pueden subsistir..." Para defender su dictamen el diputado Guerra dijo que "...sería entonces fuera de sistema el que los prefectos, alcaldes y otros funcionarios tuvieran facultades gubernativas..." Tanto Jáuregui como Nájera consideraron que, si concedían este mismo derecho de facultades a las diputaciones territoriales, podrían pedir los agricultores, los pintores, etcétera que se les

⁵⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 45.

concediese tener un cuerpo. Todo el problema era definir que, para hacer valer las facultades económicas, era necesario disponer de las gubernativas. El diputado Villa quien no había tomado la palabra aún, dijo:

...las operaciones para las que se necesitan las facultades gubernativas, las diputaciones podían desempeñarlas y los prefectos y demás autoridades políticas, sirviéndose si fuera el caso de los dictámenes de aquellos cuerpos cuyo objeto es servir de consejo al juez o al gobierno, según el caso que, si se quieren conceder estas facultades gubernativas, es necesario detallarlas o al menos dar una regla general o una definición a que se atengan para no traspasar su límites...⁵³

Finalmente, en el dictamen se mantuvieron solamente las económicas. El Sr. Guerra consideró conveniente aclarar cuáles eran las facultades gubernativas. Se refirió a los *publicistas*, para quienes la jurisdicción en general:

...no es otra cosa que la facultad de conocer y decidir; y que las dividen en contenciosa y gubernativa o privativa propia o denegada, amplia o limitada inferior o superior confiada a uno o a muchos en tribunal colegiado: o voluntaria o forzosa y por fin ordinaria o privilegiada. Y contrayéndose a la gubernativa que es el caso, era la que procedía sin figura ni estrépito o trámites de juicio en los asuntos meramente gubernativos como eran casi todos los de policía o gubernativos, de cuya definición se seguía con evidencia que la economía no es facultad como que no se comprenda en la jurisdicción de la división; y que solo es una materia en que se ejercita la gubernativa para procurar el mayor bien de la cosa que se administra, y que recae precisamente sobre los bienes o hacienda de algún particular o cuerpo político. Que en efecto estas ideas convenían bien con la definición de la economía que leyó en el diccionario, la cual no es otra cosa que; “la administración o dispensación recta y prudente de las rentas y bienes temporales; o lo que comúnmente se dice régimen o gobierno en las casas y familias”.⁵⁴

Finalmente se llegó a un acuerdo sobre la redacción del segundo artículo al cual se le retiró la palabra “gubernativo” y solamente se le dejó lo “económico”; pasaron al siguiente que era el tercero: “Ejercerán así mismo la jurisdicción contenciosa en primera instancia en unión de los jueces de letras del respectivo partido y de los alcaldes de los minerales en que no hay juez de letras con dictamen de asesor”.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 55-56.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 55.

El rechazo fue inmediato, el Señor Nájera manifestó que, cuando se trató de establecer en los juzgados a personas instruidas en el derecho por su profesión, había sido aprobada la idea generalmente por todos los señores letrados, y no había ahora a que atribuir el empeño que se ha manifestado en que ya no letrados sino legos conozcan los asuntos contenciosos de minería; ...El Sr. Guerra respondió con rapidez a este comentario, al referirse al art. 54 de la Ley de ayuntamientos en donde se dejaba en manos de los alcaldes la posibilidad de "...dictar providencias contenciosas cuando por ser urgente no se pueda ocurrir al juez del Partido..." Hizo también referencia a situaciones semejantes al recordar que también "...se tolera que los alcaldes de las cabeceras donde no hay juez de letras conozcan de las primeras instancias sobre puntos contenciosos hasta sentenciar los pleitos definitivamente...". Para defender su propuesta se refirió a que:

...el congreso general en la ley de administración de justicia del distrito y territorios, al menos por la cámara de senadores ha establecido que en los pleitos de minas y comercio se asocien los jueces con las personas que tengan conocimientos prácticos de ambas materias ...que no es absurdo... que los diputados de minería siendo legos puedan conocer con los jueces de letras en los puntos contenciosos y en que puedan hacerlo también los alcaldes constitucionales ...siendo esto muy justo y debido para la pronta administración de justicia en el ramo de minería...".⁵⁶

Lazo de Vega, para defender el dictamen, se refirió a que:

...Desde la antigüedad ha sido tratado el ramo de minería como una cosa separada de los demás y en virtud de los conocimientos especiales que requiere...casi en todas las naciones que ha habido minas ha habido también unos reglamentos separados...⁵⁷

Villa, no estuvo de acuerdo con el planteamiento,

...la razón que se ha alegado a favor del artículo lo más que se ha probado es que las diputaciones territoriales deben servir al juez como de un cuerpo consultivo que le aclare las dudas relativas al hecho; porque para el conocimiento de los hechos de minería no es absolutamente un medio indispensable el ser minero..."

En este sentido, intervino también el Sr. Martínez de Castro, quien consideró que debía haber uniformidad en las reglas "...extenderse aún

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 56-58.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

a la minería la ley... que, sin darle jurisdicción a los mineros sin hacer una ley de excepción en favor de la minería, ni incurrir en otros inconvenientes, que el juez se instruya de los hechos y el resultado del juicio sea tan acertado como pueda serlo” Finalmente la balanza se inclinó en no dar jurisdicción a las diputaciones territoriales. El Sr. Guerra expuso que esto era una grave equivocación, y que pronto se vería los males que resultarían de “...echar abajo con solo dos palabras la legislación minera y su sistema sin sustituir otra cosa que el desorden como lo manifestará muy pronto la experiencia y lo verá el congreso luego que se publique esta ley.” El Sr. Benito J. Guerra salvó su voto. El licenciado Mora no tomó para nada la palabra en los debates.

Esta intrincada discusión manifiesta, no solamente la reconfiguración de las diputaciones mineras al adoptarse en México el sistema de federal, sino también la disolución de una forma de gobernar, fundada en la existencia de corporaciones privilegiadas, en el sentido de que disponían de leyes propias que les otorgaban los atributos necesarios para regirse internamente y dirimir sus conflictos. Esto ya no era posible en el seno de un sistema de división de poderes, que requería la disolución del entramado corporativo que daba cuerpo al gobierno de antiguo régimen; sin embargo, las dudas y cuestionamientos sobre la distribución de las competencias demostraban que la solución no era todavía clara.⁵⁸ La discusión en el congreso constituyente del Estado libre de México muestra, no solamente las tendencias de los grupos políticos que conforman este congreso, sino las dificultades para dirimir y repartir las competencias anteriormente atribuidas a los cuerpos, las famosas cuatro causas, en el caso concreto de una de las corporaciones más importantes para la economía de la nueva nación. Finalmente, la ley fue votada el 28 de julio de 1826, con el encabezado: “El Congreso Constituyente del Estado de México con el objeto de arreglar provisionalmente el ramo de la minería, ha decretado lo siguiente: ...”.⁵⁹ (Ver Anexo 1). Sin embargo, en el artículo segundo se lee: “Continuarán las diputaciones territoriales de los minerales del estado, ejerciendo con entera sujeción al gobierno las facultades *económicas*, que hasta ahora han ejercido”. Hemos visto, en las discusiones de esta ley, el contenido que se da a este término, que fluctúa entre los dos ámbitos de su competencia: la *casa* y el *fomento*, que traducido a la doctrina correspondería

⁵⁸ Ver entre otros trabajos que tratan este tema Rojas, Beatriz (coord.), *Cuerpo político y pluralidad de derechos: los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, Instituto Mora, CIDE.

⁵⁹ Tellez González, *op.cit.*, p. 226.

a la “oconomía y a la economía política”, esto también debe llevarnos a reflexionar sobre el momento crucial de un término tan importante y los cometidos que se dejan en manos de las diputaciones territoriales.⁶⁰

Reflexiones finales

La dificultad para definir el sentido de los términos usados para la organización y distribución de competencias manifiesta la complejidad de la transición que se vive en esos años. Resaltamos los comprendidos en las llamadas cuatro causas, y en particular la introducción de la palabra *administrativo*. Si bien era comúnmente utilizada, ahora se emplea con una nueva connotación, aún confusa, lo que, en mi opinión, causa problemas de indefinición a la hora de señalar las competencias, no solamente entre las autoridades de los diferentes poderes, sino también en los diferentes niveles de gobierno, inclusive entre las antiguas corporaciones privilegiadas. En su momento sucedió algo semejante con la palabra *gubernativo*, que para estas fechas —1826— parece haber quedado ya asumida e integrada.⁶¹ Sería pertinente seguir el uso de estos términos, para registrar cómo se van construyendo y delimitando los campos de los poderes; esto podrá ayudarnos a esclarecer el camino de la transición, que hasta hace poco dábamos por hecho a partir de la adopción del sistema constitucional.

Bibliografía

Actas del Congreso Constituyente del Estado libre de México, revisadas por el mismo Congreso e impresas de su orden, t.viii, 1826, imprenta a cargo de Martín Rivera.

AGÜERO, Alejandro, *Tradición jurídica y discursividad política en la formación de una cultura Estatal. Trayectorias Rioplatenses siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2019.

AGÜERO, Alejandro, “Historia política e Historia crítica del derecho. Convergencias y divergencias”, *Polhis*, año 5, núm.10, pp. 81-88.

⁶⁰ Zamora, Romina, “El discurso económico en Navarra. Economía doméstica y economía política, en dos tratados de finales del siglo XVIII”, en *Discursos y contra discursos en el proceso de modernidad. Siglos XVI-XIX*, José Ángel Achón Insausti y José María Imizcoz Beunza (coords.), 2019, pp. 475-509; Portillo, José, “Entre la historia y la Economía política. Orígenes de la cultura del constitucionalismo” en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo Hispano*, Carlos Garriga (coord.), México, Instituto Mora, 2010, pp. 27-57.

⁶¹ Rojas, Beatriz, “De las cuatro causas a la división de poderes. Las provincias mexicanas: 1786-1835” *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. xc, 2020, pp. 295-328.

- CONTRERAS, Carlos, “Las Ordenanzas de minería de 1783. La polémica entre Gamboa y el Tribunal de Minería” *Historias*, núm. 33, 2003, pp. 39-54.
- DIEGO-FERNANDEZ, Rafael *et al.*, *Casuismo sistémico. La Real Ordenanza de Intendentes frente a la realidad americana*, Rafael Diego-Fernández Sotelo, Martín Escoberdo Delgado, José Luis Alcauter Guzmán (eds), México, El Colegio de Michoacán, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2021.
- ENCISO, José, “La diputación de minas en Zacatecas en el siglo xvi”, *Memoria del Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, 1995.
- ENCISO, José, “Las ordenanzas de minería de 1550 para la Nueva Galicia”, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/2953/26658> (fecha de consulta: 27 de abril de 2023).
- FLORIS, Guillermo, “Las fuentes del derecho mercantil novohispano”, México, UNAM, IJ, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/121/pr/pr22.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2023).
- Francisco de Toledo. Disposiciones Gubernativas para el virreinato de Perú: 1569-1574*, Introducción Guillermo Lohmann Villena, transcripción Ma. Justina Sarabia Viejo, Escuela de Estudios Hispano-americanos, CSIC, Sevilla, 1984.
- GARRIGA, Carlos, “El gobierno de la Justicia en Indias siglo xvi-xviii”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 34, 2006.
- GAVIRA, María, “Instrucciones para la elección de diputados y sustitutos en las diputaciones mineras novohispanas, 1790”, *Oficio. Revista de Historia e interdisciplina*, Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.15174/orhi.vi15.243>
- GONZÁLEZ, María del Refugio, *Ordenanzas de Minería de la Nueva España, formadas y propuestas por su Real Tribunal*, México, UNAM, IJ, 1996, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9158> (fecha de consulta: 27 de abril de 2023).
- MARTÍNEZ, Fernando, (ed.) *Constitución en Cortes. El debate constituyente 1811-1812*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- MOLINA, Miguel, “Problemática en torno a la legislación minera peruana a fines de la colonia”, *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada*, núm. 26, 1999.
- MOLINA, Miguel, “Legislación minera colonial en tiempos de Felipe II”, en MORALES, Francisco (coord.), *III Coloquio de Historia Cana-*

- rio-americana; VIII Congreso Internacional de Historia de América 1998 (AEA)*, Ediciones del Cabildo de Gran Canaria, 2000.
- MONCADA, Omar, “El ingeniero militar Miguel Constanzó en la Real Academia de Bellas Artes de San Carlos de la Nueva España” *Scripta Nova*, vol. VII, núm. 136, 2003.
- Ordenanzas de Minería*, París, Imprenta de E. Donnaud, 1870.
- PORTILLO, José Ma., *Una historia atlántica de los orígenes de la Nación y del Estado, España y las Españas en el siglo XIX*, Alianza, 2022.
- PORTILLO, José Ma., “Entre la historia y la Economía política. Orígenes de la cultura del constitucionalismo”, *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo Hispano*, Carlos Garriga (coord.), México, Instituto Mora, 2010.
- ROJAS, Beatriz, “De las cuatro causas a la división de poderes. Las provincias mexicanas: 1786-1835”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2020.
- ROJAS, Beatriz (coord.), *De caminos y puentes: ordenamiento territorial de la Nueva España*, México, Instituto Mora, El Colegio de Michoacán, 2021.
- ROJAS, Beatriz, *Cuerpo político y pluralidad de derechos: los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, Instituto Mora, CIDE, 2007.
- ROJAS, Beatriz, “La transición del antiguo régimen colonial al nuevo régimen republicano, en la historiografía mexicana, 1750- 1850”, *Procesos constitucionales mexicanos, La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, 2017.
- SANJURJO, Inés, “Jueces y régimen de minas en la villa de San José de Jáchal, jurisdicción de San Juan. Entre la dependencia de la Junta de Poblaciones de Santiago y las autonomías provinciales (1750-1830)”, *Biblioteca Digital de la Universidad Católica de Argentina, Res Gesta*, núm. 54, 2018.
- SOUTO, Matilde, “Creación y disolución de los consulados de comerciantes de la Nueva España”, *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 32, 2006.
- TELLEZ, Mario, *La Legislación Minera en el Estado de México. 1824-1888*, México, El Colegio Mexiquense, LII Legislatura del Estado de México, 1996.
- VILLALBA, Margarita, “El acaparamiento del suelo: conflictos y justicia en Guanajuato en las últimas décadas del Siglo XVIII y principios del XIX” *Revista Historia y Justicia*, 2017.
- ZAMORA, Romina, “El discurso económico en Navarra. Economía doméstica y economía política, en dos tratados de finales del siglo

xviii”, en *Discursos y contra discursos en el proceso de modernidad. Siglos XVI-XIX*, José Ángel Achón Insausti y José María Imizcoz Beunza (coords.), 2019.

ZAMORA, Romina, “El alfarero y el barro: la Constitución *Oeconomica* en Tucumán” en Alejandro Agüero (coord.), *Tradición Jurídica y Discursividad en la formación de una cultura Estatal. Trayectorias rioplatenses siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2019.

Anexo 1

NUM. 69.

DECRETO DE 28 DE JULIO DE 1826.

Sobre minería.

El Congreso constituyente del Estado de México, con el objeto de arreglar provisionalmente el ramo de la minería, ha decretado lo siguiente:

Art. 1.º Estará por ahora á cargo del gobernador del Estado lo económico y gubernativo del ramo de minería.

Art. 2.º Continuarán las diputaciones territoriales de los minerales del Estado, ejerciendo con entera sujecion al gobierno las facultades económicas, que hasta ahora han ejercido.

Art. 3.º Los jueces de letras conocerán en primera instancia de lo contencioso en minería, oyendo el dictámen de la respectiva diputacion territorial.

Art. 4.º Los jueces de apelacion conocerán de las segundas instancias, oyendo el dictámen de las personas nombradas una por cada parte.

Art. 5.º Las personas nombradas por las partes deberán estar presentes para el dia en que haya de verse el negocio, y en caso de falta de alguna de ellas, el tribunal nombrará á quien tenga por conveniente.

Art. 6.º El tribunal de tercera instancia conocerá en este grado

© Biblioteca Nacional de España

de los asuntos que ocurran, oyendo el dictámen de las personas nombradas por las partes, si éstas quisieren nombrarlas.

Art. 7.º Solo se reputará contencioso el asunto en que haya oposicion de partes.

Lo tendrá entendido el gobernador del Estado y dispondrá su cumplimiento, haciéndolo imprimir, publicar y circular. Dado en México, á 28 de Julio de 1826.—*Francisco de las Piedras*, presidente.—*Antonio de Castro*, diputado secretario.—*Pedro Martínez de Castro*, diputado secretario.

RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES RELEVANTES

**Tema:
Prisión preventiva oficiosa**

**Sentencia de la Corte Interamericana
“Caso Tzompaxtle Tecpile y otros contra México”:
repercusiones sobre la prisión preventiva oficiosa**

***Decision of the Inter-American Court of Human Rights
“Caso Tzompaxtle Tecpile y otros contra México”:
repercussions on mandatory custody***

ITALO REYES ROMERO
Universidad Anáhuac México, México
italo.reyes@anahuac.mx
<https://orcid.org/0000-0003-2198-3803>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.06>

RESUMEN

A finales de 2022, la Corte Interamericana condenó a México por infracciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en la aplicación de la figura del arraigo y de la prisión preventiva. Por tal razón, este comentario, por un lado, revisa los argumentos de la Corte para llegar a esa decisión y, por otro, aplica ese razonamiento a la actual figura de la prisión preventiva oficiosa para evaluar su conformidad con estándares internacionales.

Palabras clave: arraigo, prisión preventiva oficiosa, proporcionalidad, medida cautelar.

ABSTRACT

At the end of 2022, the Inter-American Court of Human Rights convicted Mexico for violations of the American Convention in the application of “arraigo” and “prisión preventiva” (custody). For this reason, this commentary, on the one hand, reviews the Court’s arguments to reach that decision and, on the other hand, applies that reasoning to the current figure of prisión preventiva oficiosa (mandatory custody) to assess its conformity with international standards.

Keywords: *arraigo, mandatory custody, proportionality, precautionary measure.*

Introducción

El 7 de noviembre de 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a México por el “Caso Tzompaxtle Tecpile y otros” ante violaciones a derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). En específico, la Corte consideró que los derechos infringidos por México en el presente caso fueron el derecho a la libertad personal (arts. 7.1, 7.3 y 7.5 CADH), el derecho a la presunción de inocencia (art. 8.2 CADH) y el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 8.2.g CADH) por la aplicación de las figuras del *arraigo* y de la *prisión preventiva* en perjuicio de Gerardo Tzompaxtle Tecpile, Jorge Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López (en adelante, las víctimas).

La argumentación de la Corte resulta de gran interés por dos razones. En primer lugar, se refiere explícitamente a la figura del *arraigo*, la cual actualmente sigue estando regulada en términos similares en el ordenamiento mexicano. De tal manera, tiene efectos interpretativos directos sobre la razonabilidad de la figura. En segundo lugar, la sentencia solo se refiere directamente a la *prisión preventiva a secas*, no a la polémica figura de la *prisión preventiva oficiosa*, pues ella aún no estaba reconocida en los cuerpos legales mexicanos en el momento de los hechos que dan origen al caso. Sin embargo, es posible utilizar las razones ofrecidas por la Corte para valorar interpretativamente la permisibilidad de la *prisión preventiva oficiosa*, en atención a los estándares de derechos humanos establecidos en el ámbito interamericano.

Por lo tanto, este breve comentario asumirá la siguiente estructura. El capítulo I revisará los hechos del caso. El capítulo II analizará los

argumentos de la Corte para considerar que el arraigo y la prisión preventiva impuestos contra las víctimas fueron contrarios a los derechos humanos reconocidos en la Convención. El capítulo III observará las consecuencias que tiene la argumentación de la Corte para la prisión preventiva oficiosa. Finalmente, el capítulo IV planteará las conclusiones derivadas de la argumentación y el panorama a futuro.

*Hechos del caso*¹

El 12 de enero de 2006, en el Estado de Veracruz, las víctimas Gerardo Tzompaxtle Tecpile, Jorge Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López tuvieron un desperfecto mecánico con su vehículo y requirieron la ayuda de la Policía Federal Preventiva. Sin causa legal y sin orden de autoridad, los policías revisaron las pertenencias y el vehículo de las víctimas y encontraron varios documentos y panfletos que hacían presumir que los sujetos pertenecían al grupo Comando Popular Revolucionario “La Patria es primero”, un grupo de carácter guerrillero y terrorista. Ante ello, los policías los detuvieron y trasladaron a la comisaría más cercana.

El 16 de enero de 2006, cuatro días después de su detención, se suspendió una primera investigación contra las víctimas por un eventual secuestro en virtud de falta de evidencias. Sin embargo, se inició seguidamente otra investigación en su contra por un delito en oposición a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en la modalidad de terrorismo. Por ello, las víctimas fueron liberadas para ser inmediatamente detenidas nuevamente ahora por la Unidad Especializada en Investigación de Terrorismo, Acopio y Tráfico de Armas (UEITA).

Al día siguiente, el fiscal de la UEITA solicitó orden de arraigo por noventa días, el cual fue aprobado el 18 de enero de 2006 por el Juez 14 de Distrito de Procesos Penales Federales.

Antes de que se cumpliera el plazo del arraigo, el 10 de abril de 2006, el Ministerio Público ejerció acción penal en contra de las víctimas por un delito de terrorismo, solicitando orden de aprehensión en su contra. El Juzgado 12 de Distrito dio lugar a lo solicitado, de modo que el 17 de abril se cumplió con la orden de aprehensión y se puso a las víctimas a disposición del juez. Con esta diligencia concluyó el arraigo contra las víctimas, más de tres meses después de la primera detención.

¹ Los hechos del caso están descritos en detalle en Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, sentencia del 7 de noviembre de 2022, párr. 47 y ss.

El 22 de abril de 2006, el Juez Tercero de Distrito de Procesos Penales dictó un auto formal de prisión en contra de las víctimas por un delito de terrorismo establecido en la Ley Federal contra Delincuencia Organizada. A consecuencia de ello, los sujetos fueron puestos en prisión preventiva en un reclusorio en Ciudad de México.

Se realizó el proceso en su contra y, el 14 de mayo de 2008, el Juez Décimo Segundo de Distrito condenó a las víctimas por los delitos de cohecho y de infracción a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada por tener la finalidad de cometer terrorismo. La pena total impuesta fue de cuatro años y tres meses de prisión.

No obstante, las víctimas interpusieron un recurso de apelación contra el fallo y, el 16 de octubre de 2008, el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Séptimo Circuito resolvió la apelación y decidió finalmente *absolver* a las víctimas por el delito de terrorismo. Dado que ya habían purgado la pena del cohecho (tres meses de prisión), el Tribunal ordenó la inmediata liberación de las víctimas, luego de pasar 2 años, 9 meses y 5 días privados de su libertad.

El arraigo y la prisión preventiva bajo el juicio de la Corte Interamericana

Principios generales sobre medidas cautelares

La Corte analiza si las figuras del arraigo y de la prisión preventiva constituyen una infracción a los derechos reconocidos en la Convención Interamericana. Para ello, primeramente, establece los principios aplicables a cualquier medida cautelar restrictiva de libertad.

En su opinión, una medida cautelar de este tipo se caracteriza por imponer una restricción de libertad a un sujeto antes de un pronunciamiento sobre su culpabilidad (o no culpabilidad) respecto de un determinado delito. Ello obliga a establecer estándares estrictos para evitar la infracción de derechos humanos básicos como la libertad y la presunción de inocencia, pues tales medidas cautelares se imponen siempre sobre un sujeto que debe ser entendido y tratado como inocente.

En este sentido, la Corte establece tres requisitos necesarios que debe cumplir cualquier medida cautelar. En primer lugar, deben existir presupuestos materiales vinculados con la existencia de un delito y con la responsabilidad del imputado.² Es decir, el órgano persecutor debe

² Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, sentencia del 7 de noviembre de 2022, párr. 97, 100.

ofrecer indicios suficientes de que el delito se cometió y de que el sujeto es el responsable al respecto. En segundo lugar, la medida cautelar debe aprobar el (así llamado) “test de proporcionalidad”. Y, en tercer lugar, la decisión que impone la medida cautelar debe estar suficientemente motivada, con el objetivo de que se pueda evaluar si se cumplen con los requisitos previos.³

El test de proporcionalidad es el criterio más importante que utiliza la Corte para valorar la pertinencia de una medida cautelar. Dado que la regla debe ser siempre la libertad del imputado durante el proceso, pues aún no es entendido como culpable, debe examinarse detalladamente la finalidad y proporcionalidad de la medida. En ese sentido, la finalidad de tal medida debe ser compatible con la Convención. Es decir, no se aceptan medidas cautelares que tengan una finalidad punitiva o rehabilitadora del imputado. La finalidad de la medida, como su nombre bien lo señala, debe ser cautelar o garantizar el desarrollo del proceso. La Corte así lo señala explícitamente: “[l]a medida solo se debe imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo, a saber: que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.⁴

Establecida la finalidad legítima de la medida, deben analizarse tres elementos: su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. De ahí que la medida cautelar en concreto no solo debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido, sino que también debe ser necesaria para ello. Este requisito de necesidad implica que la medida debe ser absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar tal fin.⁵ Si existen otros mecanismos que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos del imputado, la medida en análisis no puede entenderse como necesaria.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto radica en un análisis de los intereses en juego, de manera que el sacrificio implicado en la restricción de la libertad del imputado no puede ser “exagerado o desmedido” frente las ventajas que siguen del cumplimiento de la finalidad perseguida.⁶ Solo cumpliendo estos tres elementos, la Corte afirma que la medida “ha pasado el test de proporcionalidad” y su imposición resulta legítima.

³ *Ibidem*, párr. 97.

⁴ *Ibidem*, párr. 105-106.

⁵ *Ibidem*, párr. 105 y 110.

⁶ *Ibidem*, párr. 105.

Sobre el arraigo

En términos muy generales, el arraigo es una medida restrictiva de libertad que se impone sobre un sujeto que todavía no ha sido vinculado a proceso alguno, con el propósito de evitar su fuga o de realizar algunas diligencias de investigación, las cuales podrían verse obstaculizadas por su libertad. En ese sentido, el arraigo opera como una diligencia de investigación que realiza el Ministerio Público.⁷ En la regulación vigente al momento de los hechos del caso, el arraigo no podía exceder los noventa días.

Lo problemático del arraigo es que se ejecuta sobre una persona que aún no es parte efectiva del proceso y, por lo tanto, no puede ejercer los derechos y garantías que cualquier imputado tiene reconocidos en la regulación legal y constitucional. Por ello, el legislador mexicano solo tolera la utilización de la figura del arraigo como diligencia de investigación en los delitos más graves, en especial aquellos regulados por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Bajo los estándares de la Corte Interamericana, resulta de especial relevancia que el procedimiento de otorgamiento e imposición del arraigo no contempla ninguna instancia en que se escuche a la persona investigada, en donde tenga la posibilidad de controvertir los argumentos planteados por el Ministerio Público. Simplemente el órgano persecutor solicita justificadamente el arraigo ante algún tribunal y el tribunal debe decidir si otorgarlo o no. De tal manera, en opinión de la Corte, el arraigo supone una violación flagrante al derecho a ser oído y al derecho a ser llevado ante un juez.⁸

Asimismo, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada —que fundamentó el arraigo en los hechos del caso— planteaba que la finalidad de esta figura radica en que “el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo” (artículo 12 de la Ley).⁹ Es decir, se establecía la restricción de la libertad del sujeto hasta que acepte “aclarar” los hechos investigados. La única manera de entender tal “aclaración” es una declaración del investigado en relación con los hechos atribuidos, lo que conlleva naturalmente un forzamiento de su declaración y, por ende, una infracción

⁷ Dagdug, Alfredo, “Las medidas cautelares personales y reales”, en Gómez Colomer (coord.), *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 467 y s.

⁸ Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México...*, cit., párr. 127-130.

⁹ Ese artículo fue modificado desde el tiempo de los hechos. La frase entre comillas que resulta de especial interés para la Corte ya no se encuentra vigente.

al derecho de cualquier imputado de no declarar contra sí mismo.¹⁰ La negativa a declarar en su contra implica la mantención de la restricción de su libertad y de la situación de indefensión al no poder ejercer sus garantías fundamentales.

Al entrar en el análisis de los requisitos básicos de cualquier medida cautelar, la Corte comienza considerando los presupuestos materiales del delito en cuestión. En este caso, la Corte observa que los tribunales competentes sí analizaron la existencia de indicios suficientes de ocurrencia del ilícito y de responsabilidad de los sujetos. Sin embargo, las normas sobre el arraigo no indican con claridad cuáles son los presupuestos materiales que deben ser cumplidos para restringir la libertad de los arraigados, lo que implica una afectación a sus derechos fundamentales.¹¹

Posteriormente, se evalúa la finalidad que persigue la figura del arraigo para determinar si es una finalidad compatible con lo establecido por la Convención Interamericana. Del estudio de las normas que autorizan el arraigo, es claro que su finalidad es desarrollar la investigación en contra del arraigado para luego formular una imputación en su contra. Esto es sumamente problemático, pues invierte el devenir apropiado de cualquier investigación: mientras lo razonable es que primero se investigue y luego se restrinjan los derechos del investigado en virtud de evidencias encontradas durante tal investigación, el arraigo implica una restricción de derechos para que el ente estatal pueda realizar la investigación. De tal manera, el sospechoso sometido a arraigo es instrumentalizado por el ordenamiento jurídico para la obtención de pruebas sobre su propia responsabilidad.¹² Ello implica una clara violación de derechos fundamentales del sujeto afectado, en especial su libertad personal y presunción de inocencia.

En atención a lo ilegítimo de la finalidad del arraigo, la Corte considera que ni siquiera procede seguir examinando los elementos del test de proporcionalidad, pues la vulneración de la Convención Americana resulta incontestable.

Sobre la prisión preventiva

Las víctimas estuvieron en prisión preventiva por más de dos años antes de que se declarara su absolución por los cargos de terrorismo.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México...*, cit., párr. 134.

¹¹ *Ibidem*, párr. 140-141.

¹² *Ibidem*, párr. 145-146.

Fundamental es reiterar que la Corte no se pronuncia directamente sobre prisión preventiva oficiosa porque ella no existía al momento de los hechos.¹³

En la regulación sobre prisión preventiva aplicada sobre las víctimas (a saber, el Código Federal Procesal Penal de 1999), se establecía como requisito la existencia de indicios suficientes sobre el cuerpo del delito y sobre la responsabilidad del inculpado, de manera que está satisfecha la exigencia de presupuestos materiales. Sin embargo, la norma no hace ninguna referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a la necesidad de buscar otras medidas cautelares menos lesivas para los derechos de los imputados.

De tal manera, la prisión preventiva estaba configurada como una pena anticipada, no como una medida cautelar. Ello supone una clara vulneración de los derechos básicos de las víctimas, pues se impone un castigo antes de la determinación procesal de culpabilidad en la forma de una condena. Incluso el mismo Estado mexicano en su contestación indicó que la prisión preventiva “busca tener un efecto preventivo y disuasivo”,¹⁴ lo que es contrario a la finalidad cautelar que la prisión preventiva debe tener de acuerdo a los estándares interamericanos. Antes de la declaración de culpabilidad, la restricción de la libertad del imputado solamente puede apuntar a garantizar el desarrollo del procedimiento o a asegurar su concurrencia; en ningún caso, puede aceptarse una finalidad de disuasión, rehabilitación o castigo al imputado.

Evidentemente, el ordenamiento procesal penal fue modificado desde el 2006 y actualmente el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CNPP) sí regula la prisión preventiva de un modo más cercano a los estándares internacionales. El artículo 167 CNPP establece específicamente las finalidades cautelares que puede tener la prisión preventiva (justificada). El problema está en el actual reconocimiento de la prisión preventiva oficiosa, la cual será el objeto de análisis del siguiente capítulo.

¹³ En término textuales: “El alegato de los representantes se refiere a la figura de la prisión preventiva oficiosa que, según arguyen, sería contraria a varias disposiciones de la Convención Americana. La Corte advierte que esta figura no fue aplicada al caso concreto, por esta razón no corresponde entrar en su análisis”. Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México...*, cit., párr. 158.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 163.

La prisión preventiva oficiosa bajo los principios de la Corte Interamericana

Elementos básicos de las medidas cautelares y de la prisión preventiva oficiosa

Debido a la imposibilidad de pronunciarse directamente sobre la prisión preventiva oficiosa, la Corte señala, en la sección de “Garantías de no repetición”, que considera a esta figura como problemática, pues impone prescriptivamente la privación de libertad durante el proceso para delitos graves, pero “sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso”.¹⁵ Asimismo, la Corte ordena a México a adecuar su ordenamiento jurídico para que sea compatible con la Convención Americana.¹⁶

Por lo tanto, es posible y necesario evaluar la figura de la prisión preventiva oficiosa bajo los principios básicos planteados en el capítulo previo. Para ello, primeramente, se deben señalar las características básicas de la prisión preventiva oficiosa de acuerdo a la regulación actual.

El CNPP entiende a la prisión preventiva como una clase de medida cautelar, la más intensa de todas ellas. En general, las medidas cautelares están reguladas en los artículos 153 a 164 y, en especial, resulta de relevancia el artículo 153, pues allí se establecen explícitamente las finalidades que debe tener cualquier medida cautelar: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de víctima o testigos y evitar la obstaculización del procedimiento. Todas son finalidades vinculadas directamente con el desarrollo del proceso y, en ese sentido, propiamente cautelares.

En consecuencia, el legislador entiende que las medidas cautelares se imponen sobre un imputado aún no condenado y, por lo tanto, que debe considerarse como inocente, de modo que establece una serie de garantías para evitar abusos y vulneraciones en contra de sus derechos fundamentales. Por ejemplo, en atención a la preocupación de que las medidas cautelares se utilicen como “castigos anticipados”, se señala expresamente que “[l]as medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada” (artículo 155 CNPP, párrafo final). Asimismo, se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad y de idoneidad en su imposición (art. 156 CNPP), el deber de fundamentación de cualquier

¹⁵ *Ibidem*, párr. 213.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 217.

resolución que acepte una medida cautelar (art. 159 CNPP) o la posibilidad de revisión de la medida cautelar cuando las condiciones objetivas hayan cambiado (art. 161 CNPP).

Respecto de la prisión preventiva, obviamente se aplican las garantías generales de toda medida cautelar, pero se incluyen una serie de protecciones adicionales en atención a su carácter extremo de medida privativa de libertad. Así, la prisión preventiva solo puede imponerse por delito que merezca pena de prisión, nunca puede exceder el tiempo máximo de la pena y su plazo máximo es de dos años. En el mismo sentido, el legislador establece explícitamente en el artículo 167 CNPP, en primer lugar, el principio de excepcionalidad y última ratio de la prisión preventiva y, en segundo lugar, cuáles son las finalidades legítimas para su imposición, a saber: garantizar la comparecencia del imputado en juicio y el desarrollo de la investigación; proteger a la víctima, los testigos o la comunidad; y cuando el imputado haya sido condenado previamente por un delito doloso. Esto implica que el Ministerio Público queda, en principio, obligado a justificar ante el Juez de Control de qué manera la privación de la libertad del imputado es necesaria en atención a tales finalidades.

No obstante, el mismo Código —con base en el art. 19 de la Constitución— autoriza a que el Juez de Control ordene la prisión preventiva *de manera oficiosa* en caso de delitos graves, los cuales están especialmente listados en la ley. Esto ha sido interpretado casi unánimemente por la doctrina y jurisprudencia en que el juez debe imponer la prisión preventiva *automáticamente* y sin necesidad que el Ministerio Público justifique la medida.^{17,18} Es decir, no es necesario realizar el análisis de necesidad y proporcionalidad básico para cualquier medida cautelar, de manera que el imputado resultará privado de su libertad durante el desarrollo del procedimiento.

¹⁷ Véase, por todos, Dagdug, Alfredo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3a. ed., Ciudad de México, Ubijus, 2021, pp. 865 y s.; Díaz-Aranda, Enrique, "Prisión Preventiva", *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, núm. 11, 2020, pp. 27 y ss.; Garduño, Joel, "La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar", *Nova Iustitia*, año v, núm. 20, 2017, pp. 127 y ss. Críticos con la figura, pero reconociendo su aplicación automática, véase Vázquez, Alejandro, "La prisión preventiva: antinomia al derecho humano de presunción de inocencia", *Jus Derecho-Sociedad-Estado*, núm. 13-14, 2021, pp. 27 y ss.; Arteaga, Miguel Ángel, "La prisión preventiva en el sistema acusatorio mexicano", *Iuris Tantum*, núm. 32, 2020, pp. 6 y ss.

¹⁸ Una excepción a la posición dominante la establece Ramírez ("Prisión Preventiva Oficiosa. ¿Oficiosamente? ¿Debe justificarse?", *Revista mexicana de Ciencias Penales*, núm. 17, 2022, pp. 133 y ss.), quien asume una interesante interpretación de la prisión preventiva oficiosa: la oficiosidad de la prisión preventiva radica simplemente en que el juez puede entrar a analizarla *sin petición de parte*. Sin embargo, ello no impide que el Ministerio Público fundamente la medida y que, eventualmente, el juez pueda rechazarla cuando no se justifique.

De tal manera, en atención a la necesidad de justificación de la medida cautelar, es posible distinguir entre la *prisión preventiva justificada*, en donde tal justificación es obligatoria para el Ministerio Público, y la *prisión preventiva oficiosa*, en donde la ley prescinde de tal justificación en atención a la gravedad de ciertos delitos.

Solo cuando la prisión preventiva oficiosa no resulta apropiada para perseguir las finalidades ya señaladas, el Ministerio Público puede solicitar que se sustituya por otra medida menos gravosa. En otras palabras, el legislador invierte la exigencia de fundamentación: si, para que se imponga una medida cautelar, el Ministerio Público debe justificar detalladamente su otorgamiento, en el caso de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, esta se otorga por defecto y, en su caso, el Ministerio Público podrá justificar por qué no sería necesaria y así evitar su imposición.

Valoración crítica de la prisión preventiva oficiosa

Si bien la Corte no pudo pronunciarse directamente sobre la prisión preventiva oficiosa, sí estableció una serie de principios básicos relativos a las medidas cautelares que pueden aplicarse interpretativamente a la figura para valorarla de acuerdo con los estándares internacionales.¹⁹ En atención a la argumentación de la Corte Interamericana, dividiré el análisis en cuatro elementos.

a) El primer requisito que establece la Corte para la legitimidad de medidas cautelares es la satisfacción de *presupuestos materiales del delito y de la responsabilidad* del imputado. Es decir, deben existir indicios suficientes dentro del proceso en orden a afirmar que el sujeto ha cometido un hecho delictivo y que tal sujeto es responsable por ese hecho.

A pesar de la regulación exhaustiva del CNPP sobre las medidas cautelares en general, no existe una norma concreta que exija explícitamente la existencia de indicios suficientes sobre el delito y responsabilidad del imputado.²⁰ Esto es bastante sorpresivo, pues el Código trata

¹⁹ Véase *supra* cap. II.1.

²⁰ En otros países, la exigencia de indicios suficientes está establecida expresamente. Por ejemplo, en Chile (Art. 140 del Código Procesal Penal. Art. 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. [...] a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor [...]) o en Colombia (Art. 308 Código de Procedimiento Penal. Art. 308. Requisitos [de la detención preventiva]. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y

de restringir fuertemente la facultad de otorgamiento de las medidas cautelares.

Si las reglas del Código se interpretan ampliamente, sería posible “encontrar” esta exigencia en el principio de “mínima intervención”, el cual sí está expresamente regulado (artículo 156 CNPP). Es decir, la medida cautelar solo puede ser impuesta cuando, por un lado, esté completamente justificado que resulta idónea y proporcional para las finalidades del proceso y, por otro, que otras medidas cautelares menos intensas no resulten suficientes. A pesar de que esto apunta también a otros requisitos del test de proporcionalidad, podría plantearse que, si no se justifican los indicios mínimos de existencia de delito y responsabilidad, entonces no se estaría cumpliendo con el principio de mínima intervención.

Más allá de esta interpretación “excesivamente” caritativa con el legislador, parece completamente necesario que el Código Nacional de Procedimientos Penales integre expresamente este requisito en su regulación. Así, no quedarían dudas en la satisfacción de los estándares internacionales.

Ahora bien, respecto de la prisión preventiva oficiosa, la infracción de este requisito es evidente, pues se excluye cualquier fundamentación sobre los indicios del delito y de la responsabilidad al presumir simplemente su concurrencia. Ello contradice específicamente los criterios establecidos por la Corte.

b) En segundo lugar, la Corte exige que la finalidad de la medida cautelar cumpla con los cuatro elementos del *test de proporcionalidad* (finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Dado el carácter cautelar de la medida, las finalidades legítimas solo son el impedimento de fuga, la protección del procedimiento y la seguridad de víctima y testigos.

La regulación general del CNPP sobre medidas cautelares cumple con esos estándares, pues se respetan las finalidades cautelares (art. 153 CNPP) y los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 156 CNPP). No obstante, la situación cambia cuando revisamos específicamente la prisión preventiva.

De acuerdo con la Corte, la justificación de las finalidades legítimas y el test de proporcionalidad no pueden presumirse, sino que tienen que ser explicitadas y fundamentadas por las autoridades competentes. Por lo tanto, es evidente que la prisión preventiva oficiosa no

evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga [...]).

cumple de ninguna manera esta exigencia. Al otorgar automáticamente la prisión preventiva, no se examina si esta es idónea, necesaria y proporcional en el caso concreto.

Pero, incluso la prisión preventiva justificada enfrenta problemas en este ámbito, pues el Código autoriza su imposición por el solo hecho de que el imputado sea reincidente (art. 167 CNPP). Esto carece de cualquier vinculación con una finalidad cautelar, pues que el imputado sea reincidente no implica necesariamente un peligro de fuga o un peligro para el proceso, de manera que no se justifica esta causa de procedencia. En el fondo, la causal de reincidencia también está presumiendo la existencia de un riesgo para el procedimiento, lo cual es inaceptable desde el punto de vista de los derechos fundamentales del imputado.

c) La tercera exigencia consiste en que el tribunal tiene un *deber de fundamentación suficiente* que permita evaluar si se satisfacen las condiciones planteadas. La regulación general sobre medidas cautelares establece específicamente este requisito (art. 159 CNPP). Sin embargo, no caben dudas que este requisito es directamente infringido por la prisión preventiva oficiosa, pues toda la justificación político-criminal de la figura radica en privar al juez de la necesidad de explicar por qué considera justificada la privación de libertad de una persona considerada inocente durante el procedimiento. Sobre los delitos graves especialmente enumerados, el juez no está obligado a fundamentar, lo que atenta directamente contra la presunción de inocencia y el derecho a libertad del imputado.

d) Por último, la argumentación de la Corte supone que cualquier medida cautelar debe tener —valga la redundancia— un *carácter exclusivamente cautelar* del procedimiento. La medida cautelar no puede utilizarse para castigar anticipadamente al imputado, sino que siempre debe apuntar a garantizar la finalidad de un desarrollo adecuado del proceso penal.

A la luz de la regulación de la prisión preventiva oficiosa, es posible concluir razonablemente que no se impone para proteger finalidades cautelares —como sí se hace respecto de la prisión preventiva justificada—, sino principalmente para ya establecer un castigo a un imputado de ciertos delitos graves. En otras palabras, dado que el delito es de una entidad suficiente, el constituyente y el legislador determinan que el imputado —aún no condenado— debe tolerar una medida excesivamente intensa e intrusiva en sus derechos fundamentales. No es posible observar el carácter cautelar de la prisión preventiva oficiosa, pues no hay una argumentación del Ministerio Público en atención a la garantía del procedimiento, ni un control judicial que pueda decidir

cuándo esa finalidad cautelar se justifica en el caso concreto. Por lo tanto, no se puede afirmar el carácter cautelar y parece razonable entenderla como una anticipación punitiva. El problema evidente es que tal castigo se impone sobre una persona que, en ese momento procesal, debe ser considerada y tratada como inocente.

Conclusiones y panorama a futuro

La conclusión del análisis previo es evidente: la actual regulación de la figura de la prisión preventiva oficiosa no satisface los estándares básicos que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No cumple con una función meramente cautelar, no plantea un requisito de indicios mínimos de existencia del delito y responsabilidad del imputado, no atiende a los principios de necesidad y proporcionalidad, ni responde a la mínima exigencia de fundamentación de la imposición de una medida que restringe derechos fundamentales. Sin necesidad de pronunciarse directamente sobre la figura, la Corte ha establecido implícitamente que ella no es compatible con la Convención Americana.

Y la situación es aún más seria, pues incluso la prisión preventiva justificada también presenta problemas. A pesar de que la regulación de esta forma de prisión preventiva supone la satisfacción de estándares superiores de protección de derechos fundamentales, el análisis muestra que se establece una justificación inaceptable, a saber, la (mera) reincidencia del imputado. Esta forma de justificación elimina la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y la conceptualiza como una pena anticipada, pues se priva de libertad a un imputado durante el procedimiento por el solo hecho que previamente ha cometido un delito. Como derecho humano, la presunción de inocencia debería valer para todos, no solo para individuos no reincidentes.

En atención a las ideas implícitas en la argumentación de la Corte contra la prisión preventiva oficiosa, parece altamente probable que se comiencen a entablar recursos de amparo en contra del otorgamiento de la figura. Los derechos fundamentales vulnerados no solo se encuentran en estatutos internacionales, sino especialmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De tal modo, el derecho a la administración eficiente de justicia por tribunales (art. 17), la excepcionalidad de la prisión preventiva (art. 18) o la presunción de inocencia (art. 20.B.I) son derechos reconocidos constitucionalmente y que están en directa contradicción con la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. No resultará complejo para las defensas formular una argumentación que indique la inconstitucionalidad de la figura por directa

contravención de normas constitucionales (junto a las normas internacionales ya planteadas).

En conclusión, el futuro se vislumbra aciago para la prisión preventiva oficiosa. Más temprano que tarde, será eliminada del sistema jurídico mexicano por ser incompatible con los principios básicos de un Estado democrático de Derecho. Y en buena hora.

Bibliografía

ARTEAGA, Miguel Ángel, “La prisión preventiva en el sistema acusatorio mexicano”, *Iuris Tantum*, núm. 32, 2020, disponible en: <https://revistas.anahuac.mx/iuristantum/article/view/642/619> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, sentencia del 7 de noviembre de 2022, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

DAGDUG, Alfredo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3a. ed., Ciudad de México, Ubijus, 2021.

DAGDUG, Alfredo, “Las medidas cautelares personales y reales”, en Gómez Colomer (coord.), *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2020.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, “Prisión Preventiva”, *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, núm. 11, 2020, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6162/11.pdf> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

GARDUÑO, Joel, “La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar”, *Nova Iustitia*, Año v, núm. 20, 2017, disponible en: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Revista_Nova_Iustitia_Agosto_2017_Final1.pdf#page=107 (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

RAMÍREZ, Moisés Omar, “Prisión Preventiva Oficiosa. ¿Oficiosamente? ¿Debe justificarse?”, *Revista mexicana de Ciencias Penales*, núm. 17, 2022, disponible en: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/02/article/download/498/477/1966> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

VÁZQUEZ, Alejandro, “La prisión preventiva: antinomia al derecho humano de presunción de inocencia”, *Jus Derecho-Sociedad-Estado*, núm. 13-14, 2021, disponible en: <http://jus.ujed.mx/index.php/jus/article/view/178> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2023).

RESEÑAS

El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito

MIGUEL ÁNGEL ARTEAGA SANDOVAL
Universidad Anáhuac México, México
miguel.arteaga@anahuac.mx
<https://orcid.org/0009-0009-9513-467X>

CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, 4ª ed., México, Porrúa, 2021, 219 pp.
ISBN 978-607-09-3651-7

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.07>

Recientemente tuve el gusto de conocer y el placer de escuchar al doctor Nimrod Mihael Champo Sánchez en la Universidad Anáhuac México, durante la presentación del libro que hoy me atrevo a reseñar, no sin riesgo de demeritar la valía de uno de los frutos de su prolífica contribución a la ciencia del Derecho y, particularmente, del derecho penal. Además del amor a la cátedra, un valioso punto de coincidencia me animó a la ardua tarea: ambos fuimos discípulos del doctor Rafael Márquez Piñero, a quien el autor dedica como homenaje *in memoriam*, las primeras palabras de esta obra, refiriéndose a él como investigador, mentor y, sobre todo, como ser humano. Ante ello, no puedo menos que expresar al autor de la obra que reseño: honrar honra.

¿Quién fue?, ¿quiénes fueron?, ¿quién está detrás?

Son algunas las interrogantes que frecuentemente se plantean, cuando se trata identificar al autor o autores del delito, y que simple y llanamente pueden responderse con base en suposiciones y conjeturas para

el convencimiento popular, pero que con todo rigor deben resolverse para fincar el reproche penal, máxime cuando el hecho punible fue realizado por más de una persona y quizá alguna o algunas, sin intervención material directa. Por ello, es encomiable que el autor haya emprendido y logrado con éxito, a través de esta obra, aclarar los distintos aspectos de las formas de la autoría penal en México.

Para dar estructura a esta reseña, la divido en dos partes: en la primera, abordo el capítulo inicial, en el que el autor explica la evolución de la teoría del delito; en la segunda, comento los capítulos siguientes, en los que desarrolla el tema central de sus reflexiones: el dominio del hecho y las formas de autoría en el delito, para culminar con una breve referencia a la evolución de la autoría en el derecho mexicano y un apartado de anexos, todo lo cual hace de esta obra, una valiosa fuente de consulta sobre el tema.

Primera parte

Considero un acierto que en el capítulo primero se explique brevemente, pero con meridiana claridad, la evolución de la teoría del delito. La importancia de la dogmática jurídico penal, entendida como el estudio teórico de esta rama, radica en estudiar el número y contenido de los elementos del delito, a partir de lo que dice la ley, por ello, al delimitar sus alcances, comenta el juez Ricardo Ojeda, “es la reformulación coherente de la ley penal, partiendo de la ley misma”.

Abandonada la teoría unitaria o totalizadora (el delito es un todo que no requiere análisis), y aceptada la teoría analítica, también llamada “estratificadora”, el delito está integrado por diversos elementos que, colocados en un plano lógico, se ubican en diversos niveles que se apoyan, soportándose unos a otros y cuyo contenido y alcances, desde la óptica de las mentes preclaras del derecho penal moderno, evolucionaron en las corrientes de la dogmática jurídico penal: el causalismo clásico, también llamado naturalista, el causalismo neo-clásico, también llamado teleológico o valorativo, el finalismo, el funcionalismo moderado y el funcionalismo sistémico o radical.

1. *El causalismo clásico o naturalista.* Teniendo como antecedente inmediato a la Escuela Clásica del Derecho penal (Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 1859), con el auge de las ciencias naturales, se sostuvo que el delito es un ente jurídico, impulsado por dos fuerzas: el libre albedrío (voluntad inteligente y libre del individuo) y un hecho exterior lesivo del derecho. Destaca la importancia del saber científico, fundado en lo positivo, en lo real, en lo físico, por lo que se basa en la

relación causa-efecto: la causalidad. Entiende a la conducta como un movimiento corporal voluntario, en el cual la voluntad es un factor desencadenante que produce una modificación en el mundo exterior, vinculado por el nexo causal.

La causalidad es la nota principal de esta corriente, de ahí que cobren relevancia las teorías del nexo causal: la de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), todas las condiciones que contribuyen a la producción del resultado, aún las remotas, tienen el mismo valor; teoría que conduce a una ampliación desmedida de la responsabilidad, por lo que hubo que limitarla con los correctivos de tipicidad y culpabilidad (solo es causa del resultado la que se adecue al tipo y haya sido puesta culpablemente); la teoría de la condición más eficaz, la cual se basa en un criterio de efectividad, puesto que se asigna valor causal a la condición que haya contribuido en mayor medida a la producción del resultado; la teoría de la causalidad adecuada (a la que se adhiere el doctor Márquez Piñero), según la cual solo es causa del resultado aquella condición normalmente adecuada para producirlo.

El tema de la causalidad afirma con acierto el autor, no es exclusivo del derecho penal ni explicable solamente a través de este, por lo que para determinarla habrá de acudir a la ciencia, al conocimiento en general, a la experiencia, para que el juez penal pueda, razonablemente, tener o no por acreditado el nexo causal.

Ciertamente, la estructura cuatripartita del delito (cuatro elementos), se acepta desde el causalismo clásico, pero vale la pena aclarar que dentro de esta propia corriente el concepto evolucionó, puesto que, en inicio, para Liszt el delito era la acción antijurídica y culpable; fue Beling quien introdujo, con su concepto del *tabestand*, la tipicidad como elemento del delito y es hasta Radbruch cuando se introduce a la omisión como forma comisiva y así, el delito se concibe, desde entonces y hasta la fecha, como la conducta típica, antijurídica y culpable.

Los puntos más vulnerables del causalismo clásico, de acuerdo con la crítica, se encuentra en los delitos de omisión, pues el único nexo razonablemente admisible entre la omisión y el resultado, es de naturaleza normativa, un nexo de evitación y no un nexo causal; en cuanto a la tipicidad, no es suficiente que el tipo sea solamente objetivo, carente de valoración; otro punto criticable es el concepto psicológico de la culpabilidad, inexistente en el caso de la culpa inconsciente, la cual se caracteriza por la falta de previsibilidad. Tampoco logró explicar satisfactoriamente la tentativa del delito, lo cual solo es posible considerando la finalidad del autor.

2. *El sistema neoclásico del delito*. Este sistema surgió a partir de la filosofía neokantiana de los valores, se plantea que el derecho penal se refiere a fines y valores. Aunque este sistema parte de la teoría de la acción causal, le aporta un enfoque valorativo, por ello también se le conoce como “causalismo neoclásico o teleológico o valorativo”. En cuanto a la causalidad, se aparta de la teoría de la *conditio sine qua non* (equivalencia de las condiciones) y adopta la teoría de la causalidad adecuada.

Mezger, uno de los principales representantes de este sistema, sostiene que el delito es una conducta típicamente antijurídica, por ello, el estudio de la tipicidad se hace en la antijuridicidad, porque es su *ratio essendi*, de manera que la tipicidad no solo es *ratio cognoscendi* (indiciaria) de la tipicidad, sino que es esencial para el derecho que lo antijurídico se encuentre tipificado. Solo quiero agregar que desde entonces Mayer propone que el tipo penal también contiene elementos normativos y elementos subjetivos distintos del dolo.

Ahora bien, creo que, si algo hay que destacar del causalismo neoclásico, es la concepción normativa de la culpabilidad. Aunque ya Mezger había criticado la teoría psicologista de la culpabilidad, fue Reinhard Frank el precursor del concepto normativo de la culpabilidad, posteriormente desarrollado por James Goldschmidt en su obra *La concepción normativa de la culpabilidad* (1913) y consolidado por Berthold Freudenthal en su texto *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal* (1922). Desde la perspectiva normativa, la culpabilidad es un juicio de reproche, basado en la exigibilidad de otra conducta, es decir, el juicio que se hace sobre la conducta del individuo a quien le era exigible obrar de forma distinta y, sin embargo, optó por violar la prohibición penal.

Uno de los principales críticos del causalismo neoclásico, fue Alexander Graf Zu Dohna, precursor del finalismo, quien sostuvo que es racionalmente inaceptable el fundamento de la teoría normativa de la culpabilidad, puesto que no se puede sostener que la culpabilidad se fundamenta en la posibilidad que tuvo el individuo de actuar de otra manera, lo cual puede ser creíble, pero no demostrable.

En resumen, para el causalismo neoclásico el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable, en cuyo concepto la conducta comprende tanto a la acción como a la omisión; en cuanto al nexo causal, se acepta la teoría de la causalidad adecuada; en la tipicidad se acepta la existencia de elementos normativos (valorativos) y subjetivos distintos del dolo; la antijuridicidad comprende tanto su aspecto formal como material; la culpabilidad es reprochabilidad, es decir, el reproche

que se hace al individuo que optó por realizar una conducta típica y antijurídica, pudiendo haberse ajustado a derecho, esto es, cuando le era exigible obrar de otra manera.

3. *El sistema finalista*. La teoría de la acción final afirma con acierto el Doctor Champo Sánchez, nace en 1930 a partir de la filosofía de Höningwald (*Bases de la filosofía del pensamiento*), pero se reconoce como su principal precursor a Hans Welzel, sin demeritar, creo yo, el papel que en esta primera etapa del finalismo, tuvieron Von Weber y Graf zu Dohna. Para el finalismo, la acción no solo es un proceso material causal, como se había sostenido en el causalismo naturalista, sino un proceso dotado de sentido, proveniente de la dirección (finalidad) que el individuo le da a su acción: “la acción humana es ejercicio de actividad final”, es decir, un comportamiento orientado conscientemente desde la finalidad, puesto que la voluntad del individuo es un factor de dirección y no solo un factor desencadenante, como también sostenía el causalismo. De ahí la expresión icónica del finalismo: “...la finalidad es... vidente y la causalidad es ciega”.

Para entender el finalismo, parece oportuno poner acento en una de las principales críticas que se hizo al causalismo: no resuelve el problema de la tentativa. Si solo se desvalora el resultado, ¿cómo reprochar penalmente una conducta encaminada a un fin, si el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto? La tentativa punible solo es posible si se toma en cuenta la finalidad del autor de la conducta, por ello se hace necesario tomar en cuenta la voluntad del sujeto y no solo el resultado.

Para al doctor Rafael Márquez Piñero, la actividad finalista no solo comprende la finalidad de la acción (*finis*), sino que también abarca la elección de los medios necesarios y sus consecuencias secundarias. En este sentido, la acción finalista comprende: el objetivo por conseguir, los medios para lograrlo y, las consecuencias secundarias concomitantes. Con ello, en mi apreciación, se abarca el dolo directo, indirecto y eventual, así como la culpa con y sin representación. Aunque Reinhart Maurach, discípulo de Welzel, expresa que la finalidad se manifiesta en mayor medida en los delitos dolosos.

Creo que la principal crítica que se hace a la acción finalista se encuentra en los delitos culposos, en los que no hay finalidad delictiva, así como en los delitos de omisión, puesto que de esta no pude derivar una relación causal: quien omite evitar un resultado no desencadena un proceso causal, desde el punto de vista óntico. Aunque ya desde los críticos del causalismo se reconoció para los delitos de omisión, no un

nexo causal sino un nexo de naturaleza normativa, es decir, un nexo de evitación, cuya explicación, creo yo, se fortalece mayormente con la calidad de garante en la omisión impropia (comisión por omisión).

Al lado del concepto de acción finalista y como consecuencia de ésta, considero que la nota distintiva del finalismo se encuentra en el tipo: se advierte que en todos los tipos penales existe un tipo objetivo y un tipo subjetivo. El objetivo comprende los elementos objetivos del acto y los elementos objetivos del autor, el tipo subjetivo comprende el dolo y la culpa. El dolo, entendido como el dominio final sobre el acto, es decir, no solo querer la acción, sino el resultado. En la culpa, en cambio, existe una finalidad potencial, en la que, el resultado es la consecuencia “ciega” (no querida) de una conducta imprecavida (sí querida) del autor.

En cuanto a la antijuridicidad, se admite tanto en su aspecto formal como material, pero no solo en el sentido de entrañar una contradicción con el derecho y lesionar bienes jurídicos o intereses sociales, sino que se concibe como la violación de deberes de conciencia del propio sujeto, pues son estos los que determinan la dirección de sus actos y, por ende, los que le interesa proteger al derecho penal, ya que a través de ellos se protege a los bienes jurídicos.

Por lo que se refiere a la culpabilidad, el finalismo también se adhiere a la postura normativa: la reprochabilidad. Pero para superar la crítica realizada por Graf Zu Dohna al causalismo neoclásico en este punto, la exigibilidad de otra conducta (requisito de la culpabilidad), adopta un sentido concreto, que cada individuo, atendiendo a su particular condición y situación, hubiese tenido la posibilidad de adecuar su comportamiento a la norma o apartarse de ella. Por lo que Welzel acota la capacidad de culpabilidad a dos elementos: a) Comprender lo injusto del hecho; y, b) Decidirse conforme a esa comprensión. Concretando sobre el punto, para el finalismo, los requisitos de la culpabilidad son: i) La imputabilidad; ii) La conciencia de la antijuridicidad (comprender lo injusto del hecho); y, iii) La exigibilidad de otra conducta.

La reordenación sistemática del delito propuesta por el finalismo, se resume en el siguiente modelo: partiendo de la acción finalista, se traslada el estudio del dolo y la culpa al tipo, el cual deja de componerse solamente de elementos objetivos (tipo objetivo), sino que se ahora también abarca al dolo y la culpa (tipo subjetivo); la antijuridicidad, se concibe en su aspecto tanto formal como material, y esta triada (conducta, tipicidad y antijuridicidad) integran el llamado “injusto penal”, el cual precede al estudio de la culpabilidad, entendida como reprocha-

bilidad y cuyo contenido se integra por la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

4. *El funcionalismo*. Habida cuenta de la acción final como sustento del finalismo, y en la traslación del dolo y la culpa al tipo, sus críticas principales se centraron en la culpa y en la omisión. Para superarlas surgieron los sistemas funcionalistas, cuya mayor aportación radica en una de las teorías del nexo causal: la imputación objetiva.

Refiere el doctor Champo Sánchez, que fue el jurista Alemán Karl Larenz, con base en la construcción filosófica de Hegel, quien “bautizó” como imputación objetiva a la teoría del nexo causal que atribuye la causación del resultado a quien lo quiso y realizó lo necesario para producirlo, además, previó o pudo prever todas las consecuencias de su conducta o del curso causal de ésta, por lo que le serán imputables todas las consecuencias de su comportamiento. Por lo tanto, para Larenz la imputación objetiva es un juicio teleológico, es una construcción filosófica que se basa en la finalidad del autor de la conducta. Es Richard Honing quien abona a esta teoría una construcción dogmática, basada en la causalidad adecuada, en la cual, una conducta humana solo será jurídicamente relevante cuando pueda ser pensada como “puesta” finalmente con miras a la realización o a la evitación de un resultado, de donde deviene la imputación de éste, como un juicio objetivo.

El funcionalismo no es una corriente exclusiva del derecho penal, sino de todos los ámbitos, puesto que se afirma que todo lo existente en la sociedad humana forma parte de un sistema, el sistema social, constituido por varios subsistemas. Cada subsistema social construye su propia legitimación, aunque se comunica con otros subsistemas, cada uno se justifica a sí mismo, con base en su propia función. Dentro del subsistema derecho, el derecho penal es un subsistema que se justifica, como *ultima ratio*, en la utilidad social de la pena. A partir de esta idea, en la dogmática jurídico penal se distinguen dos corrientes del funcionalismo: el moderado (Roxin) y el sistémico o radical (Jackobs).

4.1. *El funcionalismo moderado*. Claus Roxin, en su obra *Política criminal y sistema del derecho penal*, destaca la función político criminal del derecho penal en la sociedad a partir de la necesidad de la pena, entendida como la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable. La función del derecho penal, como *ultima ratio*, debe basarse en la conservación del orden social, el mantenimiento de la coexistencia social, mediante la protección de los bienes jurídicos más relevantes y ello se realiza a través de los fines de la pena: la prevención general (conminación penal en abstracto, en el tipo penal), cuyo fin es motivar

al individuo para que omita la acción descrita en el tipo o realice la esperada, para evitar el resultado; y, la prevención especial (la necesidad de la pena, justificada en cada caso), para lograr la reinserción social.

Las aportaciones más importantes del sistema de Roxin, como él mismo lo explica, son dos: primero, dotar funcionalmente a la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad (en el tipo objetivo), y segundo, la ampliación del concepto de culpabilidad a un concepto de “responsabilidad”, donde aquella es presupuesto de ésta, entendida como el merecimiento de una pena atendiendo a las necesidades de prevención, por ello, la pena cumple una función político criminal.

La imputación objetiva, como ya se expresó, se basa en la teoría de la causalidad adecuada y tiene como requisitos:

- a) La creación de un riesgo no permitido. La vida cotidiana implica una gran cantidad de riesgos permitidos, v.g. el tránsito vehicular terrestre, marítimo y aéreo, el funcionamiento de maquinaria, etc., pero son riesgos que podríamos considerar “normales”, necesarios para el funcionamiento de las sociedades, los cuales no son relevantes para el derecho penal, a menos que excedan el ámbito de la permisibilidad. Para acotar este ámbito de permisión, el jurista mexicano Miguel Ontiveros se refiere a las “fuentes de determinación del riesgo” como las siguientes:
 - El ordenamiento jurídico. Limita los riesgos, mediante la reglamentación de ciertas actividades.
 - La *lex artis* (ley del arte). No todo está en la ley, las buenas prácticas, las pautas mínimas, los protocolos de actuación, etcétera, disminuyen los riesgos de la actividad.
 - La evolución histórica de la actividad riesgosa. Las nuevas actividades generan nuevos riesgos y aquí el intérprete debe acudir a la fuente histórica del riesgo permitido, para determinar, con base en una ponderación de intereses (al igual que en las fuentes anteriores), si el riesgo creado entra dentro del ámbito de permisión.
- b) La realización del riesgo en el resultado. El riesgo no permitido ha de ser causa del resultado, pues si éste deriva de un proceso causal diverso, no será objetivamente imputable a la conducta.
- c) El alcance del tipo (ámbito de protección de la norma). Considero que esto se entiende a partir del análisis de cada caso en particular, para determinar si queda cubierto por su ámbito protector, conforme a su *ratio legis*. Nuestro autor, citando a Miguel

Ontiveros, lo ilustra con el ejemplo de un conductor que muere de un paro cardíaco, al ver un asalto a mano armada dirigido al vehículo de al lado, en este caso ¿le puede ser objetivamente imputable al ladrón, la muerte del otro conductor como homicidio?

Otros puntos que el autor destaca y clarifica a la luz de ejemplos que no dejan lugar a dudas, son los relativos a la disminución e incremento del riesgo, así como a los conocimientos especiales, aspectos que también inciden en la imputación objetiva del resultado, según el supuesto en que se ubique el autor de la conducta.

4.2. *El funcionalismo sistémico.* El funcionalismo de Günter Jackobs se funda en la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. Para Jackobs el derecho penal forma parte un sistema mayor, la sociedad y cumple una función: está encausado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, a través de la pena, ya que, como todo sistema, opera en la medida en que sus funciones lo mantienen y es contrastable con otros, por ende el derecho confirma la identidad social, pues siguiendo la dialéctica Hegeliana, si el delito es la negación de la norma y la pena es la negación del delito, entonces la pena es la confirmación de la norma. Así, para Jackobs, la función del derecho penal realmente no es proteger bienes, sino salvaguardar la vigencia de la norma.

Jackobs distingue al individuo de la persona, a quien concibe como un concepto autorreferente, autopoiético y funcional. Solo será persona, dice Jackobs, quien en el grupo social cumpla con el rol que le está encomendado y la comunicación estará completa cuando todos cumplamos adecuadamente con nuestros roles. Por ello, en cuanto a la imputación objetiva, a la cual el distingue entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado, conserva la misma estructura de Roxin, pero agrega elementos importantes a su contenido: el principio de confianza (de que cada individuo cumplirá con el rol que le corresponde), la prohibición de regreso (que una conducta socialmente adecuada, no sea reprochada, al ser transformada por otro en delictiva) y la actuación a propio riesgo (exposición voluntaria a la acción de otro). Los ejemplos que utiliza nuestro autor para explicarlos lo ilustran con meridiana claridad. En suma, para Jackobs el derecho penal es un sistema de otro mayor, llamado sociedad, es parte de la misma y construye su propia legitimación a partir de la utilidad o función de la pena.

Segunda parte

En los siguientes párrafos, haré una apretada referencia a lo que el doctor Champo Sánchez, con pulcritud metodológica y estructura didáctica, desarrolla ampliamente e ilustra con varios ejemplos pertinentes sobre el tema central de su obra: el dominio del hecho y sus formas (el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio del hecho funcional, así como una interesante y bien documentada disertación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica), para finalizar con la autoría en el Derecho Mexicano.

Inicia por exponer las teorías previas al estado actual de cosas sobre el dominio del hecho, de las que yo rescato los antecedentes que me parecen relevantes para entender el tema: tres conceptos importantes, el concepto unitario de autor, que esencialmente se caracteriza porque no distingue entre autor y partícipe; el concepto extensivo de autor, que en su vertiente objetiva, sostiene que es autor aquél que causa el resultado típico y en su vertiente subjetiva dice que deben valorarse las aportaciones de cada interviniente, según su ánimo: *animus auctoris* (autores) y *animus socci* (partícipes) y, finalmente, el concepto restrictivo de autor, según el cual solo es autor quien realice los elementos típicos, es decir, quien comete el delito, puesto que la contribución a la causación del resultado mediante acciones distintas a las típicas, no pueden fundar la autoría, si acaso la participación, cuya base es la accesoriedad y la sumisión al autor.

Estado actual de la doctrina sobre el dominio del hecho

El concepto siguió evolucionando, nuestro autor refiere que fue Hegler en 1915 en su obra *Elementos del Delito*, el primero en emplear la expresión “dominio del hecho”, al referir que el autor es el “señor del hecho”. Hermann Bruns presupone la posibilidad de dominio del hecho con base en la acción adecuada del sujeto. El doctor Champo Sánchez considera como los principales representantes del “dominio del hecho”, entre otros, a los siguientes:

Hans Welzel. Fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, al enlazar, en 1939, la idea del dominio del hecho con la de autoría final, por tanto, se le considera fundador de esta teoría. Inicia por distinguir entre la autoría dolosa de la imprudente, en esta última no es posible diferenciar la autoría de la participación, puesto que la imprudencia solo es “concausa del resultado producido”. Es en los delitos dolosos en los que rige el concepto final de autor, puesto que es éste

quien está consciente del fin, quien lo quiere y, por ello, al configurar el delito, tiene el dominio del hecho, es el “señor del hecho”, a diferencia de los partícipes y cómplices, quienes sólo tienen dominio sobre su participación. Para Welzel la coautoría es la ejecución del hecho distribuida entre varias personas decididas a cometerlo, el dominio del hecho corresponde a todos conjuntamente, por lo que la distribución de sus aportaciones para la consecución del fin común, es solamente una cuestión de funcionalidad, puesto que el hecho, globalmente considerado, es de todos.

Reinhart Maurach. El discípulo de Hans Welzel dice que tiene el dominio del hecho todo cooperador que, a voluntad, puede impedirlo o hacerlo continuar hasta su realización total. Respecto de la coautoría, hace importantes aportaciones al expresar (transcribo la referencia literal que hace nuestro autor): *coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquél cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometerlo al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan de su mano el hecho*. Por ello se considera como coautor al “jefe” que dirige a distancia la operación de su banda.

Jescheck. Haciendo una síntesis de las opiniones doctrinales, basa el dominio del hecho en un concepto de finalidad, no sólo limitada al dolo (presente tanto en el autor como el partícipe), sino desde la perspectiva de la culpabilidad: para tener el dominio del hecho, el autor ha de percibirse a sí mismo como el “señor del hecho”.

Fundamentos estructurales del concepto general de autor

No es fácil, considera nuestro autor, encontrar un concepto general de autor, sobre la base del género próximo y la diferencia específica, por lo que siguiendo a Roxin, más que un concepto fijado, parece más aceptable un concepto abierto, una descripción que pueda ajustarse a la diversidad de casos concretos, en los que para discernir el dominio del hecho, se consideren los elementos implicados: ánimo, aportación externa al hecho, interés, subordinación, etc., orientadores de la valoración judicial para determinar, en cada caso, la forma dominio del hecho: el dominio de la acción (autoría única: de propia mano); el dominio de la voluntad (autoría mediata: autor sin intervención propia); y, el dominio del hecho funcional (coautoría: autoría conjunta).

El dominio de la acción

Tiene el dominio de la acción el que realiza por sí mismo todos los elementos del tipo, quien lo ejecuta “de propia mano”. Interesante observación hace el autor en este punto al afirmar, que no puede entenderse como mera complicidad por “falta de voluntad de dominio” del que actúa directamente, llevando a cabo el hecho al servicio del autor, subordinado plenamente a la voluntad de éste, puesto que, si alguien ejecuta el hecho por su voluntad, independientemente de los motivos que lo impulsaron, tendrá un papel central en la ejecución y, por ello, dominio sobre el curso del acontecer. Ahora, si la voluntad del autor de propia mano se encuentra coaccionada, podría considerarse exculpada la autoría, como lo consideran tanto Welzel como Roxin.

El dominio de la voluntad

Para explicar el tema, nuestro autor parte de la siguiente interrogante ¿cómo considerar autor a quien no ha ejecutado el hecho por sí mismo? La respuesta se encuentra en la figura de la autoría mediata, en la cual lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato, anteriormente conocido como “autor intelectual” o como “el hombre de atrás”, derivado de la figura del *mandat* desarrollada en la Edad Media por el derecho penal italiano.

Para Jakobs, lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato, por su superior dominio de la decisión sobre quien sólo tiene el dominio de la acción, por lo tanto, quien detenta el dominio del hecho, es el autor mediato, el “sujeto de atrás”, quien tiene la determinación última sobre lo que debe ocurrir. Ahora bien, cuando el dominio de la voluntad radica la coacción, ésta debe ser de tal magnitud que anule por completo la voluntad del ejecutor directo, puesto que si a éste le queda un margen de decisión, si existe la posibilidad de que actúe de otra manera, no habrá autoría mediata.

Me parecen destacables otros supuestos que aborda el autor sobre el dominio de la voluntad, derivados de problemas que suelen presentarse en la práctica, como la inducción a estado de necesidad, el error, la coacción al suicidio o a la autolesión y otros aspectos muy interesantes que a la luz de las reflexiones y ejemplos que se plasman en esta obra, pueden aclararse y resolverse. Sin embargo, hay un punto en el que sí me quiero detener: el dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder.

Cuando el dominio de la voluntad emana de estructuras de poder organizadas, es decir, cuando el “sujeto de atrás” pertenece a un aparato que funciona para ciertos fines, se habla de un dominio organizativo, en el que tanto los emisores de las órdenes (autoría mediata), como los receptores (ejecutores de las órdenes), pueden ser fungibles para cumplir con los intereses de la organización a la que pertenecen, de manera que sus integrantes no obran por cuenta propia, por lo que en estos casos, Jakobs prefiere hablar de coautoría más que de autoría mediata. Cuando los aparatos de poder pertenecen a la organización estatal, sus actividades serán delictivas y punibles cuando se realicen al margen del derecho, en cambio, cuando los aparatos de poder no pertenezcan a la organización estatal, es el caso del crimen organizado, cuyas actividades son delictivas, por antonomasia, Roxin habla de autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, en las que el “hombre de atrás” conserva el dominio del hecho, por disposición incondicionada del instrumento, es decir, por la fungibilidad de ejecutores.

El dominio del hecho funcional: la coautoría

Se refiere a la ejecución conjunta del delito. Es Roxin quien habla de un dominio “funcional” del hecho, puesto que cada uno de los intervinientes tiene una “función” que realizar en el marco del plan global. En la coautoría, cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Cada uno, por sí solo, no tiene el dominio total del hecho, pero tampoco tiene el dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, incluso cuando alguno o algunos no se encuentren presentes en el lugar del hecho, siempre que su aportación se de en el momento ejecutivo y sea indispensable para lograr el resultado propuesto. Lo que no es fácil de determinar en la vida real, por ello, Roxin advierte que la “funcionalidad” o “dependencia funcional”, solo opera como principio regulativo como directriz valorativa para el juzgador, para valorar, considerando las singularidades de cada caso concreto y atendiendo a un elemento objetivo (conducta individual) y un elemento subjetivo (conexión de voluntades), la eficacia del aporte conductual de cada uno para el logro del fin común. La cooperación debe darse en la fase ejecutiva y no en los actos preparatorios, porque en estos no hay una contribución causal, el cooperador con actos previos es relegado a “la periferia del suceso”, ya que pierde el dominio sobre el mismo.

Otro punto interesante de reflexión que hace el autor es sobre la autoría sucesiva, es decir, cuando un sujeto se suma a un hecho delictuoso

ya iniciado, en cuyo caso solo le serán atribuibles al que se adhiere, las circunstancias por él conocidas, a lo que algunos han denominado la “comunicabilidad de las circunstancias”, prevista en algunas legislaciones penales.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las organizaciones empresariales han alcanzado un alto grado de complejidad y frecuentemente han sido utilizadas para la comisión de delitos. Por ello se ha abandonado el viejo principio *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), para regular legalmente esa posibilidad, ante la peligrosidad instrumental y organizativa que las empresas representan, esto es, ante la posibilidad de que sean utilizadas como medio para delinquir o que sus defectos estructurales generen peligro a bienes jurídicos. La doctrina y el Derecho comparado reconocen dos sistemas que permiten imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas: la autoresponsabilidad y la heteroresponsabilidad.

La autoresponsabilidad. Se basa en las teorías funcionalistas que, abandonando el concepto ontológico de acción, consideran que sí es posible hablar de acciones de las personas jurídicas *per se*, por lo que es posible imputarles un resultado, cuando éste se consecuencia de su voluntad. Me parece que este modelo no deja ser una ficción, difícil de comprender y más de aceptar, pero veamos el siguiente sistema.

La heteroresponsabilidad. Establece que primero se requiere de la responsabilidad de una persona física, para luego transferirla a la persona jurídica. Este sistema admite tres modelos: el modelo vicarial, el modelo de la responsabilidad por identificación, y, el modelo mixto.

El modelo vicarial. Se basa en la doctrina *respondeat superior*, en la que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes o empleados en ejercicio de sus funciones como parte de la empresa y con la intención de beneficiarla. Klaus Tiedeman considera a los agentes subordinados de la empresa como su “brazo” y por ello se le transfiere a ésta la imputación.

El modelo de responsabilidad por identificación. Hay una identificación entre la persona jurídica y sus órganos administrativos. Se basa en dos postulados: la necesidad de prevención y los deberes de vigilancia. Si hay defecto en ellos, se entiende que la persona jurídica autorizó o toleró la conducta delictiva de sus órganos.

El modelo mixto. Conjuga los postulados de la autoresponsabilidad y la heteroresponsabilidad. En opinión de nuestro autor, en lo cual coincide, este es el sistema que adopta nuestra legislación.

La autoría de la empresa

Recapitulando sobre las formas de autoría, conforme a la teoría del dominio del hecho: el dominio de la acción; el dominio de la voluntad; y, el dominio del hecho funcional. Descartando la primera y la última, por la naturaleza de la persona jurídica (no puede delinquir directamente, ni existir una división funcional del trabajo delictivo), la segunda (el dominio de la voluntad), es la única que parece responder razonablemente a la necesidad de fincar la responsabilidad penal a la persona jurídica, por los actos realizados por sus órganos, bajo la figura de la autoría mediata por instrumentos organizados de poder, con las adecuaciones pertinentes a la naturaleza de la empresa, en cuanto a los requisitos inherentes a la figura: poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad de ejecutores, y, predisposición a la realización del hecho ilícito.

Poder de mando. Es el pilar de los instrumentos organizados de poder, que se caracterizan por la jerarquía orgánica y la subordinación. Debe haber una estructura empresarial, que denote un control organizacional, sobre la base de la delegación jerárquica de competencias, para lograr los fines de la persona jurídica.

Apartamiento del derecho. Elemento muy evidente en las organizaciones criminales, pero no tanto en las personas jurídico-colectivas con fines lícitos, en las cuales el apartamiento del derecho sólo es advertible cuando su operación denote un afán de ganancia excesiva, con inobservancia de su normatividad rectora.

Fungibilidad de ejecutores. En la estructura de la organización siempre habrá individuos subordinados dispuestos a cumplir las órdenes.

Predisposición a la realización del hecho ilícito. Natural en los miembros de la delincuencia organizada, pero no las personas jurídico-colectivas constituidas con fines lícitos, que eventualmente desvíen su funcionamiento a fines ilícitos. En este caso, común que no todas las personas físicas tengan conocimiento de ello o que, teniéndolo, no quieran involucrarse, por lo que basta con que lo hagan los directivos, que son quienes tienen el dominio de la organización.

Como lo anticipé, coincido con nuestro autor al considerar que nuestro sistema jurídico, se basa en el modelo mixto, puesto que ello se advierte de la redacción del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos en su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando, además haya existido inobservancia del debido control de su organización, con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. Ello se confirma con las disposiciones correspondientes de la legislación sustantiva, v.g los artículos 11 y 11 bis del Código Penal Federal.

En el capítulo V, nuestro autor aborda la autoría en el derecho mexicano y nos conduce en un recorrido histórico por los códigos penales de 1871, 1929 y el de 1931, con una breve referencia a la influencia que en el texto de estos ordenamientos ejercieron las ideas de las Escuelas Clásica, Positiva y Crítica (Terza Scuola), respectivamente, para culminar con una puntual referencia a la promulgación del “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal” en 2002. Al final de este capítulo, el autor expone la llamada “autoría indeterminada o correspectiva”, doctrinalmente también conocida como “incertidumbre de autor”, que consiste en la ejecución conjunta de un delito doloso, sin previo acuerdo y sin que se pueda determinar el resultado individual que cada uno de los intervinientes produjo. El autor hace una dura crítica a esta figura, bajo tres argumentos: viola el principio de legalidad, no cumple con las formalidades esenciales del procedimiento e incumple el principio *in dubio pro reo*. El autor califica a esta figura de simplista y la considera más como una “ayuda” a los operadores jurídicos del sistema que una verdadera búsqueda de la justicia penal. Al respecto debo, por una parte, concederle razón porque sus argumentos son aceptables, pero, por la otra, considero que en la práctica, en efecto, esta figura es una como una “fórmula” útil para el operador jurídico del sistema penal (yo lo fui, como juzgador, durante casi veinticinco años), pero más bien, creo yo, esta figura tiende a la búsqueda de la justicia, al permitir, bajo su amparo, fincar el reproche penal en muchos casos, que de otra suerte quedarían impunes, aún y cuando la intervención en el delito hubiese quedado plenamente demostrada en el proceso.

Finalmente, el autor incluye, como anexos, la parte conducente del Código Penal Italiano y de los códigos mexicanos mencionados en el párrafo anterior, así como la interpretación del tema, a la luz de varias

tesis jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación. Todo lo cual hace de esta obra un apreciable y útil libro de consulta, por lo que, como corolario de esta reseña, quiero expresar un sincero reconocimiento al doctor Nimrod Mihael Champo Sánchez, por la valía de esta importante aportación a la ciencia del derecho penal y a su enseñanza en las aulas universitarias.

Delirios imperiales, ecos de la intervención francesa en México (1862-1867)

JUAN PABLO SARMIENTO VALLE

Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

juan.sarmiento.valle@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-6369-7082>

Humberto Morales Moreno (coord.), *Delirios imperiales, ecos de la intervención francesa en México (1862-1867)*, México, BUAP, 2022, 540 pp. ISBN: 9786075258034

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.08>

Los estudios acerca del Segundo Imperio mexicano, por muchos años fueron sustentado en las obras de José María Iglesias, Francisco de Paula Arrangoiz, Justo Sierra, José María Vigil o Francisco Bulnes. En estos textos se presentaba al Imperio de Maximiliano como un accidente anómalo, sin raíces en el desarrollo histórico de México y en donde los actores mexicanos únicamente tenían un papel secundario en el ejercicio de la administración imperial. Sin embargo, fue en 2001 que estos estudios recibieron un notable impulso y renovación gracias al trabajo de Erika Pani, *Para mexicanizar el Segundo Imperio*, libro que buscó romper la tradición historiográfica e insertar a este episodio en un contexto muy mexicano.

Así mismo, fue a partir de entonces que los estudios del Segundo Imperio pasaron de una etapa general a una particular. Ejemplo de esto, es el texto que concierne a esta reseña. *Delirios imperiales, ecos de la intervención francesa en México (1862-1867)* coordinado por Humberto Morales Moreno pretende insertarse en esta corriente historiográfica en

favor de posicionar esta etapa de la historia mexicana más allá de una función legitimadora del proyecto juarista.

De igual manera, cabe resaltar que este proyecto editorial surge a partir de los coloquios internacionales organizados por el gobierno poblano en el marco del 150 aniversario de la Batalla de Puebla. Que a su vez, buscó insertarse en la lógica de una colección de libros que Cristina Urrutia venía publicando a través de la editorial Tecolote, *Ecos de la conquista*, *Ecos del México novohispano* y *Ecos de la guerra México Estados Unidos*, con la idea de confrontar con fuentes primarias episodios controversiales de la historia de México. Por lo tanto, *Delirios imperiales... nace con la idea de confrontar fuentes europeas y mexicanas que no habían sido consultadas o tratadas de manera profunda.*

Aunque por el título del libro pareciera que se va a hablar del efímero Segundo Imperio mexicano. En realidad, de acuerdo con el coordinador,¹ se supone que el libro responde a “los delirios imperiales” que fueron la norma accidentada del siglo XIX, y donde la batalla de Puebla fue un episodio de resistencia republicana frente a los delirios imperiales de Napoleón III. Que, a su vez, ha dejado ecos que retumban hasta hoy en día, e incluso el coordinador hace una referencia a que México se sigue oponiendo a estos delirios imperiales que pasan en el contexto mundial actual.

Esta reseña se dividirá en dos partes. La primera, hará un recorrido a través de los contenidos que componen a la obra, mientras que en la segunda parte, se harán comentarios generales de los fallos y aciertos de la misma, para llegar a las conclusiones que obtuve del texto.

Estructura y capitulado

Con una introducción del libro escrita por el coordinador y una presentación del productor y cineasta francés François Caron, encontramos un mensaje que se remite al estilo de una historia de bronce en la que los grandes héroes fueron los responsables de los procesos históricos y cómo es que deben de servir de modelo para una identidad y sentimiento nacional. Así también, la idea de una homogeneidad de la población mexicana frente a los delirios imperiales de Francia, aun cuando ya hay bastante historiografía especializada en mostrar que el proyecto monárquico recibió bastantes adeptos. Ahora bien, ya en la primera sección “Combatientes mexicanos y franceses en la intervención

¹ Presentación del libro *Delirios imperiales, ecos de la intervención francesa en México (1862-1867)*, efectuada en el Colegio de Jalisco el 18 de mayo de 2022.

militar (1862-1867)” pareciera que más que un libro de historia uno siente que está leyendo un libro de civismo, donde pareciera que es una revisión de los militares de la primera mitad del siglo XIX y la trayectoria que los llevó a luchar frente a las tropas francesas.

En esta sección referente a los combatientes, por un lado, se encuentran el primer capítulo perteneciente a Pedro Celis y a Edwin Álvarez, “Ignacio Zaragoza y su trayectoria dentro de las fuerzas armadas del siglo XIX”, que cumple con ser una actualización historiográfica de calidad. Así mismo, el estudio de Mayra Toxqui que busca rescatar la figura de Joaquín Colombres como uno de los principales artifices de la defensa poblana durante su sitio. Mientras que por el otro lado, el estudio realizado por Magdalena Martínez, acerca del tifo y el caso de Ignacio Zaragoza, no es lo que se espera para un libro de este índole. Este a parte de tener graves faltas metodológicas en materia histórica, hace un recorrido de la historia del tifo que eclipsa la verdadera problemática ¿Por qué hay discusión en torno a si Zaragoza murió de tifo o fiebre tifoidea?

A estos, le siguen los capítulos de Alberto Soberanis “Los mapas sobre el sitio de Puebla conservados en el Archivo General Municipal” y de Jean-Yves Puyo “La géographie militaire française durant l’expédition du Mexique. L’exemple des deux sièges de Puebla (1862 et 1863)” los cuales muestran el contraste de las cartografías mexicanas y francesas durante el conflicto y la utilidad que se le dieron a estos trabajos futuro, las cuales responden a cómo los ambos bandos buscaron realizar sus acciones militares de una manera más “científica” tras lo acontecido en el cinco de mayo. Así mismo, este es un buen ejemplo para poner en perspectiva las diferentes metodologías y visiones empleadas por dos diferentes historiografías centradas en un tema en común.

Con respecto al hecho de que algunos de los capítulos podrían formar parte de un libro de civismo, se encuentra el escrito de Norma Zubirán, acerca del Ejército de Oriente y su papel en la formación del proyecto juarista. Aquí se hacen constantes juicios de valor y se busca mostrar a una sociedad polarizada en la que el proyecto imperialista era algo ajeno a la realidad mexicana y no se contaba con adeptos dentro de la población. De manera que se muestra el triunfo de Juárez de manera teleológica y el texto se queda dentro del discurso nacionalista.

El último capítulo de esta sección le pertenece a Solène Garotin, el cual es una adaptación de su tesis de doctorado y se titula “La integración de soldados del cuerpo expedicionario de la Intervención francés

a la sociedad mexicana (1862-1867)". Este de una manera efectiva se inserta en lo que busca el libro, casos particulares de personajes que a través de sus procesos de integración a sus nuevas comunidades, dejaron un eco que aún hoy en día es apreciable.

Ahora bien, la segunda parte del libro "Del 5 de mayo de 1862 al sitio de Puebla de 1863. La Zaragoza de México" comienza con el texto de Jean David Avenel referente al cambio de la visión francesa con respecto a México después de la intervención. Aunque la idea se presenta como innovadora, atractiva y como un eco, en realidad, muestra una metodología y un aparato crítico débil que no logra sustentar la visión del autor. Por ende, se dificulta encontrar las diferencias que hubo entre la percepción de México frente a Francia tras concluido el conflicto.

El sitio de Puebla de 1863 vuelve a aparecer en dos capítulos. Primero con el texto de Arturo Aguilar Ochoa que deja atrás lo bélico y usa a la imagen como su fuente. Este sirve de ejemplo para ver cómo el abanico de posturas y metodologías en el libro se expande, así también como a través de la fotografía, su conservación e interpretación pueden surgir ecos del conflicto. Y en segundo, con el texto de María del Refugio González,² que aunque es un texto útil y bien ejecutado, este se utiliza como un elemento contextual por la coordinación del libro para resaltar el punto de que Puebla tenía una carga simbólica para la reputación del ejército francés.

"Imágenes de la Intervención francesa en México: La otra historia" de Nizza Santiago ayuda a ver el otro lado del conflicto. Sin embargo, aunque este un trabajo que no se apoya de bibliografía secundaria y es un reflejo de las diferencias entre las maneras de escribir de México y de Francia, es un texto bien estructurado que muestra cómo es que la imagen de México en Francia cambió tras estas representaciones del panorama mexicano.

De vuelta a los militares republicanos del conflicto, Humberto Morales Moreno y Pedro Ángel Palou intentan rescatar "Las memorias del general de división Miguel Negrete Novoa editadas por su hijo" con poco éxito. Esto debido a que se usa de excusa a Negrete para dar lujo de detalle al sitio de Puebla. Así mismo, al igual que con Zaragoza, Morales usa de excusa la participación de Negrete en los combates poblanos para publicar una biografía del personaje. ¿Nada más porque

² Texto que ya había sido publicado anteriormente en Carbonell, M. y Cruz Barney, Ó. (coords), *Historia y Constitución, Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, tomo II, México, UNAM, 2016.

Miguel Negrete participó en Puebla ya es relevante meter toda su trayectoria?

En el caso de Silvestre Villegas Revueltas y su capítulo de “Los mexicano-americanos en Texas y el Cinco de Mayo” se muestra la expertiz del autor a la hora de hablar del Estado de la estrella solitaria. Sin embargo, esto se ve opacado por dos aspectos; el primero y más evidente es la falta de revisión del texto, ya que en el cuerpo del libro este carece de título.³ En segundo lugar, el cierre del capítulo intenta conectar a la comunidad mexicana en Texas con la batalla de Puebla únicamente debido a que Zaragoza era oriundo de ese estado.

Para cerrar la segunda sección, Sergio Rosas hace un excelente trabajo al insertarse en la temática del libro mediante su estudio acerca del papel del Cabildo Catedral poblano durante el periodo comprendido entre la llegada del ejército expedicionario y la proclamación de Maximiliano como emperador. Rosas busca “(re)definir el papel de la jerarquía eclesiástica ante el poder civil [...] ante la pérdida de espacios políticos y sociales que les produjo la Reforma liberal”.⁴ Por lo tanto, se da a la tarea de complejizar el papel de la iglesia como actor político y social que tuvo en Puebla durante este periodo.

“Ecos de la intervención entre París y México” es el título de la última sección del libro y comienza con “La obra legislativa del Segundo Imperio” de Oscar Cruz Barney. En el que se tiene una postura más enfocada en los factores internos más que en los externos. El texto, más que buscar ser un eco del conflicto me parece que hace una recopilación y síntesis bastante buena del tema. A pesar de que no es un estudio detallado y no profundiza lo suficiente, es un texto que fácilmente se podría tomar de referencia.

A su vez, Rubén Alberto Curiel continúa con los ecos que dejó el Segundo Imperio en materia legislativa en México, en específico con la codificación civil y el derecho notarial. Este remarca que fueron los mismos mexicanos los que hicieron gran parte del proceso constructivo del código civil y otras labores legislativas. Este capítulo como el anterior se preocupan por mostrar la simpatía de un sector de la población en el proyecto imperial, que sería incluso pionero en varios proyectos nacionales.

³ El título del capítulo únicamente se puede apreciar desde el índice, ya que en la página 333 en la que da inicio el capítulo se lee la leyenda “Lq” en dónde debería ir “Los mexicano-americanos en Texas y el cinco de mayo”.

⁴ Rosas Salas, Sergio Francisco. “Iglesia, guerra y política: el Cabildo Catedral de Puebla ante la intervención francesa (1861-1864)” en Morales, Humberto (coord.), *Delirios Imperiales, Ecos de la intervención francesa en México (1862-1867)*, México, BUAP, 2022, p. 357.

A continuación, encontramos que los ecos no tienen que ser exclusivamente políticos y bélicos. Ejemplo de esto es que con el afán de Napoleón “el pequeño” de igualar a su tío con el intento de conquista de Egipto, Napoleón III intentó mostrar como México era un país con raíces culturales tan antiguas como Francia o incluso Egipto. Para esto, Christiane Demeleneare muestra cómo es que los ecos pueden ser de carácter cultural y la intención de mostrar la antigüedad y la riqueza cultural de México se materializó en la reconstrucción del templo de Xochicalco en la exposición de París en 1867.

De la mano de lo anterior, así como con las cartografías se presentaron los contrastes entre los enfoques mexicanos y franceses, ahora es el turno de la Comisión Científica de México en que Armelle Le Goff, Nadia Prévost Urkidi y Alberto Solanis Carrillo intentan en dos capítulos mostrar cómo es que los conjuntos militares iban acompañados de expediciones científicas que vieron la oportunidad en el conflicto de generar nuevos conocimientos.

Por último, cabe resaltar el capítulo de Eugenia Revueltas “Y el príncipe salió liberal, o de las imágenes desencantadas” que a manera de ensayo da una excelente explicación del papel que jugó Maximiliano I en la construcción de una retórica nacionalista del proyecto republicano. Y así como Pani hizo en 2001, Revueltas logra insertar este periodo en una historia muy mexicana.

Comentarios generales

Con respecto a los fallos que se encontraron a la hora de revisar el texto, me parece que el problema principal es una falta de unidad en cuanto a presentarse diferentes posturas, periodizaciones e incluso variados estilos de citación. Con respecto a lo primero, uno se encuentra que este es un libro que tanto en la introducción, selección e incluso en algunos capítulos se tiene una mirada bastante nacionalista y con tintes de una historia de bronce, que enfáticamente descalifican al proyecto monárquico de la época, mientras que por otro lado, hay diversos artículos que se posicionan como una reivindicación de la labor de los proyectos del Segundo Imperio en la conformación del estado mexicano.

Derivado de esto, aunque se supone que estos textos son resultado de los diferentes coloquios que se realizaron en Puebla conmemorando los eventos de la intervención, no hay un consenso en el uso de términos y periodizaciones por parte de los autores. Los términos como Segunda Intervención Francesa y *La expédition au Mexique* se usan de manera

equivalente cuando estos corresponden a historiografías con intencionalidades claramente diferentes. Caso similar con la periodización, en el que algunos autores optan por comenzar en 1861 mientras que otros en 1862. De igual manera, uno se encuentra que hay autores que marcan el fin de la intervención con el establecimiento y llegada de Maximiliano como emperador en 1864, mientras que otros, lo marcan con su fusilamiento en 1867.

Celebro la diversidad historiográfica que se muestra en el libro, sin embargo, si se nota una clara diferencia entre los aparatos críticos y metodológicos de los diferentes autores. Donde algunos hacen uso de fuentes primarias y secundarias bastantes sólidas que respaldan su trabajo, mientras que otros, optan por no utilizar un aparato crítico o su uso de fuentes es extremadamente limitado. Por lo tanto, uno llega a preguntarse si es que esta obra pasó por un proceso de dictaminación verdadero, ya que como se mencionó en el caso del capítulo de Silvestre Villegas hay errores de estilo que no deberían de ocurrir en un libro que se presume serio.

Por último, la selección de textos me parece que no responde a los ideales del libro. Si bien se busca encontrar aquellos ecos que dejó este episodio frente a los delirios imperiales de las potencias europeas, 8 de los 20 capítulos están enfocados en Puebla, sus batallas y sus actores. Entiendo que el libro se haya editado para conmemorar el papel que jugó la ciudad y sus actores en la construcción del discurso republicano, sin embargo, ¿solo porque Zaragoza murió de tifo ya es relevante para el libro? Me parece que no. Así mismo, un discurso nacionalista que se empata con la agenda política del gobierno en turno está muy presente en varios momentos del libro y es una lástima que hoy en día se mezcle la seriedad con la historia de bronce.

Ahora bien, el libro en muchos casos responde a una actualización historiográfica seria que, de manera efectiva intenta acercarse a esta etapa a través de aspectos olvidados, tales como ¿qué paso con los soldados expedicionarios que decidieron quedarse?, ¿Cómo el gobierno francés tuvo que ocultar los productos que mostraban una victoria contundente en el continente americano?, ¿Qué avances técnicos y científicos trajo el conflicto? O ¿qué influencias políticas y legislativas dejó este contacto? Por tanto, se muestra que definitivamente hubo ecos importantes que resonaron en ambos países hasta nuestros días y que queda bastante por investigar. De igual manera, reitero el gran trabajo que se hizo en algunos temas de poner en contraste los enfoques y estilos de ambas historiografías.

En conclusión, este es un libro que busca mostrar, de una manera más humana, a los actores que participaron durante la intervención, ya fueran mexicanos o franceses. En realidad, existe una dicotomía entre los capítulos que son realmente un aporte historiográfico con temas innovadores y se adecuan a la temática del libro, frente a otros, que desde su coordinación, se quedan con una postura en pro de la agenda del gobierno actual, así como con una historia de bronce y discursos anticuados de heroísmo por parte de los mártires de la república.