

A LA PUERTA DE LA LEY

El Estado de derecho en México

Luis Rubio
Beatriz Magaloni
Edna Jaime
Coordinadores

Héctor Fix Fierro
Editor

A la puerta de la Ley

Luis Rubio	
Beatriz Magaloni	
Alberto Díaz	Edna Jaime
Héctor Fix	Roberto Blum
Ana Laura Magaloni	Luis Vergara
César Hernández	Norma Alvarez
Luis de la Barreda	Claudio Jones
	Alain de Remes
	Guillermo Trejo

CONTENIDO

Presentación	1
Prólogo	7
Capítulo I Modernización y estado de derecho	16
Capítulo II La problemática del poder judicial en México	41
Capítulo III La justicia penal en México	76
Capítulo IV Los costos del acceso a la justicia	109
Capítulo V La obediencia a las leyes, las instituciones y el carácter del mexicano	127
Capítulo VI Estado de derecho y acceso a la justicia. Algunas experiencias internacionales	175
Epílogo Hacia un estado de derecho permanente	224
Bibliografía Selecta	236
Notas	240

PRESENTACION

La legalidad es un valor superior, más allá de ideologías o posturas políticas. Sin un profundo respeto a la ley en todas sus formas y acepciones, ninguna sociedad puede avanzar, porque ninguno de sus miembros tiene certidumbre respecto a lo que los otros, incluyendo el gobierno, van a hacer. Si el que trabaja no tiene garantía de que su salario se le va a pagar, su trabajo reflejará esa falta de seguridad; si el que invierte puede ser expropiado en cualquier momento, sus decisiones de inversión tendrán como prioridad lograr una rentabilidad muy elevada en el menor plazo, en lugar de orientarlas a proyectos, también rentables, de más larga duración, que son generalmente los que mayores beneficios sociales aportan; si un candidato a cualquier puesto de elección popular no cuenta con la certeza de que el voto será respetado y de que todos los contendientes aceptarán los resultados, dejará de tener incentivos para procurar el voto y preferirá utilizar cualquier recurso político a su alcance para lograr su propósito. Vivir en una sociedad regida por leyes y el respeto a las mismas es una condición necesaria para que haya avance económico, para que se desarrolle la sociedad y para que progrese el país.

Muchos piensan que los mexicanos somos incapaces de ceñirnos al régimen de la ley, que no sólo no respetamos las leyes, sino que toleramos su violación sistemática. En realidad, los mexicanos hemos respondido históricamente a las circunstancias con las que nos hemos encontrado. En México existen leyes y reglamentos para todo. Sin embargo, el que toda actividad económica, política y social tenga un marco jurídico, no equivale a vivir dentro de un verdadero Estado de derecho. Se cuenta con un Estado de derecho cuando la actividad, tanto de los gobernados como de los gobernantes, se halla garantizada

y limitada a la vez por una norma superior, que es la Constitución, y por las leyes que emanan de ésta. El Estado de derecho consiste en la vigencia efectiva de un orden constitucional, con leyes estables e iguales para todos, que el gobierno respeta en forma cabal y que reducen al mínimo la coerción necesaria para que los ciudadanos las cumplan. No es casualidad que los mexicanos veamos a la ley como algo relativo, siempre sujeto a vaivenes y cambios, según soplen los vientos. México cuenta con leyes, pero no con un cabal Estado de derecho.

Este libro surgió de las preocupaciones anteriores. Todo es más costoso, más difícil y menos atractivo, si las estructuras legales representan un obstáculo en lugar de ser promotoras, o peor, si crean incertidumbre, en vez de ser el ancla del desarrollo. De nada sirve transformar la economía, modificar la relación entre el gobierno y la sociedad y crear nuevas condiciones para el empleo, la producción, las inversiones, los procesos electorales, los derechos civiles, etcétera, si las leyes y la legalidad no son la esencia de las relaciones que estos ámbitos entrañan. Si no modificamos nuestra realidad jurídica, la posibilidad de alcanzar el desarrollo se verá francamente disminuida.

Ante esta situación, nos abocamos a tratar el tema del Estado de derecho. Invitamos a un grupo excepcional de expertos a colaborar con el proyecto, para que prepararan textos, hicieran comentarios y sugirieran adiciones y mejoras. Con el tiempo, el libro fue tomando forma, hasta quedar en su estructura actual. La idea original del libro surgió de Luis Rubio, pero adquirió cuerpo en discusiones con los miembros del equipo de CIDAC, así como con abogados, legisladores y jueces, quienes aportaron al proyecto sus experiencias e ideas. Edna Jaime convocó y organizó a los autores de los primeros textos. Beatriz Magaloni trabajó los borradores para darles el carácter de capítulos y escribió los dos capítulos medulares que dan sustancia al tema de libro. Héctor Fix Fierro revisó los capítulos resultantes, con el fin de que formaran un libro coherente y consistente.

Especial mención ameritan Ana Laura Magaloni, César Hernández, Luis de la Barreda, Santiago Creel y Carlos Valencia por los excepcionales textos que prepararon; Alberto Díaz colaboró en la definición de muchas de las ideas que hacen de este libro lo que es. A todos ellos les agradecemos infinitamente su colaboración. Finalmente, este libro fue posible gracias al generoso apoyo de la fundación Ford, a quien también expresamos nuestro agradecimiento.

CIDAC -Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.- es una institución independiente, sin fines de lucro, dedicada a la investigación en las áreas del desarrollo, la economía y otras afines. Su objetivo es contribuir a la toma de decisiones de política pública y a la formulación de programas de desarrollo, así como al fortalecimiento de la economía del país, mediante la presentación de estudios, investigaciones y recomendaciones producto de su actividad académica.

La Junta de Gobierno del Centro es responsable de la supervisión del mismo y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como su publicación, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución. Los estatutos del Centro establecen que la Junta de Gobierno

"tiene por función primordial la de hacer posible la consecución de su objetivo social, bajo las condiciones más favorables, salvaguardando en todo momento la independencia de criterio de los profesionales y de sus actividades de investigación y docencia, así como las de sus publicaciones. La Junta de Gobierno conocerá y opinará sobre los proyectos de investigación que hayan concluido los profesionales del Centro, pero en ningún caso será su función la de determinar, controlar o influenciar el desarrollo ni el contenido de los proyectos de investigación o de las conclusiones a que éstos lleguen".

Al presentar este estudio, el Centro pretende contribuir al debate de uno de

los temas de mayor importancia y actualidad en el país: el de la imposibilidad de lograr el desarrollo sin un verdadero Estado de derecho. Confiamos que a lo largo del libro, y en cada uno de los aspectos que sobre el tema se abordan, se confirme la imperiosa necesidad de cambios profundos y se aporten las ideas que requiere esta gran tarea.

Luis Rubio F.

Julio de 1993

PROLOGO

EL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

Cuando en la discusión pública se plantean el cumplimiento de las leyes o el respeto a los derechos de los ciudadanos, no es infrecuente escuchar a unos decir, y a otros negar (cada quien para sus propios fines), que México es un "Estado de derecho". Sin duda, la expresión tiene una connotación positiva y un valor simbólico innegable, que cualquier ciudadano medianamente informado es capaz de intuir o sospechar. Pero, ¿qué es exactamente el Estado de derecho? ¿vivimos realmente en un Estado de derecho?

El término de "Estado de derecho" empieza a ser utilizado por la ciencia jurídica y política alemana del siglo pasado para designar una relación específica entre la forma política llamada "Estado" y el derecho, relación que va más allá de un gobierno limitado que envuelve su actuación en el ropaje de las normas jurídicas. O. Bähr dice que lo determinante en el concepto del Estado de derecho no es que el Estado reglamente mediante preceptos jurídicos la vida que en él se desarrolla ni que limite sus fines a la realización del derecho, sino que este Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia.¹

En la realidad, el Estado de derecho representa la confluencia de diferentes principios y postulados filosófico-políticos, de variados movimientos y fuerzas históricos, los cuales toman cuerpo en un conjunto de estructuras e instituciones que apenas en tiempos recientes se reconocen como elementos congruentes de un "modelo": el Estado liberal occidental.

Antecedentes mínimos

Ya en la filosofía política de la Antigüedad (Platón) se presentaba como ideal el "gobierno de las leyes", como forma opuesta al "gobierno de los hombres", de sus arbitrariedades y abusos. Dichas leyes no serían otras que las dictadas por la razón. Esta visión, sin embargo, no tiene que ver con las mismas nociones de libertad individual y gobierno democrático que asociamos actualmente con la idea de "Estado de derecho".

Las raíces del Estado moderno, y de la función que en él desempeña el derecho, deben buscarse en realidad en la Edad Media. Baste recordar que la primera "revolución" de Occidente (la reforma del papa Gregorio VII en el siglo XI) puede considerarse fundamentalmente como revolución jurídica. La Iglesia medieval lucha para liberarse de la tutela del poder político de su tiempo y para darse una organización y un gobierno propios a través del derecho canónico. Esta lucha da origen al Estado secular moderno; su primer modelo fue, paradójicamente, la misma Iglesia.²

También hay que tomar en cuenta el importante papel que tuvo el redescubrimiento, en el siglo XI, de los textos del derecho romano (el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, del siglo VI d.C.), los cuales, analizados y reelaborados, contribuyeron a la formación del nuevo ideal político.³ No es casual, por último, que poco tiempo más tarde se empiecen a elaborar las primeras teorías modernas sobre la democracia y la soberanía popular (Marsilio de Padua).

En los comienzos del absolutismo, aunque el concepto de soberanía se formula en términos jurídicos como poder de dictar las leyes, este poder, en manos del soberano o monarca, está limitado, si acaso, por los principios de la religión cristiana y por algunas leyes fundamentales del reino (Bodino).

Es hacia fines del siglo XVIII cuando, en parte como reacción contra el

absolutismo, se formulan, sobre todo en las Declaraciones de derechos americanas y francesa, los principios a partir de los cuales se desarrolla el Estado de derecho. Se trata de un cambio revolucionario que se expresa en una idea sencilla: la finalidad de todo poder público es la protección de los derechos del individuo; por ello, se trata de un poder limitado, cuya actuación debe estar prevista en la ley, como expresión democrática de la voluntad general.

Los principios del Estado de derecho

La teoría política y la práctica constitucional de los últimos tres siglos han ido elaborando y perfeccionando las instituciones y los principios que hoy asociamos con el concepto de "Estado de derecho".

1. Los derechos fundamentales

Para los revolucionarios franceses y americanos la protección de los derechos del hombre era el fundamento y la finalidad de las instituciones sociales. Se trata de derechos innatos, anteriores y superiores al Estado, que éste sólo puede reconocer. Sin embargo, para asegurarlos y como forma de "garantía", estos derechos se proclaman solemnemente en una declaración

"a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo, pudiendo ser en cada instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos".⁴

2. La división de poderes

Ya en la Antigüedad se consideraba la conveniencia del control y equilibrio del poder a través de la confrontación y cooperación de varias fuerzas. Cicerón (y antes de él, Polibio) atribuía el éxito y la estabilidad de la república romana a la sabia combinación, en una "constitución mixta", de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos.⁵

Sin embargo, a diferencia de la concepción antigua, donde los elementos de la "constitución mixta" pueden ligarse a grupos y clases sociales definidas (por ejemplo, nobles y plebeyos), la visión moderna toma como punto de partida la diferenciación de funciones y, consecuentemente, de órganos, dentro del aparato institucional del Estado, que se ha vuelto relativamente autónomo de la sociedad.⁶ "Que el poder detenga al poder" (Montesquieu) sigue siendo el principio de la separación de poderes, ya sea que ésta asuma un estilo más confrontacional, como en el sistema presidencial de los Estados Unidos, o más cooperativo, como en los regímenes parlamentarios europeos.

3. La seguridad jurídica

Frente al particularismo y los privilegios de la sociedad estamental, característica del Medioevo, la filosofía de la Ilustración opone el ideal de la igualdad y la universalidad, atributos que se manifiestan paradigmáticamente en la "ley" como mandato de la razón (Kant) o de la "voluntad general" (Rousseau).

Puesto que ya no es súbdito, sino ciudadano, el individuo es capaz de conocer y aceptar la ley, que divide y define las esferas de lo público y lo privado. Ella le ofrece certidumbre y seguridad jurídicas, esto es, la posibilidad de calcular

las consecuencias de sus actos respecto de otros particulares o en relación con el poder público. Las autoridades, por su parte, nada pueden hacer que no esté previsto en las leyes (principio de legalidad); cualquier posible afectación de los derechos del individuo debe estar debidamente fundada y justificada por una norma, a la vez que el afectado debe contar con la posibilidad de defenderse y ser escuchado (garantía de audiencia o principio del debido proceso legal).

LA REALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO

Los principios y postulados clásicos del Estado de derecho han sufrido profundas modificaciones en la realidad, quizá al grado de desfigurarlos o desvirtuarlos, en opinión de algunos.⁷ Ofrecemos solamente algunos elementos de juicio:

a) Después de dos guerras mundiales y de las atrocidades de las dictaduras de todo tipo, ha quedado en evidencia que tanto o más importante que la proclamación de los derechos humanos es la creación de mecanismos e instituciones para su eficaz salvaguardia en la realidad. También, que esta tutela no puede quedar al arbitrio de los Estados nacionales, lo que ha llevado al establecimiento de un régimen internacional para reforzar el respeto y la vigencia de estos derechos.

Por otro lado, los derechos del individuo han debido ser complementados por los postulados de la "justicia social" (formulada también a través de derechos), pero la tensión fundamental entre libertad e igualdad no ha podido ser resuelta.

b) El Estado intervencionista ha instrumentalizado y "funcionalizado" la norma, quizá hasta el límite de sus capacidades. La "inflación normativa", pero también la acción y la influencia de toda clase de intereses y grupos particulares,

han privado a la ley (y al resto del orden jurídico) de su carácter general, sistemático y estable, para convertirla en objeto de cambio, negociación y compromiso constantes. Para el ciudadano, la ley deja de ser factor de certidumbre; confía, en cambio, en mejor no tener que ver con ella.

c) La "voluntad general" democrática, que Rousseau pretendía infalible, ha requerido el correctivo constante de la intervención de los tribunales (y señaladamente, de los tribunales constitucionales), para proteger los derechos de los individuos y de las minorías.

d) El sistema de "frenos y contrapesos" que se atribuye a la división de poderes ha cedido su lugar, en mayor o menor grado, al predominio del poder ejecutivo, entre otras razones gracias a la superioridad técnica que le otorga a éste la administración burocrática.

No obstante las tensiones y contradicciones que estos cambios han generado, las instituciones y los principios del Estado de derecho son patrimonio irrenunciable de nuestra civilización.

EL ESTADO DE DERECHO EN MEXICO

Desde la Independencia, México ha buscado su identidad en la modernidad, ante un pasado conflictivo y desgarrado que no parece ofrecer respuestas. Por ello ha tratado repetidamente de adoptar, sin falsos pudores, las instituciones y los modelos más avanzados de su tiempo. Así, los líderes insurgentes eran hombre imbuidos de las ideas ilustradas y estaban plenamente convencidos de que sólo en ellas podría el pueblo mexicano encontrar paz y felicidad.

Comenzando con la Constitución de Apatzingán (1814), las declaraciones de derechos de nuestras constituciones han sido casi siempre generosas. Junto

con los derechos del hombre, se adoptó, no sin conflictos, el modelo institucional de la república más moderna de su época: los Estados Unidos. Además, en México echó raíces y se desarrolló ya en el siglo XIX un instrumento para hacer efectivos los derechos individuales y las normas constitucionales -el amparo-, como no lo había en muchos países civilizados de la Europa de entonces.

Sin embargo, el gran tema de nuestra historia constitucional ha sido la separación, si no es que el abismo, entre la norma y la realidad, la incapacidad casi congénita de la primera para modificar significativamente la segunda.

Hoy, la distancia entre la norma y la realidad persiste. En muchos ámbitos, no en todos, se ha reducido, gracias a un sano y perseverante espíritu reformista. Precisamente en los últimos diez años se han realizado muchas y muy importantes reformas de modernización del orden jurídico y de la justicia. A pesar de todo, las reformas han sido y siguen siendo insuficientes. Esta es la llaga en la que el presente libro pone el dedo.

SOBRE ESTE LIBRO

La premisa de la que toma su punto de partida este libro es sencilla: el proceso de modernización que ha emprendido el país, que es sobre todo de tipo económico, debe ir acompañado necesariamente de la modernización del sistema jurídico, y en especial, de la reforma de los órganos y las instituciones que se encargan de la aplicación de las normas, es decir, la justicia. Ya no se trata sólo de las insuficiencias "internas" del orden jurídico, como las perciben y las critican los juristas, sino de una disfunción a nivel de la sociedad en general.

El Capítulo I establece los términos de la relación entre "modernización" y

"Estado de derecho": la certidumbre de la norma jurídica y la credibilidad de la administración de justicia como condición o presupuesto de la actividad económica y de la política social. Se ofrecen ejemplos claros y concretos del rezago del sistema jurídico respecto de las reformas económicas y sociales emprendidas o continuadas por el gobierno actual.

El Capítulo II describe algunos de los problemas que enfrentan los poderes judiciales, federal y estatales, en nuestro país. Respecto del Poder Judicial federal, resulta interesante la correlación entre carga de trabajo de los tribunales, rezago y sobreseimiento: ante el aumento del número de asuntos, resulta explicable, si no racional, evitar resolver muchos de ellos, pues de otro modo se hacen más lentos los procedimientos. Sin embargo, ahora que se ha incrementado notablemente el número de tribunales, existe el peligro de que se sigan aplicando criterios formales para admitir y, sobre todo rechazar, la demanda de justicia de la sociedad. En cuanto a los poderes judiciales locales, no hay más remedio que iniciar el camino de una verdadera modernización, lo que llevaría también a fortalecer el federalismo, que no es otra cosa que la separación vertical de los poderes.

El Capítulo III resume los grandes problemas de la justicia penal, que son especialmente lacerantes en nuestro país. Si la sociedad actual no puede o no quiere renunciar al instrumento del derecho penal, es preciso combatir sus indudables injusticias, para que cada vez se diga menos que "el Código civil se aplica a los ricos, y el Código penal a los pobres".

El Capítulo IV presenta el punto de vista del consumidor del derecho, de quien paga por un servicio de asesoría jurídica. Nuevamente se trata de un problema en que nuestro atraso es casi escandaloso. Antes de hablar de los costos de resolverlo, habría que tener presente que cuando el individuo o un grupo defiende sus derechos (sobre todo los fundamentales), lucha también por los derechos de todos y presta un servicio a la sociedad. También en el derecho hay

una "mano invisible".

El Capítulo V ofrece una explicación institucional, y en última instancia, política, de las dificultades para construir un verdadero Estado de derecho en nuestro país. La ventaja de esta explicación es que no nos condena al fracaso, pero tampoco al éxito. La actuación de Jorge Carpizo como presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y, más tarde, como Procurador General de la República, muestra sin lugar a dudas -puesto que el consenso sobre la necesidad de cambios ya existe- la importancia de la "voluntad política", como hoy se dice, que es, en buena medida, aunque no exclusivamente, voluntad presidencial.

El Capítulo VI presenta varias experiencias internacionales como punto de referencia. Aunque estemos justamente orgullosos de muchas de nuestras "instituciones nacionales", la verdad es que tradicionalmente hemos sido un país receptor de instituciones, provenientes de diversas tradiciones. El ingrediente nacional ha consistido en valorar y saber adaptar esas instituciones a nuestras circunstancias, y el mérito no es escaso. Ahora que vivimos una nueva etapa de apertura hacia el exterior, no debemos renunciar a inspirarnos y beneficiarnos de soluciones extranjeras. Después de todo, nosotros decidimos cuáles nos convienen y en qué forma.

El Epílogo resalta la necesidad de dar permanencia, más allá de los vaivenes sexenales, a las transformaciones que requiere el sistema jurídico mexicano.

En suma, no es otra la intención del libro que acercar un tema de la primera importancia y actualidad a un círculo de lectores más amplio que el de un gremio especializado, aportando, al mismo tiempo, elementos de solución.

CAPITULO I

MODERNIZACION Y ESTADO DE DERECHO

México ha adoptado un nuevo modelo de desarrollo que se basa en el libre comercio y en la internacionalización de la economía como medios para generar riqueza, aumentar la productividad y mejorar así el nivel de vida de la población. Es decir, la reforma económica ha consistido en la apertura de los mercados a la competencia nacional e internacional, en la desregulación de amplias áreas de la economía, en la privatización de las empresas estatales, en el saneamiento de las finanzas públicas, para lograr con ello la estabilidad macroeconómica. En fin, en lo económico, México está en vías de consolidar la vigencia del mercado.

En el ámbito político, el gobierno ha permitido la modificación de algunas reglas, formales e informales, de participación electoral, de manera tal que el sistema de partidos se ha hecho un poco más competitivo. Así, en los últimos años los partidos de oposición han logrado importantes triunfos en alcaldías, diputaciones, el Senado e incluso gubernaturas, triunfos que han sido reconocidos, a veces con reticencia, por el partido oficial. Aunque es evidente que falta mucho por hacer para lograr una sólida democracia en México, en estos tiempos ha mejorado la representatividad del sistema político y se ha avanzado en el respeto a los derechos ciudadanos.

En el ámbito social, el gobierno es cada vez más consciente de la importancia de promover la igualdad de oportunidades y la satisfacción de las necesidades básicas de la población, como educación, salud y vivienda. Se ha visto que la pobreza es un cáncer que daña a la sociedad en su conjunto y no sólo a quienes la padecen directamente. Aunque los programas existentes son aún insuficientes y están sujetos a manipulación política, el otorgamiento de subsidios

bien aplicados, junto con la participación de los beneficiarios, parece avanzar en la dirección correcta, que es la erradicación de la pobreza.

Así, México muestra su voluntad de acceder a una modernidad fundada en el mercado, la democracia y la igualdad de oportunidades.¹ Pero una condición indispensable para el éxito de las reformas que llevarán a México a la modernidad plena, es la existencia de un verdadero Estado de derecho. Lamentablemente, esto todavía no se logra por completo respecto de la actualización legislativa y la impartición de justicia.

MODERNIDAD Y ESTADO DE DERECHO

En el pensamiento del filósofo alemán Hegel, la relación entre Estado y modernidad consiste en que las economías modernas son el resultado de la asociación de agentes económicos libres; éstos "se relacionan en un marco político y jurídico dentro del Estado racional moderno, en el que los individuos son ciudadanos consumidores investidos de derechos y obligaciones explícitas".² El sociólogo Max Weber apunta que "el Estado racional es el único en el que puede prosperar el capitalismo moderno", ya que "se funda en la burocracia profesional y en el derecho racional".³ Sin la certeza que un orden jurídico sólido otorga a los agentes económicos, "éstos no podrán calcular las probabilidades de mantener a su disposición bienes económicos o adquirir en su futuro, con determinadas condiciones previas, la disposición sobre ellos".⁴ Y sin la existencia de un orden político que asegure el cumplimiento del orden jurídico y la resolución imparcial de los conflictos que la interacción económica conlleva, se paralizarían todos los engranajes de la compleja sociedad económica moderna.

Tanto los economistas marxistas como los neoclásicos están de acuerdo en

que sólo en un marco constitucional que garantice explícitamente los derechos de propiedad de los agentes económicos, se pueden realizar eficientemente las actividades económicas características de un régimen capitalista.⁵ De esta manera, es indudable la importancia que tienen las diversas instituciones jurídicas -la Constitución y las leyes, los tribunales y los contratos- en el desarrollo político y económico de la sociedad. Hoy día, existe cada vez un mayor consenso entre politólogos, historiadores y economistas en el sentido de que la enorme distancia entre los niveles de desarrollo de los países es consecuencia, precisamente, del tipo de instituciones jurídicas que estructuran las relaciones políticas, económicas y sociales de los individuos en esas sociedades. Las naciones con más alto nivel de desarrollo han logrado, todas, establecer un sistema jurídico claro, imparcial y generalmente respetado, como una condición necesaria para el ejercicio de la democracia, el funcionamiento del mercado y el crecimiento económico. En cambio, los países en vías de desarrollo cuentan con estructuras institucionales que presentan incentivos perversos, de tal forma que no se castigan la desobediencia a las leyes, la ineficiencia y el desperdicio en las actividades económicas, ni el autoritarismo y la corrupción por parte de los funcionarios públicos.⁶

REZAGOS EN LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

En nuestro país, el orden jurídico y la justicia sufren graves problemas. Para comenzar, podemos afirmar que no se tiene un conjunto de principios de derecho claros y respetados por todos. Al contrario, las normas son generalmente desobedecidas tanto por autoridades como por particulares, lo cual hace que no exista certidumbre en las relaciones sociales.

Las leyes que rigen a la sociedad mexicana son en unos casos contradictorias y en otros obsoletas. Además, las autoridades las aplican en forma discrecional. Los ciudadanos no cuentan con medios de defensa eficientes y económicamente accesibles para todos. Los conflictos entre particulares se resuelven, por lo general, al margen de las leyes y, si se llevan ante los tribunales, por lo común se requiere impugnar las sentencias en segunda e inclusive tercera instancias, debido a la baja calidad de las primeras instancias. El Ejecutivo ejerce una influencia impropia y excesiva sobre la administración de justicia y sobre el Poder Judicial en general. La Suprema Corte de Justicia no ha podido desempeñar plenamente su función en el esquema de división de poderes, es decir, controlar la constitucionalidad y la legalidad de los actos de los demás poderes.

Las carencias de nuestro sistema jurídico se manifiestan desde la Constitución, que es la Ley Suprema que gobierna al Estado mexicano, hasta el más sencillo contrato mercantil entre particulares, pasando por leyes y reglamentos que en múltiples ocasiones se contradicen entre sí.

Tenemos una Constitución que es más un listado de intenciones que un ordenamiento que de hecho regule a la sociedad y al Estado. Por ello, existe una notable divergencia entre las normas constitucionales formales y la práctica de las autoridades: entre el sistema federal y la realidad del centralismo; o bien, entre la división formal y la realidad de un ejecutivo hegemónico que legisla y juzga como un poder cuasi-fusionado.

En el derecho económico, subsiste formalmente un Estado interventor, rector de todos los espacios de la vida económica -lo cual es reflejo de la fase de desarrollo de sustitución de importaciones- junto con la vigencia de los principios liberales de un Estado mínimo, producto de los imperativos del nuevo contexto internacional. En el derecho corporativo, la ley consagra formalmente la

prohibición constitucional expresa de los monopolios privados, al tiempo que se privatizan empresas públicas sin leyes que garanticen plenamente la competencia.⁷ Por último, hasta hace poco existían normas constitucionales que no reconocían a las iglesias y que prohibían la educación religiosa, mismas que no se aplicaron durante mucho tiempo, ante la realidad de un pueblo mayoritariamente católico.

La Constitución mexicana vigente de 1917 ha sido modificada más de 350 veces, de acuerdo con la necesidad política del momento y las aspiraciones de los distintos grupos en el poder. De ahí que no constituya en realidad un "pacto social inicial", en el lenguaje contractualista de los filósofos liberales ingleses, sino una amalgama de proyectos políticos muchas veces irreconciliables.

En un Estado de derecho las leyes y los reglamentos derivan su validez de la Constitución; pero si la Ley Suprema no refleja la realidad del país y tampoco constituye un ordenamiento jurídico coherente, no se puede esperar que las leyes, en general, y la impartición de justicia, en particular, respondan al reto de la modernización.

El primer paso para lograr un Estado de derecho en México es contar con un diagnóstico que permita identificar las áreas en las cuales la ausencia de reformas jurídicas -de las leyes, las instituciones y los procedimientos- ha impedido que el país coseche los frutos de las reformas política, económica y social. Se podría argumentar que el marco jurídico también se ha adecuado a las nuevas circunstancias, pero si bien es cierto que el gobierno ha modificado importantes sectores de la legislación pesquera, minera, del transporte o sobre inversión extranjera, el ordenamiento jurídico y su aplicación son claramente las áreas más rezagadas en el proceso de modernización.

Más aún, a pesar de que se han expedido nuevas y mejores leyes, no ha sido resuelto el problema de fondo del Estado de derecho en nuestro país. Para

resolverlo necesitaríamos modificar nuestra manera de concebir la legalidad, la relación entre los individuos y las formas de interacción entre la sociedad y el gobierno, de modo que la ley impere por encima de caprichos, programas políticos o sanas recetas económicas.

Para describir el rezago en la vigencia del Estado de derecho en México, haremos una contraposición de los cambios realizados en otros ámbitos con el penoso avance de la reforma jurídica. La discusión se centra en los impedimentos que la ausencia de un verdadero Estado de derecho plantea para la reforma económica (vigencia del mercado), la reforma política (vigencia de la democracia) y la reforma social (vigencia de la igualdad).

El rezago respecto a la reforma económica

El marco jurídico y el nuevo modelo de desarrollo

La reforma económica en México ha involucrado primordialmente tres elementos. El primero, la estabilización macroeconómica mediante la renegociación de la deuda externa, el control del déficit público -y con ello, de la inflación- y un manejo adecuado del tipo de cambio. El segundo, la apertura comercial que ha traído consigo mayor competencia internacional para las industrias nacionales y mayores flujos de inversión extranjera para el país. El tercero, la desincorporación de empresas públicas y, aunado a ello, la reducción del papel del Estado en el ámbito económico. Los principios del mercado tienen cada vez mayor vigencia en México, lo cual significa que las empresas que no son productivas o eficientes están condenadas, de hecho, a desaparecer.

No obstante que el Estado mexicano se está transformando para reducir en

forma significativa su control sobre la vida económica, los principios políticos que dieron fundamento al modelo de desarrollo de sustitución de importaciones aún se encuentran incorporados a la Constitución. Por ejemplo, todavía persiste la rectoría económica del Estado en el artículo 25, lo que implica que el gobierno puede legalmente regular cualquier actividad económica, imponiendo toda clase de límites al comercio según su interpretación del "interés público".

Asimismo, de acuerdo con el artículo 28 constitucional -que fue reformado en 1982 con motivo de la nacionalización de la banca de ese año y de nuevo en 1990 para permitir su reprivatización- el gobierno (Congreso de la Unión) aún cuenta con la facultad de instaurar cualquier monopolio en las áreas que considere "estratégicas", además de los cinco monopolios que señalaba el artículo original. Más aún, conforme a los cambios que en 1950 se le hicieron al artículo 131 constitucional, el Ejecutivo federal puede legislar en materia de comercio exterior e imponer aranceles a la importación y exportación de acuerdo con su propio criterio y con la sola obligación de someter a revisión del Congreso sus políticas, una vez que hayan sido implantadas.

Nada garantiza -ni siquiera la probable ratificación de un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Canadá y los Estados Unidos- que el gobierno no pueda dar vuelta atrás a la liberalización comercial, si en la Constitución subsisten los principios de un Estado proteccionista e interventor. En relación con esto se ha señalado precisamente que existen divergencias o incompatibilidades entre algunas disposiciones del Tratado ya negociado y los principios de la rectoría económica del Estado, de tipo nacionalista y proteccionista, consagrados en nuestra Constitución. Más allá de esta discusión y de sus posibles consecuencias jurídicas o políticas, se trata de resaltar la necesidad de adecuar nuestra legislación al nuevo entorno internacional que enfrenta México, modificando los artículos constitucionales que reflejan las prioridades políticas del modelo de

desarrollo del pasado.

La Constitución mexicana también faculta al Ejecutivo a contratar deuda pública, limitándose el Congreso de la Unión a fijar los criterios de la contratación y a "reconocerla y mandarla pagar". Esto significa que el Ejecutivo aún puede endeudar al país sin someter sus decisiones al control ciudadano, con lo cual pueden volver el endeudamiento excesivo y la consiguiente inestabilidad monetaria.

Según el artículo 26 constitucional -reformado en 1983- el Ejecutivo posee también facultades discrecionales para establecer los procedimientos de participación y consulta popular, así como los criterios para elaborar, controlar, implantar y evaluar el Plan Nacional de Desarrollo y sus programas específicos. Bajo estos principios se pone en entredicho la vigencia del mercado, que sólo da cabida a la planificación central en casos excepcionales.

El Ejecutivo es igualmente el encargado de otorgar las concesiones para la explotación de recursos naturales. Según la Constitución, el Ejecutivo puede también, a su arbitrio, fijar precios, organizar la distribución de bienes e, incluso, decidir sobre los artículos que preferentemente deberán producirse por considerarlos esenciales para el consumo nacional, tales como alimentos, vestido, materias primas, productos de las industrias básicas, mercancías fabricadas por ramas importantes de la industria, etcétera.

Este marco legislativo permitió que, durante los años del modelo de desarrollo basado en la sustitución de importaciones, las autoridades gobernarán por decreto y otorgaran discrecionalmente privilegios a grupos y personas, muchas veces por razones políticas o por medio de la corrupción, minando así la igualdad formal ante la ley. Este es el caso de la concesión de permisos, la fijación de precios y tarifas, así como de la distribución de créditos.

A pesar de que a partir de 1985 el Ejecutivo se ha comprometido

explícitamente a retirarse de la actividad económica y a promover la productividad, no se cuenta aún con un marco jurídico a la altura de lo prometido. La reducción de la discrecionalidad burocrática deberá ir acompañada de la elaboración de un marco normativo que, a partir de la Constitución, defina en forma explícita las restricciones a la actuación del poder político en materia económica y los límites a las reformas constitucionales. De lo contrario, no podrá llevarse a la práctica el principio de que para la autoridad está prohibido todo lo que no está expresamente permitido en las leyes. Mejor aún, al igual que en la mayoría de los países desarrollados, la Constitución debe incluir sólo principios fundamentales, como la división de poderes, la democracia y los derechos humanos, y dejar que los programas económicos sólo se reflejen en leyes secundarias siempre y cuando no violen los principios fundamentales de una nueva Constitución.

El marco jurídico y los costos de transacción

La existencia efectiva de un Estado de derecho es indispensable, por un lado, para promover la inversión y estabilizar a largo plazo la economía y, por el otro, para aumentar la competitividad internacional de las empresas mexicanas. Sólo el gobierno de las leyes permite efectuar predicciones fiables y, por ende, que los individuos puedan planear la realización de sus propios objetivos en un contexto de reglas conocidas y con la certeza de que las autoridades no usarán el poder coercible en su contra y en forma arbitraria.⁸

El marco jurídico constituye uno de los determinantes más importantes de la rentabilidad de la actividad económica, en la medida en que facilita u obstaculiza la realización de diversas transacciones.⁹ Dentro de la teoría económica moderna se ha señalado que para que las empresas sean productivas,

éstas deben reducir lo más posible, no sólo sus costos de producción, sino también los llamados "costos de transacción".¹⁰ Por estos últimos se entiende una serie de gastos en que incurren los individuos y las empresas para poder participar en el mercado. Entre ellos se cuentan los costos para adquirir información, negociar los contratos y supervisar su cumplimiento.

En México los costos de transacción son muy altos para la mayoría de las empresas. Esto se debe en gran parte a que no existen procedimientos judiciales expeditos, accesibles a todos y de alta calidad, o esquemas conciliatorios comúnmente aceptados, como el arbitraje.

Las deficiencias en los procesos judiciales aumentan considerablemente el riesgo del oportunismo, es decir, que las partes no se sujeten a lo pactado, sino que incumplan en la medida en que les resulta más redituable a corto plazo. El alto riesgo del oportunismo ocasiona que se tengan que invertir más recursos en investigar la reputación comercial de la persona con la que se va a suscribir un contrato y sobre las características y el valor efectivo de los bienes que se intercambian.¹¹

El origen de los costos de transacción que enfrentan las empresas no se encuentra únicamente en las fallas del poder judicial en sí, sino que también corresponde a la existencia de leyes deficientes y trámites engorrosos, que lejos de facilitar el comercio lo obstaculizan. Se pueden distinguir por lo menos tres fuentes de costos de transacción, que se ilustran a continuación con sendos ejemplos: costos derivados de una legislación deficiente (arrendamiento para casa-habitación en el Distrito Federal); costos derivados de la lentitud de los procesos judiciales (juicio ordinario mercantil); y costos impuestos por reglamentos administrativos (requisitos para la apertura de negocios en el Distrito Federal).

a) el arrendamiento para casa-habitación en el Distrito Federal¹²

El marco jurídico del arrendamiento para casa-habitación en el Distrito Federal es el producto de presiones políticas y soluciones apresuradas que terminaron constituyendo un conjunto legislativo bastante incoherente. Por una parte, las llamadas huelgas inquilinarias de los años treinta sentaron el precedente que llevó a la existencia de "rentas congeladas" en buena parte del centro de la ciudad de México. La legislación que se creó refleja la fuerza relativa de los grupos urbanos de reciente migración a la ciudad, que constituían una importante base de apoyo político para el gobierno.¹³

Desde el punto de vista jurídico, las disposiciones relativas al arrendamiento de casa-habitación en el Distrito Federal son de carácter imperativo, y no supletorio, como en los demás contratos entre particulares. Ello significa que la legislación impone ciertas obligaciones irrenunciables, las más importantes y onerosas de las cuales son la de arrendar por un año forzoso, prorrogable hasta por dos años más a voluntad del arrendatario y la imposibilidad de aumentar la renta en un porcentaje superior al 85% del incremento anual del salario mínimo. Así, si el inquilino lo desea, ocupará la habitación hasta por tres años y el arrendador no sólo no podrá disponer de su casa, sino que recibirá año con año una renta depreciada en términos reales, sobre todo si el salario mínimo no conserva su valor adquisitivo.¹⁴

Aunado a esto, el jurista mexicano Santiago Creel ha calculado que el litigio para obtener la devolución de la propiedad dura típicamente hasta cuatro años, a lo largo de los cuales el arrendador no recibirá incremento en el pago de la renta y, además, deberá cubrir los costos del litigio.¹⁵ De esta forma, arrendar a personas desconocidas o poco confiables puede implicar que en un plazo mínimo de siete años (3 años de la renta forzosa y 4 años del litigio), no se podrá disfrutar de la

propiedad, sin tomar en cuenta además los considerables costos económicos que implican el deterioro de la habitación a la que no se le dará mantenimiento, una renta mermada para el dueño y los gastos de un largo juicio. De ahí que el mercado de arrendamiento sea tan ineficiente: por un lado, no existe oferta suficiente, pues mucha gente optará por no rentar; y por el otro, el propietario de los bienes inmuebles buscará arrendar, no a personas desconocidas, sino sólo a un círculo reducido de amistades y familiares. Esto implica que la vivienda resulta más cara debido a la limitada oferta y a que no se distribuye conforme a criterios de mercado.

b) el juicio ordinario mercantil

Otra importante fuente de costos de transacción lo constituye el litigio ante los tribunales, no sólo para casos tan especializados como el de la vivienda, sino para las operaciones económicas más elementales. Así, por ejemplo, si se quiere demandar por una deuda no pagada de 30 mil nuevos pesos y se toman en cuenta los costos de abogados de buena calidad; los gastos del juicio, que incluyen copias certificadas, transporte, "sobornos", peritos, etcétera; la posibilidad de que los jueces no decidan conforme a las leyes, y la circunstancia de que el proceso puede llegar a ser muy largo, no sólo por el rezago judicial, sino porque la contraparte cuenta con diversos mecanismos para prolongarlo incluso hasta por cinco o seis años, es probable que el acreedor se resigne a no exigir el pago legalmente y que, en cambio, busque un mal arreglo con el deudor. Este último, sabiendo lo anterior, sólo cubrirá el adeudo si le interesa mantener la relación a largo plazo o si es una persona honrada.

En el apéndice a este capítulo presentamos un Cuadro Esquemático de los

Términos de un Juicio Ordinario Mercantil.¹⁶ El juicio ordinario mercantil es supuestamente uno de los litigios más sencillos, ya que la ley pretende que sea expedito y fácilmente accesible a todos, debido a lo común que resulta que surjan controversias sobre el cumplimiento de contratos mercantiles. El cuadro describe la actuación procesal, su fundamento legal, el término que la ley determina para que se efectúe la actuación procesal correspondiente, así como el tiempo que transcurre de acuerdo con lo establecido legalmente (días acumulados), mientras se desarrolla el proceso, y el tiempo que transcurre realmente (días acumulados de hecho), a consecuencia de situaciones administrativas que tienen lugar en los propios tribunales. En dicho cuadro se especifican los trámites procesales que en general deben realizarse durante la primera y segunda instancias, así como durante el juicio de amparo que en su caso se promueva. Si el cobro de un documento mercantil puede llevar mas de un año de trámites (306 días hábiles), con los costos asociados que esto implica, no es sorprendente que -sobre todo entre los individuos pobres y las empresas pequeñas- se opte por malos arreglos informales. Los 306 días hábiles se calculan en el supuesto, además, de que ningún auto se apele paralelamente al proceso de fondo. Si se enfrenta uno a un abogado "chicanero", no es extraño que un juicio de este tipo llegue a tomar cuatro o cinco años.

c) requisitos para la apertura de negocios en el Distrito Federal

La última fuente de costos de transacción que ilustramos se encuentra en la reglamentación de índole administrativa que emana del Ejecutivo. El ejemplo más notorio de estos costos se encuentra en la reglamentación de uso del suelo y en la relativa a la apertura de nuevos negocios.¹⁷ Aunque en el ejemplo hacemos

referencia específica al Distrito Federal, en la mayoría de las entidades federativas existen también arcaicos reglamentos que norman la actividad de todo tipo de establecimientos, tales como expendios de bebidas alcohólicas, albercas públicas, cementerios, mercados, rastros, estacionamientos públicos, restaurantes, hoteles, etcétera.

En el Distrito Federal, la I Asamblea de Representantes (1988-1991) inició la revisión de estas reglamentos. En julio de 1989, por ejemplo, esta Asamblea expidió un nuevo Reglamento para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles y Celebración de Espectáculos Públicos en el Distrito Federal. Dicho ordenamiento simplifica algunos trámites y exime del requisito de licencia de operación a varios giros. Sin embargo, la regulación en esta materia sigue siendo extensa, costosa y en gran medida inútil.

Muy ligada a esta reglamentación se encuentra toda la normativa federal y local que emana de la Ley General de Salud, que comprende innumerables ordenamientos que sujetan a los particulares a diversas obligaciones de carácter sanitario cuando deseen emprender casi cualquier actividad comercial o industrial. Así, de la Ley General de Salud y de las leyes estatales en la materia derivan reglamentos de aplicación federal o local que regulan infinidad de actividades, desde el control sanitario de la publicidad, hasta el funcionamiento de laboratorios, bancos de ojos, comercializadoras de carne, establos, etcétera. En este rubro, cabe también destacar la promulgación, en 1988, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente y de los numerosos ordenamientos que provienen de ella y que regulan la emisión de contaminantes de todo tipo, pues establecen normas de difícil cumplimiento en el corto plazo.

En la legislación local del Distrito Federal y de los municipios, una de las áreas más complejas y reglamentadas es la relativa a la construcción y al uso del suelo. En estas materias, por ejemplo, un particular que desee construir un edificio

o cambiar el uso del suelo de un predio, de habitación a oficinas o comercio, tiene que consultar primeramente el Programa Parcial de Desarrollo Urbano de la delegación en que se encuentra la propiedad. En dicho documento se indica a qué usos puede destinar su terreno. Sin embargo, es posible que haya existido alguna modificación a ese programa, por lo cual debe solicitar una constancia de zonificación -cuya entrega tarda no menos de un mes-, y en la que se le señala si el uso que pide está permitido, prohibido o condicionado. En el segundo caso, tiene que solicitar un cambio al programa, para lo cual necesita efectuar trámites que le pueden llevar cerca de un año. Si está condicionado, debe obtener una licencia de uso especial, que implica también un largo y engorroso procedimiento. En ciertos casos, la oficina de la delegación no cuenta con la autoridad para aprobar la modificación del uso del suelo solicitada, por lo que se requiere realizar un trámite similar en las oficinas centrales del Departamento del Distrito Federal, con lo que se alargan los tiempos y se multiplican las fuentes potenciales de corrupción.

Una vez que tiene autorizado el uso de suelo que solicita, para iniciar la construcción de una obra el individuo necesita cumplir con una gran cantidad de requisitos que establece el reglamento correspondiente, amén de pagar cuantiosos derechos por diversos conceptos, como el agua, por ejemplo. Posteriormente, cuando concluye la construcción, debe presentar avisos de terminación de obra y, en algunos casos, solicitar visto bueno de seguridad y operación.

Después de pasar todos los trámites señalados, quien desee instalar una oficina o un comercio tiene, asimismo, que solicitar su registro en el padrón de la delegación respectiva y, en algunos casos, una licencia de funcionamiento, luego de cumplir con las obligaciones que manda el Reglamento de Establecimientos Mercantiles antes mencionado. También ha de obtener un visto bueno de

seguridad por parte de la Secretaría de Protección y Vialidad.

En cierto tipo de comercios, la reglamentación impone aun mayores cargas. Por ejemplo, si alguien quiere abrir un comercio de alimentos -como un restaurante o una cafetería-, necesita además, entre otras cosas, una licencia sanitaria y en caso de expender bebidas alcohólicas, una licencia especial que concede la delegación correspondiente, todo ello con base en los múltiples ordenamientos sanitarios, de policía, etcétera, a que nos hemos referido antes.

Todos estos trámites y requisitos son sólo algunos de los muchos que se requieren para construir y operar una oficina o comercio, pues nos hemos limitado al aspecto de la construcción y uso del suelo. Además, hay que considerar las obligaciones que se desprenden de leyes y reglamentos mercantiles o fiscales, tales como avisos de alta ante Hacienda, Cámaras de Comercio, Secretaría de Turismo, Dirección de Estadística, Registro Público de Comercio, IMSS y otras muchas que sería casi imposible enlistar.

Podemos afirmar entonces, que la actividad legislativa tanto del Congreso y el Ejecutivo federales como de las autoridades locales en los estados ha creado una interminable lista de leyes, reglamentos, acuerdos y decretos que influyen en casi todos los ámbitos de acción de los gobernados, cuyo conocimiento y cumplimiento resulta, por ende, virtualmente imposible y cuyos costos son elevados.

Existe un problema adicional que está íntimamente ligado con los costos de transacción derivados de leyes y reglamentos administrativos. Dicho problema consiste en que las empresas y los ciudadanos están virtualmente indefensos, en muchas ocasiones, frente a los actos autoritarios de los funcionarios de la administración pública.

El juicio de amparo -supuestamente un eficaz mecanismo de defensa contra de las autoridades, creado por notables juristas mexicanos- no proporciona

una verdadera defensa en asuntos relacionados con la actividad económica. Esto se debe a que la figura jurídica de la "suspensión", cuyo propósito es evitar que el acto de autoridad se consume mientras transcurre el juicio y así cause daños a los ciudadanos, no es muy efectiva en realidad tratándose de asuntos comerciales o fiscales. Por ejemplo, si un negocio es clausurado ilegalmente, se pone de hecho en riesgo su viabilidad económica, ya que mientras se tramita el amparo es imposible "suspender" la clausura, pues la Suprema Corte la ha interpretado como "hecho consumado". Así, si el juicio de amparo dura varios años, de nada servirá ganarlo, ya que para entonces el establecimiento se habrá ido a la quiebra.¹⁸

El rezago respecto a la reforma política

La democracia y las reglas del juego político

Hablar de la reforma política en México implica referirse a múltiples aspiraciones frustradas, verdades a medias y un sistema político sui generis en América Latina. En términos de la aspiración a la modernidad, una reforma política completa implicaría la vigencia plena de la democracia en México. Sin embargo, no es posible afirmar que nuestro país haya alcanzado este ideal moderno. A pesar de que se han realizado importantes reformas políticas y el sistema de partidos es cada vez más competitivo, el fraude electoral, la imposición de la Federación sobre los estados y la falta de representatividad y responsabilidad por parte de los políticos electos son lastres que aún no han sido eliminados.

Aunque la reforma política ha sido insuficiente, podemos afirmar, sin embargo, que se ha hecho aun menos por el marco jurídico que debe garantizar la vigencia de la democracia. La división de poderes es una ficción, tanto en el marco

de las leyes como en la práctica política, sobre todo en lo que concierne al poder judicial. Cabe recordar que aun en los regímenes parlamentarios modernos, en los que el Ejecutivo y la mayoría parlamentaria forman una unidad funcional, una condición necesaria de su modernidad es que cuenten con un poder judicial independiente que controle la constitucionalidad y la legalidad de las acciones gubernamentales.

Las leyes electorales aún necesitan ser reformadas para que las elecciones se realicen en un ámbito de transparencia y legalidad. Sólo con elecciones limpias se puede generar la representatividad que legitima a las instituciones políticas. Muchos derechos ciudadanos son violados sistemáticamente por las autoridades - inclusive las electas- sin que exista una instancia ante la cual defenderlos.

En el ámbito político, si las reglas son de naturaleza democrática, la existencia de un Estado de derecho puede asegurar que los distintos grupos compitan pacíficamente por el poder y, además, que el acceso a éste responda a su mayor capacidad de gobernar, de acuerdo con el veredicto del voto mayoritario de los ciudadanos.

Es imposible que en las complejas sociedades modernas se obtenga unanimidad en cuestiones políticas sustanciales. Incluso en las democracias más consolidadas, las simples reglas de mayoría con frecuencia no son suficientes para obtener resultados políticos representativos y aceptables.¹⁹ Por ello, las reglas de mayoría tienen que ser suplementadas por instituciones políticas que se distribuyan el poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial; Federación y estados) y generen frenos y contrapesos; así como por partidos políticos que estructuren la competencia política.²⁰ La democracia representativa por medio de partidos políticos es quizá la única alternativa a la imposición por la fuerza de los puntos de vista de un grupo a todos los demás, o sea, a la dictadura.

El sistema democrático aporta, además, motivos morales para el

cumplimiento de las leyes que en él se generan. Según Peter Singer, profesor de la Universidad de Oxford, estudioso de cuestiones éticas y morales, una de estas razones es que el hecho de la intervención en los procesos democráticos compromete moralmente al participante a acatar lo que se decidió de manera democrática.²¹ Sometidas a examen, las democracias occidentales, sin embargo, resultan ser en la práctica más bien sistemas poliárquicos en los que el juego político se lleva a cabo con ciertos grupos organizados -por lo general, poderosos económicamente- como únicos participantes efectivos.²² En estas situaciones, a juicio de Singer, la inobservancia de la ley -en particular la llamada desobediencia civil- puede ser moralmente justificada siempre y cuando se satisfagan ciertos requisitos, tales como el uso de la no violencia y el agotamiento previo de los recursos legales disponibles. El mismo autor propone algunas medidas para incrementar la participación política efectiva de la población y tornar así en moralmente injustificable la opción de la desobediencia civil: la descentralización del poder; democratización interna de los partidos políticos; el establecimiento de sistemas de representación política proporcional y el empleo del procedimiento de referéndum.²³

Singer desarrolla una argumentación de tipo teórico acerca de la forma en que la participación política, la observancia de la ley y la moralidad se afectan mutuamente. Es posible, sin embargo, derivar implicaciones más prácticas. Los argumentos teóricos a los que hemos hecho referencia hacen plausible la hipótesis de que quienes se encuentran marginados de la participación política efectiva en un sistema formalmente democrático, perciben las leyes emanadas de dicho sistema como algo ajeno, que sólo les resulta relevante en virtud de las consecuencias prácticas derivadas de su cumplimiento o incumplimiento, pero que de ninguna manera obligan moralmente. Desde este punto de vista, resulta poco sorprendente que en México los grupos más marginados en los cinturones

urbanos de miseria sean identificados como uno de los focos de violencia y desacato a las leyes. Si las personas simplemente cumplieran las leyes de acuerdo a un cálculo de los costos y beneficios individuales, independientemente de consideraciones de tipo moral, el mundo sería -en las palabras del historiador económico Douglass North- una selva, en la que ninguna sociedad sería viable.²⁴

El problema político de la falta de democracia sólo será resuelto en la medida de que se logre un nuevo consenso político como el de las transiciones a la democracia en los países del Sur de Europa. En México no se vislumbra -al menos en el corto plazo- una transformación política tan profunda como la que vivieron dichos países. Por ello, sería inadecuado hacer propuestas específicas en este breve espacio sobre una nueva legislación electoral o un nuevo esquema de división de poderes.²⁵ Sin embargo, en una noción sustantiva de democracia existe una condición mínima para su vigencia. Esa condición mínima es el respeto a los derechos humanos, sin el cual no existe libertad ni justicia.

Democracia y respeto de los derechos humanos

En México existen problemas muy graves de violación de los derechos humanos, principalmente por parte de las policías federales y locales, que van desde las amenazas, el robo y las detenciones ilegales hasta la tortura y el asesinato de personas. Esta situación no se ha podido ventilar ante el Poder Judicial debido a varias circunstancias. En primer lugar, por la dificultad de probar procesalmente dichos hechos ilegales. En segundo término, por que la misma Suprema Corte de Justicia ha convalidado, mediante su jurisprudencia, los actos de las policías violatorios de los derechos fundamentales, por ejemplo, declarando improcedente el amparo en caso de actos que afecten la integridad física de las personas por

tratarse de "hechos consumados", o estableciendo que la primera confesión tiene mayor valor probatorio en juicio que una posterior, criterio que ha quedado sin fundamento gracias a las recientes reformas a los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal. En tercer lugar, ha sido difícil que el Poder Judicial controle a las policías, dado que muchas de las personas ofendidas pertenecen a grupos de bajos recursos que no están en posibilidades de enfrentar los costos de los litigios y contratar abogados de buena calidad. Por último, el problema de la corrupción generalizada de las policías rebasa en mucho los alcances, caso por caso, de las sentencias judiciales.

La gravedad del problema de la violación de los derechos humanos es tal que ha sido necesario crear un organismo dedicado exclusivamente a investigar y controlar este tipo de abusos del poder: la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Organismos muy similares existen en otros países bajo el nombre de "Ombudsman" (abogado o representante del pueblo, en lengua sueca), institución que surgió en los países escandinavos, por mandato del Poder Legislativo, para supervisar a las autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones y, sobre todo, para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A lo largo de sus primeros tres años de existencia, su labor ha sido destacada principalmente porque se ha comenzado a darle publicidad a la violación de los derechos humanos, porque se han proporcionado nuevas vías - menos burocráticas y más simples- que permiten un mayor acercamiento de los ciudadanos al gobierno, y porque sus recomendaciones representan por primera vez un compromiso explícito, por parte de las más altas autoridades, de sujetar a la ley a los funcionarios inferiores. Sin embargo, aún falta mucho por hacer.

La CNDH no puede remediar por sí sola el problema de la violación de los derechos humanos. Para ello, se requiere que, paralelamente a su trabajo, se

reformen los cuerpos policiacos, tanto en el aspecto de su eficiencia -la policía logra detener aproximadamente sólo a uno de cada 10 presuntos delincuentes, con lo que quedan impunes cerca del 90% de los delitos-²⁶ como en la vertiente del apego a la ley y ética profesional en el desempeño de este servicio público.

Las policías en México se han constituido en peligrosos gremios que gozan de una casi absoluta impunidad, de una ventaja comparativa gigantesca en el uso de la violencia, y que actúan con gran independencia de la voluntad de sus superiores jerárquicos. Además, son muy temidos por los ciudadanos: en encuestas nacionales la policía aparece como la institución que cuenta con la más baja confiabilidad, pues solamente se la reconoce el 24% de los encuestados. Esto tiene graves consecuencias para la credibilidad del gobierno mexicano y la legitimidad del régimen político en su conjunto.²⁷

Una de las principales justificaciones filosóficas de la existencia del gobierno es, precisamente, la necesidad de contar con un cuerpo policiaco o guardián del orden accesible a todos, junto con procedimientos judiciales imparciales para la solución de controversias entre particulares.²⁸

Para los liberales clásicos, la ausencia de dichos mecanismos llevaba a la anarquía social dado que, de acuerdo con sus supuestos respecto a la conducta individualista y egoísta de los hombres, resultaba imposible lograr que las personas respetaran los derechos de los otros sin la existencia de sanciones creíbles. Así, era necesario crear un gobierno, como tercero imparcial dotado del monopolio de la violencia legítima, el cual debía ser a la vez eficaz para establecer el orden (Hobbes) y legítimo en el sentido de acatar los términos del pacto social y respetar los derechos individuales (Locke).

En México, a pesar de los muchos esfuerzos que se han realizado, no se ha logrado establecer un gobierno que cumpla con estos requisitos mínimos de eficacia y legalidad. A pesar de la falta de una policía judicial que efectivamente

imponga el orden y de un Poder Judicial capaz de obligar a las policías,²⁹ a la burocracia y a los particulares, a sujetarse en todos los casos al derecho, paradójicamente no existe el problema de la violencia o anarquía generalizada. Esto se debe, en gran parte, a que existen otros mecanismos extra-legales y acuerdos informales para la solución de conflictos.

Por ejemplo, si la policía judicial detiene ilegalmente a un ciudadano, sin orden de aprehensión dictada por un juez o sin haber sido sorprendido en "flagrante delito",³⁰ y lo lleva ante el Ministerio Público, es probable que el individuo logre salir en un tiempo reducido si conoce a personas influyentes dentro del sector público o si da una buena "mordida". Sin embargo, el ciudadano que no tiene el dinero o los contactos adecuados seguramente pasará varios días detenido por el Ministerio Público y, en ocasiones, hasta será violentado para "sacarle" la confesión y así ejercer la acción penal en su contra.

Esto no es simplemente un ejemplo hipotético sino una realidad a la que se ha enfrentado en especial la gente de bajos recursos de manera cotidiana. Se realizaron recientemente modificaciones legislativas que vedan a los agentes policiacos la recepción de la confesión del inculpado e imponen como condición necesaria la presencia de un defensor para que ésta se efectúe ante el Ministerio Público o la autoridad judicial. Con seguridad dichas reformas legislativas contribuirán a que la tortura no sea una práctica tan habitual como lo fue en el pasado reciente.

Rezago respecto a la reforma social

Por último, el Estado de derecho también constituye un factor importante para lograr mayor equidad en la asignación de recursos y en la prestación de servicios

públicos por parte del gobierno, como el de la seguridad jurídica.

En todos los sistemas políticos, los grupos invierten recursos y se organizan para tener ingerencia en las políticas económicas de los gobiernos. Sin embargo, en aquellos sistemas en los que no se observan los procedimientos formales de toma de decisiones y las reglas dejan un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades para dirigir el desarrollo económico, es más factible que sólo ciertos sectores con privilegios políticos y económicos puedan efectivamente influir en la toma de decisiones y las políticas distributivas. Así, por ejemplo, en América Latina y Africa, el éxito o el fracaso en la arena económica ha dependido, en gran medida, de la relación que existe entre los productores y el gobierno.

La fuerza política de los grupos urbanos, derivada de su mayor capacidad de organización y su cercanía a los centros de toma de decisiones, ha llevado a que durante los últimos 50 años las autoridades de estas regiones hayan aplicado modelos económicos -con medidas como el control de precios, tarifas, impuestos a las exportaciones, subsidios, etcétera- que favorecen la industrialización pero a costa de los ciudadanos menos privilegiados que habitan en el campo.³¹ Estas políticas han tenido efectos graves sobre la distribución del ingreso y han implicado el empobrecimiento de importantes sectores de la población. En cambio, en los sistemas en los que todos los grupos tienen un acceso igualitario al poder y las funciones del gobierno se encuentran bien definidas, resulta menos factible que las políticas públicas se puedan utilizar con fines distributivos y a costa de la equidad social.

El gobierno mexicano ha iniciado en los últimos años una nueva estrategia para atacar los problemas de pobreza y la desigualdad en el país. Por una parte, el Programa Nacional de Solidaridad constituye un esfuerzo por otorgar subsidios bien dirigidos y más eficientes económicamente que los que se repartían en el

pasado. El gasto social en educación y salud, que cayó dramáticamente durante la década de los ochenta, empieza a recuperarse. Algunas instituciones que constituían la base de los programas de asistencia social, como el INFONAVIT, el IMSS y el ISSSTE, se están reestructurando para cumplir con su misión original.

A pesar de todo esto, México sigue siendo uno de los países más inequitativos del mundo. La estructura social del país no va a cambiar en unos pocos años, ni siquiera en la próxima década. Pero si por lo menos el sistema de justicia no refuerza los rasgos perversos del inequitativo sistema social, podrá ser más rápida la transición hacia una sociedad más justa y con igualdad de oportunidades.

En México, la seguridad jurídica no constituye un "bien público", en la medida en que las reglas formales e informales existentes excluyen a importantes sectores de la población. Un bien público se caracteriza, en la definición de los economistas, por ser accesible a todos, pues nadie queda excluido de su consumo (no exclusividad), y por asegurar que el consumo del mismo por una persona no prive del bien a otros (no rivalidad).³² Debido a sus características tan peculiares, incluso el economista neoclásico más ortodoxo está de acuerdo en que es función esencial del gobierno el proveer a la sociedad bienes públicos como un clima de paz, seguridad y libertad.

Las barreras jurídicas para instalar un comercio, por ejemplo, hacen que el derecho a una libre ocupación o comercio, no sea un bien público. Esto ha traído como consecuencia que miles de comerciantes se encuentren en la ilegalidad de los mercados informales, y ha coadyuvado a la concentración de las ventas en supermercados, en detrimento del desarrollo de establecimientos medianos.³³ Otro ejemplo lo constituye el que para tener acceso a los tribunales (que deberían ser bienes públicos), el ciudadano no sólo necesita una considerable suma de dinero que le permita asumir los costos del litigio y de los buenos abogados (lo cual viola

el principio de no exclusividad). sino, especialmente en casos de naturaleza penal, agraria y administrativa, contar con buenas relaciones en el privilegiado círculo del poder, que se rige por arreglos informales de diversa índole (y con frecuencia implica violar la condición de no rivalidad). Así, en los problemas agrarios que afectan a los mexicanos más pobres ha sido una práctica común que los conflictos por la propiedad de la tierra se resuelvan, no conforme a las leyes, sino por medio de la violencia, con invasiones. La decisión última de dichos conflictos recae con frecuencia en los caciques, presidentes municipales o gobernadores, y se toma según la importancia política de las demandas de los grupos y no con base en sus argumentos legales.

Así, en muchas áreas no se cumple en realidad con uno de los requisitos esenciales del Estado de derecho: la igualdad de todos los individuos ante la ley con independencia del grupo socio-económico o político al que pertenezcan, lo que mina la aspiración a la imparcialidad e impide que se tenga el contenido mínimo de justicia que exige un trato equitativo.

El Estado de derecho connota igualdad de oportunidades ante la ley; esto es, que en cualquier situación conflictiva susceptible de ser resuelta mediante un proceso judicial, el resultado final dependerá exclusivamente de los méritos legales de la posición de cada una de las partes y no de factores extra-legales como, por ejemplo, el nivel de ingresos de los contendientes, su prestigio social, o su poder político. Hoy en día es muy clara la distinción entre igualdad formal e igualdad material de oportunidades ante la ley, o sea, entre lo establecido en la ley misma a este respecto y lo que ocurre en la práctica, en los hechos. La igualdad formal ante la ley se da cuando ésta tiene un carácter universal, es decir, que es aplicable a todo individuo cuyos actos coincidan con los supuestos de la propia ley, independientemente de sus características personales. Cualquier consideración sobre la igualdad material ante la ley, en cambio, remite de

inmediato a factores sociales concretos.

La igualdad material de oportunidades ante la ley supone de entrada el acceso universal efectivo a la justicia, condición que es más fácil caracterizar mediante el análisis de los principales elementos que se erigen como obstáculos para la realización de la misma.

Los renombrados juristas Mauro Cappelletti y Bryant Garth, en su monumental obra sobre el acceso a la justicia en más de 30 países, agrupan las trabas que, en su opinión, se oponen a este acceso en tres rubros genéricos. que quizá no sean mutuamente excluyentes: los costos de los litigios, las diferencias en las "capacidades" de las partes y los problemas especiales que enfrentan quienes son afectados en sus "intereses difusos".³⁴

La calidad de la representación legal en un proceso judicial ha sido siempre una variable determinante en lo que respecta al aprovechamiento de todas las oportunidades que la ley ofrece a las partes en conflicto y, en nuestro tiempo, probablemente más que nunca antes debido a la creciente complejidad técnico-formal del ámbito jurídico. Por otro lado, el precio de este tipo de representación se ha elevado a niveles tales que la hacen prácticamente inaccesible, salvo para los grupos de mayores ingresos.

El costo que significan los honorarios de abogados y los gastos que ellos efectúan puede crecer de manera notable en los países en los que está establecido que el contendiente perdedor debe asumir las "costas" del juicio. En muchos casos, los altos costos en los que se incurre al acudir a los procesos judiciales pueden superar los beneficios que obtendría la parte vencedora; en esas ocasiones, la decisión más racional -basándose en los aspectos financieros como único criterio- es olvidarse del asunto, aun cuando la ley esté a su favor. La larga duración probable de muchos procesos representa un tercer factor de costo, ya que es frecuente que los gastos aumenten conforme pasa el tiempo sin una

resolución definitiva.

En el rubro "capacidad" de las partes, Cappelletti y Garth hacen referencia a elementos cuya presencia desigual en los contendientes puede influir en el resultado de un proceso o determinarlo. Explícitamente, mencionan los tres siguientes: monto de los recursos financieros disponibles; capacidad para reconocer y entablar una reclamación o una defensa; y experiencia previa en materia de litigios.

Asimismo, Cappelletti y Garth apuntan que cuando son afectados "intereses difusos", es decir, aquellos propios de colectividades enteras, generalmente inarticuladas, tales como los relativos a la calidad del ambiente o a la protección de los consumidores, suele suceder que no corresponda a nadie en particular presentar una reclamación o que se cause a cada persona en lo individual un daño tan pequeño que ninguna se sienta motivada a reclamar, aunque el perjuicio acumulado sea de muy grandes proporciones.

Es frecuente encontrar en las constituciones modernas diversos mecanismos creados para que cualquier grupo social, organizado o inarticulado, pueda participar activamente en la defensa de los derechos constitucionales de sus integrantes e, incluso, en procesos de ratificación o enmienda del propio texto constitucional. Cabe destacar entre ellos los de democracia semidirecta y el de instauración de consejos económicos o sociales para la tutela de derechos e intereses constitucionales.

El referéndum constitucional y las iniciativas populares para la reforma de la Constitución son ejemplos de mecanismos de democracia semidirecta que permiten que la sociedad en general y los grupos de interés o presión específicos, respectivamente, se expresen de manera institucional sobre cuestiones constitucionales. El segundo de estos mecanismos puede ser empleado para la defensa de los "intereses difusos".

Todas las consideraciones anteriores convergen en un mismo punto fundamental: la justicia social constituye una condición previa para la vigencia de un genuino y pleno Estado de derecho. Sin embargo, ya que la plenitud es una utopía, tanto en lo que se refiere a la justicia social como por lo que respecta al Estado de derecho, probablemente deba sustituirse la afirmación anterior por una más operativa. La vigencia de un orden social que satisfaga las demandas sociales en materia de legalidad y justicia, y permita en el mediano y largo plazos la realización del proyecto modernizador nacional, tiene como condición previa la satisfacción de ciertos mínimos de equidad en la distribución del ingreso.

Resulta un hecho significativo y sugestivo constatar que, por lo general, los autores que tratan la relación entre igualdad y libertad desde la perspectiva del liberalismo moderado formulan sus diversos planteamientos dando por supuesto que toda la población disfruta de ciertos mínimos de bienestar.³⁵

La filósofa española Victoria Camps, autora de diversos libros sobre cuestiones de ética, señala acerca de estos asuntos:

"...la teoría de la justicia de Rawls se muestra insuficiente en aquellos países o sociedades donde la justicia está `bajo mínimos', donde la desigualdad es tan escandalosa que lo más racional consiste en desconfiar de que ninguno de los tres principios lleguen a aplicarse nunca. En tales circunstancias, afirmar el derecho prioritario a la libertad igual para todos suena a puro cinismo. Pues no ya la capacidad de cooperar, sino la de conocer y optar por este o aquel plan de vida -la capacidad de ser `racional'-, requiere unas condiciones más materiales que la mera libertad de expresión o asociación".³⁶

Huelga señalar que en México, donde la mitad de la población se encuentra sumida en la pobreza y cerca de la cuarta parte en la miseria, el grupo de las "tales personas" es en verdad demasiado numeroso y clama por medidas que corrijan esta situación.

Como en otros muchos países, en México el Estado se encuentra en el proceso de tránsito de uno inspirado en el modelo del "Estado benefactor" a otro de corte "liberal". Pretender la realización de un proyecto distinto sería ir contra los imperativos del mundo moderno. El éxito de este esfuerzo depende fundamentalmente de que, al tiempo que se efectúa dicho tránsito, se consolide un genuino Estado de derecho y éste, como se ha argumentado, necesita ciertos mínimos generales de bienestar. Así, tal vez de manera paradójica, la construcción del Estado liberal requerido por nuestro país al término del presente milenio para dar lugar al desarrollo pleno de la nación exige atender las demandas sociales para la vigencia de un auténtico Estado de derecho.

APENDICE

CUADRO ESQUEMATICO DE LOS TERMINOS

DE UN JUICIO ORDINARIO MERCANTIL

Actuación procesal	Fundamento Legal (art.) (*)	termino	Días Acumu- lados	Días acumu- lados de hecho(**)
PRIMERA INSTANCIA				
1. Contestación de la demanda inicial	1378 C.C.	9	9	9
2. Acuerdo en el que se tiene por respondida la demanda	1380 C.C.	3	12	15
3. En su caso, contestación a la reconvencción		3	15	30
4. Acuerdo en el que se tiene por contestada la reconvencción y que abre el juicio a prueba		3	18	30
5. Ofrecimiento y admisión de pruebas, incluyendo acuerdo en el que se admite.	1383 C.C.	40	58	70
6. Acuerdo en el que se declara concluido el término probatorio	1385 C.C.	3	61	76
7. Publicación de probanza	1385 C.C.	3	64	79
8. Acuerdo en el que se da vista a la parte actora para alegar	1388 C.C.	3	67	85
9. Formulación de alegatos de la parte actora	1388 C.C.	10	77	95

10.	Acuerdo en el que se tienen por formulados los alegatos de la parte actora		3	80	101
11.	Formulación de alegatos de la parte demandada	1388 C.C.	10	90	111
12.	Acuerdo en el que se tienen por formulados los alegatos de la parte demandada y se cita para sentencia	1389 C.C.	3	93	117
13.	Pronunciamiento de la sentencia	1390 C.C.	15	108	147
14.	Interposición del recurso de apelación	1079-V C.C. 1336 C.C.	5	113	152
15.	Acuerdo en el que se tiene por interpuesto el recurso de apelación		3	115	158
16.	Remisión de los autos al Tribunal Superior	694 C.P.C.	3	118	164

SEGUNDA INSTANCIA

17.	Acuerdo de confirmación de la admisión del recurso y calificación del grado	730 C.P.C.	8	126	172
18.	Expresión de agravios	1342 C.C. 1079-VIII C.C.	3	129	175
19.	Acuerdo en el que se tienen por expresados los agravios y se da vista a la otra parte		3	132	181
20.	Contestación de agravios	1342 C.C. 1079-VIII C.C.	3	135	184
21.	Acuerdo en el que se tienen por expresados los agravios de la parte apelada		3	138	190

22.	Solicitud de una de las partes el informe en contratos	1342 C.C. 1079-VIII C.C.	3	141	190
23.	Acuerdo en el que se manda dar el informe en estrados y citación para sentencia		3	144	199
24.	Pronunciamiento de la sentencia (En caso de que el expediente sea voluminoso, el tribunal puede disfrutar de 8 días más).	87 C.P.C.	15	159	229

JUICIO DE AMPARO

25.	Interposición de demanda de amparo, por conducto de la autoridad responsable	21 L.A.	15	174	244
26.	Acuerdo en el que se tiene por presentada la demanda de amparo		3	177	250
27.	Remisión de la demanda, copias y autos originales al Tribunal Colegiado de Circuito, si es que se presentaron todas las copias de la demanda de amparo en términos del artículo 167 de la Ley de Amparo	161 L.A.	3	180	256
28.	Acuerdo del Tribunal Colegiado en el que se tiene por recibida la demanda de amparo y se turna el expediente al magistrado relator	184-I L.A.	5	175	261
29.	Pronunciamiento de la sentencia	184-II L.A.	15	200	306

En resumen:

- ACTUACIONES PROCESALES: 29

- NUMERO DE TERMINOS: 29
- DIAS QUE DEBEN TRANSCURRIR DE ACUERDO CON LOS TERMINOS LEGALES: 200
- DIAS QUE TRANSCURREN DE HECHO, APROXIMADAMENTE: 306

(*) C.C. Código de Comercio

C.P.C. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

L.A. Ley de Amparo

(**) No obstante los términos que se indican en el siguiente cuadro, es indispensable tomar en cuenta algunas consideraciones. En primer lugar, aunque la ley señala un término de 10 días para la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas en la primera instancia, por lo general lleva más tiempo debido a diversas razones, principalmente, que las pruebas, aun cuando estén ofrecidas y admitidas, no se preparan, lo que impide en la mayoría de los casos que se desahoguen dentro del término que la ley otorga para esa etapa procesal.

En segundo lugar, los días a los que aluden los términos son hábiles. En razón de ello, el tiempo transcurrido es mayor del que transcurre en días naturales.

En tercer lugar, durante cualquiera de las instancias a que nos referimos en el presente cuadro - primera, segunda o juicio de amparo-, normalmente se presentan cuestiones de trámites -como por ejemplo, la interposición de un recurso de apelación en contra de un auto, así como incidentes, como el de nulidad o de falta de personalidad o de acumulación, que entorpecen el proceso, con lo que se producen dilaciones en éste. Es pertinente mencionar aquí que existen algunas cuestiones incidentales que pueden suspender el proceso hasta que son resueltas en definitiva y respecto a las cuales cabe la posibilidad de que haya, en forma simultánea, una segunda instancia alterna que derive, incluso, en un juicio de amparo.

Por último, los acuerdos y las sentencias normalmente no se dictan con apego a los términos que las leyes respectivas marcan, por eso se indica en el cuadro el tiempo transcurrido de hecho, según la instancia que se esté substanciendo. La diferencia entre los "días acumulados" y los "días acumulados de hecho" se debe a que entre la actuación procesal y la fecha en la que se publica el acuerdo respectivo pueden transcurrir de tres a 10 días, por lo que se estimó un promedio de seis días para que se dicte dicho acuerdo. En el caso de las sentencias en primera y segunda instancias, aunque el término para dictarlas es de 15 días, se consideró uno (de hecho) de 30 días. En cuanto a la sentencia que se emite en el juicio de amparo, también se calculó un término (de hecho) de 45 días, que es mayor del que la ley marca.

CAPITULO II

LA PROBLEMÁTICA DEL PODER JUDICIAL EN MEXICO

El proyecto de modernización del gobierno mexicano debe incluir la transformación de la impartición de justicia. En última instancia, dicho proyecto de busca responder a la demanda de bienestar de una sociedad plural, en constante cambio y crecimiento, y cada vez más participativa y exigente. Su sustento es la reforma económica en conjunto, como condición para el mejoramiento del nivel de vida de la población. Sin embargo, una sociedad moderna no solamente requiere de una economía sana para lograr la justicia social, sino que además, necesita asegurar el predominio de la legalidad a través de un efectivo y equitativo acceso a la justicia, que brinde certeza y seguridad a las relaciones sociales.

De esta manera, el proyecto de modernización puede cumplirse cabalmente, ya que la confianza en la legalidad de las instituciones retroalimenta y posibilita la legitimidad y continuidad de un sistema que busca modernizarse. Asimismo, es innegable que la necesidad de certeza en un orden social es requisito indispensable para que exista desarrollo y bienestar, especialmente en el contexto de las relaciones económicas internas y con otros países. Si en México no existe seguridad jurídica, tampoco habrá confianza para la realización de transacciones comerciales.

En otras palabras, si el proyecto modernizador únicamente persigue la reforma económica, sin que ésta vaya aunada a un sistema de impartición de justicia eficaz y accesible a todos, es probable que dicha reforma no tenga el éxito esperado, y que el conjunto de las instituciones políticas y sociales se enfrente a una situación de inestabilidad y fragilidad.

La organización de la sociedad mexicana tiene que estar sustentada ante

todo en un Estado de derecho, es decir, aquél donde tanto el poder del gobierno como la conducta de los gobernados se someten a un orden jurídico claro, definido y eficaz, el cual determina con exactitud las reglas que rigen la convivencia social. El apego estricto y general de las autoridades al derecho, que no es otra cosa que el llamado principio de legalidad, podrá sustentar la confianza y credibilidad del propio proyecto modernizador.

Resulta obvio que el cumplimiento del orden jurídico no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de quienes deben acatarlo. Todo sistema jurídico debe establecer mecanismos efectivos que sometan, tanto al gobierno como a los ciudadanos, a la autoridad de la ley. Dichos mecanismos son los procedimientos jurisdiccionales, mediante los cuales los tribunales resuelven de manera imperativa, imparcial y coercible, las controversias jurídicas que se suscitan entre los particulares y, así como los conflictos entre las autoridades y los ciudadanos.

En México, la resolución de controversias entre los particulares es tarea principal del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales de los estados.¹ En cambio, el control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos de autoridad es competencia exclusiva del Poder Judicial federal, a través del juicio de amparo. Desgraciadamente, los resultados de la tarea conjunta de los poderes judiciales federal y locales aún no responden a las exigencias del proyecto modernizador y, en algunos casos, ni siquiera cumplen con los requerimientos básicos de un sistema moderno de impartición de justicia.

Las deficiencias en el sistema judicial mexicano obedecen tanto a aspectos de carácter institucional como a factores de carácter social. Los primeros se refieren a aquellos problemas internos de los poderes judiciales que les impiden lograr eficacia y alta calidad en el servicio que prestan. Los segundos se encuentran inmersos en el contexto social mexicano y son los elementos que dificultan el acceso de la población a los mecanismos jurisdiccionales. A lo largo

de este capítulo se analizarán algunas deficiencias de tipo institucional, tanto de los poderes judiciales locales como del Poder Judicial federal. En el siguiente capítulo se analizarán los aspectos sociales, con lo que se podrá comprender la problemática global que enfrenta el sistema de impartición de justicia mexicano.

LOS ORGANISMOS JUDICIALES LOCALES Y EL REGIMEN FICTICIO DE LA DOBLE JURISDICCION

En la práctica cotidiana de una economía moderna, los acontecimientos sociales y las transacciones económicas se dan con gran rapidez. El efectivo funcionamiento del mercado requiere necesariamente procedimientos judiciales expeditos que resuelvan los conflictos que se susciten entre particulares, por ejemplo, en relación con el cumplimiento de un contrato. En especial, es indispensable que las primeras y segundas instancias judiciales funcionen correctamente. De nada sirven estos procedimientos si de entrada se sabe que habrá necesidad casi siempre de impugnar la sentencia definitiva por su baja calidad y por la alta posibilidad de que el juez no haya sido imparcial.

En México la gran mayoría de los conflictos que surgen entre particulares se resuelven en primera y segunda instancias ante los poderes judiciales locales. Sin embargo, por lo general, éstos son ineficientes y vulnerables a los caprichos de los caciques, de los políticos y de los gobernadores. Por esta razón, una buena parte sentencias dictadas por los organismos judiciales locales se impugnan en tercera instancia ante los tribunales federales. De este modo, la impartición de justicia se vuelve sumamente costosa, cuando no inaccesible. No obstante esta situación, no se han dedicado recursos suficientes a subsanar las deficiencias de la justicia local, lo que sí ha ocurrido, a partir de la última década, con la justicia

federal.

El sistema de doble jurisdicción, derivado del modelo de federalismo que hemos adoptado, constituye la gran limitación de carácter institucional que enfrenta la reforma de la justicia local. Este sistema consiste en la coexistencia de dos ámbitos de competencia judicial: el de los tribunales federales y el de los tribunales de las entidades federativas.

Se supone que ambas esferas de competencia son independientes. Sin embargo, el sistema de la doble jurisdicción no ha podido resistir a la fuerza centralizadora que ha caracterizado la tradición histórica del país. La doble jurisdicción resulta ficticia en la práctica, en la medida que los tribunales federales tienen facultad para revisar, a través del juicio de amparo, las sentencias y otras resoluciones que dictan los tribunales locales, y en cuanto la jurisprudencia que emiten los primeros es obligatoria también para los segundos. En realidad, los organismos judiciales locales carecen de una verdadera autonomía judicial y se encuentran subordinados a los lineamientos y criterios que dicta el Poder Judicial federal.

No obstante, el hecho de que formalmente subsista el régimen de doble jurisdicción tiene importantes consecuencias para la impartición de justicia. Por una parte, dicho sistema provoca la falta de homogeneidad en cuanto a la calidad y eficacia del servicio jurisdiccional local, ya que estas características pueden variar mucho de una entidad federativa a otra. Las diferencias dependen, en gran medida, de la importancia que tenga la impartición de justicia en la política de cada gobierno estatal, lo cual se ve reflejado en el presupuesto asignado a los respectivos poderes judiciales.

Por otra parte, es un hecho que los tribunales locales se han quedado rezagados respecto de los avances que en los últimos años ha logrado el Poder Judicial federal. A partir de 1984 se ha venido incrementando sustancialmente el

presupuesto de este último, lo que le ha permitido mejorar sus instalaciones, aumentar el número de juzgados y tribunales en toda la República (se han abierto más desde esa fecha que en los cuarenta años anteriores) e incrementar los salarios de su personal. Así, mientras el Poder Judicial federal ha podido empezar a resolver ciertas deficiencias básicas que por años ha sufrido el sistema judicial en su conjunto, los organismos judiciales locales, en cambio, ni siquiera han podido alcanzar dichos avances incipientes.

En primer lugar, los salarios de los funcionarios judiciales locales son significativamente más bajos que los del Poder Judicial federal. Esto tiene por consecuencia que el personal más capacitado y con mejores aptitudes para ejercer la judicatura en el fuero común, busque empleo en los tribunales federales. Además, la mala retribución a estos servidores públicos es causa de un alto índice de corrupción, situación que actualmente es menos frecuente en tribunales federales. En los tribunales locales es frecuente la necesidad de hacer diversos pagos a los empleados, si se quiere que los asuntos que allí se ventilan caminen con la deseada celeridad. Este simple hecho demerita la imparcialidad que requiere la impartición de justicia y significa, además, un importante costo extra-legal para el litigante. Es difícil que con malos salarios se cuente con el personal adecuado para ejercer la delicada tarea de impartir justicia; más aún si se toma en cuenta que un abogado litigante bien capacitado puede obtener muy buenos ingresos en el sector privado.

En segundo lugar, los tribunales locales presentan serias carencias de infraestructura, debido al restringido presupuesto que reciben. Sus instalaciones generalmente se encuentran en estado deplorable, saturadas de papeles, desordenadas y en condiciones completamente inadecuadas para el ejercicio de su función. Asimismo, el equipo de trabajo es sumamente anticuado e insuficiente, lo que provoca que el personal consuma muchas horas de trabajo organizando el

cúmulo de papeles que se maneja diariamente en los juzgados.

Resulta obvio que la productividad del trabajo no depende solamente de las horas laboradas, sino también del capital que se invierta en equipo de trabajo. Por ejemplo, una secretaria será mucho más productiva con una computadora que con una máquina de escribir. No obstante, la mayoría de los juzgados locales sólo cuenta con máquinas de escribir mecánicas y las copias aún se sacan con papel carbón. Por más trivial que esto parezca, el atraso evidente en la tecnología utilizada para el procesamiento de la información tiene enormes implicaciones en para la eficiencia del servicio de impartición de justicia.

En tercer lugar, la cantidad de trabajo de los órganos judiciales locales sobrepasa con mucho su capacidad. La falta de recursos financieros ha impedido incrementar el número de juzgados en proporción al aumento en el número de juicios. Esto ha acarreado graves consecuencias en el sistema de impartición de justicia; las principales de ellas son el rezago y la baja calidad de las sentencias.

Ambos problemas están íntimamente relacionados: a mayor carga de trabajo haya, menores posibilidades de imprimir una alta calidad a los fallos. Abrumados de trabajo, los jueces no tienen tiempo de meditar y profundizar detenidamente en los asuntos que se les plantean y, por lo tanto, los resolverán precipitadamente, aplicando fórmulas aprendidas y carentes de contenido.

Todo parece indicar que el régimen de la doble jurisdicción agudiza las deficiencias del sistema de impartición de justicia. Por una parte, dicho régimen no cumple siquiera con el objetivo que constituye su razón de ser: que exista una justicia local autónoma e independiente de la federal. Por otra parte, el hecho de que subsista formalmente es causa de que la justicia local sea heterogénea en calidad, eficacia y funcionamiento en general, ya que dichos atributos pueden variar mucho de un estado a otro. Asimismo, la centralización de la justicia en manos del poder judicial federal ha provocado una absoluta falta de atención en

las carencias que por años han sufrido los organismos judiciales locales.

Dicho descuido es injustificable, pues los tribunales locales conocen de la gran mayoría de los litigios entre particulares. Así, por ejemplo, del total de estos litigios entre que se iniciaron en el Distrito Federal durante 1992, el 98.9% de fue promovido ante los tribunales del fuero común y solamente el 1.1% restante ante los juzgados federales.² Esto se debe a que la principal carga de trabajo de los tribunales federales consiste en resolver los conflictos entre autoridades y gobernados, y son muy pocos los casos en los que el Poder Judicial federal conoce en primera instancia de las controversias entre particulares.

Por consiguiente, resulta imprescindible depurar y modernizar las primeras instancias judrisdiccionales en los litigios entre particulares, si se quiere contar con un sistema de impartición de justicia eficiente. Actualmente, los costos para el litigante, en tiempo y dinero, son significativos si tienen que agotar las instancias locales para acceder a la justicia federal. Dichos costos ocasionan que la justicia sea inaccesible para quien no puede o no esté dispuesto a pagarlos. Además, el hecho de que el Poder Judicial federal tenga que revisar gran parte del trabajo de los tribunales locales implica un grave dispendio de recursos sociales.

Por ejemplo, si comparamos el número total de sentencias que durante 1992 dictó el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal con el ingreso de amparos directos en los Tribunales Colegiados de Circuito del Distrito Federal en materia civil y penal durante ese mismo año, encontramos que más de una tercera parte (36.43%) de las sentencias definitivas emitidas por dicho Tribunal llegaron a la justicia federal para su revisión.³

Por desgracia, debido al abandono que durante años han sufrido poderes judiciales locales, para poder hablar de modernidad se tienen que resolver antes problemas elementales tales como: infraestructura, corrupción y formación de los recursos humanos. No se puede pretender que exista una impartición de justicia

medianamente efectiva -ni mucho menos moderna y que goce de respeto entre los sectores sociales- cuando no se han subsanado estas deficiencias básicas.

Por lo que toca a la infraestructura, una meta inmediata -aunque no suficiente- consiste en igualar, por lo menos, las condiciones de la justicia local con la federal respecto al tipo de instalaciones, rezago, número de juzgados, salarios, equipo de trabajo, etcétera. El problema de la corrupción, por otro lado, sólo podrá solucionarse si existe la voluntad de los funcionarios superiores de fomentar su denuncia y de aplicar las sanciones correspondientes. Esto debe ir forzosamente aunado a un incremento salarial; es necesario también inducir a los litigantes que denuncien las anomalías, dándoles facilidades para ello, ya sea ante el juez -cuando las cometan sus propios empleados- o ante los órganos superiores, cuando el juez se encuentre involucrado en ellas.

Por último, se requiere también de personal apto y capacitado para ejercer la delicada función de impartir justicia. Para tal efecto, los tribunales locales deben contar con una partida presupuestal que les permita igualar los salarios de su personal con los del Poder Judicial federal. De esta manera, se podrá evitar el desplazamiento del personal del fuero común hacia los tribunales federales.

Sin embargo, el problema de la baja calidad de los recursos humanos no terminará con un aumento salarial. Así lo ha demostrado la experiencia en los tribunales federales. De ahí que sea indispensable perfeccionar, tanto en el fuero federal como en el local, los mecanismos de preparación y selección de jueces, sobre todo mediante el reforzamiento de las escuelas de especialización judicial que ya existen y haciendo obligatorios los cursos que imparten para obtener nombramiento de funcionario judicial.

La solución de estas cuestiones básicas -infraestructura, recursos humanos y corrupción- en todos los tribunales locales de la República se puede ver entorpecida por el régimen de la doble jurisdicción. Resulta sumamente

complicado unificar las políticas de las entidades federativas en esta materia. Además, aun en el supuesto de que ello se pudiese lograr, sería de todas maneras difícil mantener dicha unidad a lo largo del tiempo. Sin embargo, el fortalecimiento de los poderes judiciales locales es el único camino para mejorar la administración de justicia del país y para vigorizar el federalismo.

EL PODER JUDICIAL FEDERAL: ¿JUSTICIA FORMAL O JUSTICIA REAL?

Una de las funciones esenciales del Poder Judicial federal es la de garantizar la aplicación de los principios y disposiciones constitucionales. Esto no sólo implica anular los actos de autoridad que contravengan dichas disposiciones, o dejar de aplicar las leyes que no estén conformes con ellas, sino que comprende también la delicada labor de dar contenido a los preceptos constitucionales y a las leyes secundarias por medio de la interpretación, la cual debe permitir la adaptación paulatina del orden jurídico a los cambios que se vayan produciendo en la sociedad.⁴

Los tribunales federales ejercen esta función a través del juicio de amparo. Así, el amparo es el instrumento jurídico que la legislación mexicana establece para exigir el apego de las autoridades a las normas jurídicas. De ahí que la eficacia y el alcance de las sentencias de los tribunales federales en materia de amparo desempeñen un papel fundamental en un sistema que pretende garantizar la legalidad de sus instituciones. Además, a través del amparo se revisan las sentencias que dictan todos los demás tribunales del país.

El Poder Judicial federal ha comenzado a resolver en los últimos cinco años las deficiencias que los organismos judiciales locales no han podido subsanar. Según el Informe de Labores de 1992 de la Suprema Corte de Justicia -al cual nos

referimos posteriormente- los tribunales federales han abatido el rezago. En 1989 se puso en marcha un sistema de cómputo para apoyar la labor de los tribunales federales; de este modo se facilita y se agiliza la tramitación de los expedientes. La jurisprudencia de la Suprema Corte, de 1917 a la fecha, se encuentra capturada en un disco óptico (CD-ROM), puesto a disposición de todos los tribunales federales. Asimismo, se ha aprobado un programa integral de estadísticas, con información global o específica sobre los asuntos de que conocen los órganos judiciales federales. Por otra parte, los salarios del personal se han equiparado con los de la administración pública. Así, por ejemplo, un juez de Distrito, que jerárquicamente es el juzgador de más bajo nivel en el sistema judicial federal, gana lo mismo que un director general en la administración pública federal.

A pesar de que estos avances están empezando a modificar la imagen del Poder Judicial federal y le han ayudado a agilizar la tramitación de los juicios de amparo, por desgracia todavía no son suficientes para mejorar la calidad de la justicia constitucional. La administración más eficiente de los tribunales federales, aunque es un elemento fundamental para mejorar el servicio jurisdiccional, no los ha fortalecido políticamente, y mientras que esto no suceda, no serán un verdadero contrapeso en el sistema de división de poderes.

En otro de los libros de esta misma serie⁵ se discutió el problema de la división de poderes en México y se concluyó que el judicial no representa un verdadero contrapeso político. El Poder Judicial federal no tiene facultades para declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de una ley; la protección que otorga se refiere sólo al asunto concreto y eso merma la fuerza del amparo como medio de defensa constitucional. Y si bien el propio Poder Judicial elabora su proyecto de presupuesto, en la realidad la obtención de recursos está supeditada al apoyo que quiera otorgarle el Ejecutivo federal.

La subordinación política del Poder Judicial federal se hace evidente, por ejemplo, en el hecho de que los tribunales federales tengan problemas para lograr la ejecución de sus sentencias, cuando los miembros del ejecutivo se niegan a cumplirlas. No obstante que la Suprema Corte tiene facultades para destituir a las autoridades incumplidas, solamente lo ha hecho en dos ocasiones en el periodo de 1932 a la fecha. En 1992, el Pleno y las Salas de la Suprema Corte resolvieron 415 incidentes de inejecución de sentencia y quedaron 680 pendientes.

Partiendo de estos factores institucionales que determinan la debilidad política del organismo judicial federal, en este capítulo se estudiará de qué manera ha afectado dicha debilidad la calidad y eficacia de la justicia constitucional, así como las razones por las cuales los órganos de control no cumplen su importante cometido: sujetar a las autoridades al imperio de la ley.

El sobreseimiento de los juicios de amparo: válvula de escape del Poder Judicial federal

Según el Informe de Labores de 1992 de la Suprema Corte de Justicia, el 77% de todos los juicios de amparo resueltos en ese año en los juzgados de Distrito lo fueron por sobreseimiento,⁶ es decir, que el juez no resolvió el conflicto de fondo, ni se pronunció respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes o los actos reclamado; simplemente consideró que los promoventes no cumplieron con todas las formalidades y requisitos necesarios para tener acceso a la justicia constitucional. Sólo en el 11% de los casos estimó que el acto de autoridad reclamado en el juicio era efectivamente inconstitucional y, por lo tanto, concedió el amparo. El 12% restante se resolvió en formas distintas de las antes señaladas: negativa de amparo, incompetencia, acumulación, etcétera. La gráfica 1 ilustra esta situación.

GRAFICA 1

Este alto porcentaje de sobreseimientos corresponde generalmente a juicios del año corriente, ya que el rezago en los juzgados de Distrito es bastante bajo. Al finalizar el año de 1992, tenían un rezago de únicamente 7.5%, lo que implica que se resolvió el 92.5% de los amparos promovidos en ese año, así como los que había en existencia de años anteriores.

Paradójicamente, los quejosos aceptan la realidad del sobreseimiento, pues sólo se impugnó un 11.9% de las sentencias y de los autos que dictaron los juzgados de Distrito durante 1992: 11% ante los Tribunales Colegiados de Circuito y 0.9% ante la Suprema Corte de Justicia. Esto hace suponer que la gran mayoría de las sentencias, tanto de sobreseimiento como de aquéllas que negaron u otorgaron el amparo, dictadas por los jueces de Distrito durante 1992, quedaron firmes, es decir, que el sentido de dichos fallos fue definitivo.

A pesar de la aparente eficacia y calidad de los juzgados de Distrito, lo que se mide por el número de rezagos y de apelaciones respectivamente, es un hecho que sólo pocas personas pueden acudir al Poder Judicial para defenderse de los actos arbitrarios del gobierno. Así, el alto porcentaje de sobreseimientos denota la impunidad de que gozan las autoridades de este país. Es precisamente ante los juzgados de Distrito donde se revisa, en primera instancia, la legalidad de los actos de las autoridades administrativas y la constitucionalidad de las leyes que aprueba el Congreso de la Unión y de los reglamentos que expide el Ejecutivo.

La debilidad política del organismo judicial federal tiene mucho que ver con esta situación. Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué factores concretos han provocado el alto porcentaje de sobreseimientos? y ¿qué hechos o circunstancias le han permitido al Poder Judicial federal resolver de esta forma la gran mayoría

de los juicios de amparo? Antes de contestar estas preguntas, es preciso hacer un paréntesis para explicar el régimen jurídico relativo a las causas de sobreseimiento.

El marco jurídico de las causas de sobreseimiento

El juicio de amparo tiene por finalidad solicitar la protección jurisdiccional contra una ley o un acto de autoridad que se estima inconstitucional. Para ello es imprescindible que el juzgador -juez de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito o Suprema Corte- examine la cuestión fundamental planteada por el quejoso, a fin de decidir procede o no otorgarle dicha protección.

Para tal efecto el juez estudiará los conceptos de violación de la demanda, es decir, los razonamientos lógico-jurídicos por los cuales el quejoso estima que la ley o el acto de autoridad que reclama es inconstitucional. El juzgador puede considerar fundados o infundados tales argumentos. En el primer caso, el quejoso obtiene la protección de la justicia federal y la sentencia de amparo obliga a la autoridad responsable a anular el acto que se le reclama, o, en el caso de inconstitucionalidad de leyes, a que no se le aplique dicha ley. En cambio, si los conceptos de violación resultan infundados, el juez niega el amparo y, por tanto, el acto o la ley reclamados seguirán surtiendo sus efectos. Pero, en ambos casos, el Poder Judicial dirime la cuestión fundamental y da una solución a la controversia entre las partes.

Sin embargo, hay una tercera opción: que el juzgador advierta alguna causa de sobreseimiento. Cuando esto sucede, no se estudian los conceptos de violación ni se decide la cuestión de fondo. Simplemente el juez pone fin al juicio por circunstancias o hechos ajenos a la controversia planteada. Por ejemplo, si

durante el juicio no se demuestra la existencia de los actos reclamados o si la demanda de amparo se interpone extemporáneamente, el juzgador está obligado a sobreseer el juicio. Las causas de sobreseimiento se encuentran señaladas enumeradas en la Ley de Amparo.⁷

Una de las causas de sobreseimiento más frecuente en la práctica es la improcedencia, cuando el juez considera que por alguna razón, independiente de la cuestión de fondo, no puede ejercerse la acción de amparo. La Constitución y la Ley de Amparo señalan expresamente las causales de improcedencia.⁸

Las improcedencias constitucionales se refieren a ámbitos jurídicos que, por razones políticas, quedaron fuera del control de los tribunales federales. Así, la Constitución establece que el amparo es improcedente contra las determinaciones del Congreso de la Unión en materia de desafuero y juicio político; contra las resoluciones de los organismos electorales; y contra la expulsión de extranjeros que el Presidente de la República considere indeseables.⁹

En cambio, las causales de improcedencia que señala la Ley de Amparo, en su mayoría, salvo las que reiteren los supuestos ya señalados en la Constitución, se refieren a situaciones concretas que pueden ocurrir o no durante el procedimiento. En estos casos, la improcedencia del juicio no depende de la falta de competencia jurisdiccional, sino más bien de una serie de factores contingentes y particulares de cada caso concreto. Por ejemplo: que el quejoso no haya agotado todos los recursos o medios de defensa ordinarios antes de acudir al amparo (violación al principio de definitividad); o bien, que durante el proceso aparezca que el acto de autoridad ha cesado de producir efectos. Tales hechos son particulares de cada caso concreto, pueden suceder o no. Sin embargo, si se presentan, el amparo es legalmente improcedente y, por tanto, se sobresee. La presencia de alguno de los supuestos legales de sobreseimiento o improcedencia debe ser examinada de oficio por el juzgador. Esto significa que aun cuando la

autoridad responsable no haya alegado la improcedencia del juicio, el juez debe examinarla por su cuenta. Si encuentra que dichos supuestos están presentes, el juez no procederá a analizar el fondo del asunto y emitirá una resolución de sobreseimiento, que tiene por consecuencia que el acto de autoridad reclamado permanezca inalterado, quedando las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes de que se promoviera el juicio. Esto implica que las autoridades quedan en libertad de proceder como lo habían venido haciendo.

Superar la barrera del sobreseimiento es aparentemente sencillo: si el abogado revisa cuidadosamente la ley y procura cumplir con todos los requisitos de procedencia, el juicio de amparo no tendría por qué sobreseerse. Más aún, el sobreseimiento no debería presentarse con tanta frecuencia, si se toma en cuenta que cada una de las 18 causales de improcedencia y las 5 de sobreseimiento son lógicas y evidentes.

Sin embargo, las estadísticas de la Suprema Corte indican que el problema no es tan simple como parece. ¿Cuál es la causa de que el 77% de los juicios que se promueven no cumplan con los requisitos de procedencia y, por lo tanto, de que terminen en sobreseimiento? Encontrar una respuesta a este interrogante exige de un análisis de la práctica judicial y de lo que ha venido sucediendo dentro del Poder Judicial federal.

La práctica judicial con relación a las causas de sobreseimiento.

El común de los miembros del Poder Judicial federal, así como algunos juristas especializados en cuestiones de amparo, piensan que el alto índice de sobreseimientos se debe exclusivamente a la baja calidad y falta de profesionalismo de los abogados litigantes. Esta apreciación, sin embargo, no es

del todo correcta.

Si se analiza la práctica judicial se advierte de qué manera se han hecho cada vez más rigurosos y complicados los criterios mediante los cuales se interpretan las normas relativas a las causales de sobreseimiento y, en particular, las de improcedencia. A partir del estudio de la evolución de dichos criterios en la jurisprudencia, se percibe una tendencia cada vez más acentuada hacia un tecnicismo exagerado que no corresponde a la realidad del país. El claro reflejo de esta situación es el hecho de que aproximadamente 4 de cada 5 juicios de amparo terminan en sobreseimiento.

Aunado a este exagerado tecnicismo de la interpretación judicial, que hace sumamente difícil el acceso a la justicia, el organismo jurisdiccional federal ha mostrado favoritismo hacia las autoridades. Esto se desprende del examen de las tesis de jurisprudencia y de los criterios de interpretación de las leyes. Ambas situaciones pueden ayudar a explicar por qué se ha vuelto cada vez más difícil para el promovente de un amparo superar la barrera de la improcedencia y el sobreseimiento. Para ilustrar estas afirmaciones es preciso analizar algunos ejemplos propios de la práctica judicial.

1) La Suprema Corte de Justicia sentó jurisprudencia en 1957,¹⁰ que continúa vigente hasta la fecha, para establecer la improcedencia del amparo contra los actos del Ministerio Público relacionados con el ejercicio de la acción penal. Esto es, si el Ministerio Público -órgano del gobierno encargado de perseguir los delitos e iniciar los juicios penales según el artículo 21 constitucional- decide no realizar sus funciones persecutorias de los delitos o realizarlas mal, el ciudadano afectado por tales conductas ilegales no puede recurrir al amparo como medio de defensa.

Esta tesis jurisprudencial ha sido fruto de una interpretación "forzada" de lo

que establece el artículo 21 constitucional. Más aún, las causales de improcedencia de esta naturaleza -donde se excluye de modo absoluto y genérico el ejercicio de la acción de amparo- sólo puede disponerlas la propia Constitución. Que el propio Poder Judicial federal se abstenga "voluntariamente" de controlar los actos del Ministerio Público es indicio de su sometimiento al Poder Ejecutivo.

En la práctica esta jurisprudencia no solamente ha dejado al ciudadano indefenso frente a los actos arbitrarios que suelen cometer tanto el Ministerio Público como los cuerpos policiacos que deben depender de éste, sino que, además, ha dotado a dichos organismos de un poder extraordinario.

2) La fracción IX del artículo 73 de la Ley de Amparo establece que amparo es improcedente "contra actos consumados de un modo irreparable". De acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte de Justicia, los actos consumados irreparablemente son aquellos cuyos efectos no es posible legalmente hacer desaparecer volviendo las cosas a su estado anterior.

Bajo este supuesto, si por ejemplo un gobernado reclama a través del amparo que un agente de policía lo golpeó, a pesar de que efectivamente lograra demostrar ese hecho durante el proceso (por medio de testimonios y certificados médicos), el amparo será sobreseído, ya que la Suprema Corte considera ese acto como consumado de un modo irreparable, por lo que opera la causal de improcedencia mencionada.¹¹

Así, ante los actos de autoridad atentatorios de la integridad física, el único medio de defensa que le queda a los ciudadanos es el juicio penal ordinario y la responsabilidad civil. Sin embargo, en la práctica, lograr que se procese penalmente a una autoridad es casi imposible, si los actos atentatorios los realizó un agente de policía, ya que el Ministerio Público -del cual dependen los cuerpos policiacos- posee el monopolio de la acción penal y, como se vio en el ejemplo

anterior, no hay ningún medio de defensa en caso de que no la ejercite. Por otro lado, la institución de la responsabilidad civil de las autoridades públicas es casi desconocida y totalmente inoperante en nuestro medio.

A pesar de que en estricta técnica jurídica dichos actos atentatorios se consideren como consumados de modo irreparable, una interpretación judicial más amplia y acertada podría determinar que castigar a la autoridad responsable, a través de la destitución o del ejercicio de la acción penal en su contra, sería una forma de reparar el daño causado al ofendido.

Por desgracia, el Poder Judicial federal nunca ha emitido una sentencia en este sentido. Según la literalidad con la que se ha interpretado el artículo 80 de la Ley de Amparo, los efectos de la sentencia que se dicte a favor del gobernado únicamente pueden consistir en la obligación de la autoridad responsable de restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación. Sin embargo, en todos aquellos casos en que dicha restitución no sea factible -como sucede en el caso señalado- los tribunales federales han preferido dictar su sobreseimiento en lugar de buscar medios alternativos para castigar a las autoridades responsables. En última instancia, el órgano de control se abstiene de sancionar un importante número de actos de autoridad que son inconstitucionales.

3) Una de las causales de improcedencia por la que se sobresean muchos juicios es la de la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, la cual dispone que éste será improcedente "contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso".

El interés jurídico no es otra cosa que el conjunto de derechos que la ley reconoce en beneficio de una persona determinada y el perjuicio jurídico se refiere a la lesión que el acto de autoridad entraña a esos derechos, independientemente de que dicho acto sea o no inconstitucional.¹² Para que proceda el amparo, el

quejoso debe comprobar titularidad de un derecho y perjuicio jurídico, lo que es aparentemente sencillo. Sin embargo, en la práctica, cada vez son mayores los requisitos que se le exigen al promovente de un amparo para lograr tal propósito.

Ejemplo de esto es el criterio establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte que distingue en forma absurda entre perjuicio económico y perjuicio jurídico. Si el quejoso únicamente demuestra el daño que el acto de autoridad le ocasiona en sus intereses económicos, pero no la afectación de sus intereses jurídicos, el amparo es improcedente en los términos de la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo.¹³

Este criterio ha sido aplicado muchas veces, a pesar de ser notoriamente incorrecto. Es indudable que cuando se afectan los intereses económicos de una persona, se perjudican también sus intereses jurídicos. Este criterio jurisprudencial dificulta extraordinariamente al ciudadano acreditar su interés jurídico en un juicio de amparo.

4) El juicio de amparo también es improcedente cuando el acto que afecta al promovente no proviene de una autoridad, pues según la ley, el amparo tiene únicamente por objeto resolver conflictos entre autoridades y ciudadanos. Sin embargo, el problema consiste en qué entiende la Suprema Corte por el término "autoridad".

La Suprema Corte sentó en 1934 el primer precedente de la actual tesis jurisprudencial que define el concepto de autoridad como algún "órgano del Estado", lo que no incluye a los organismos descentralizados, a las empresas de participación estatal y a los fideicomisos públicos. Todos ellos son organismos que, de acuerdo con el derecho administrativo, tienen personalidad jurídica propia y patrimonio propio, por lo que no pueden ser considerados como "órganos del Estado".¹⁴

Dicho criterio jurisprudencial tenía sentido hace más de cincuenta años, cuando la administración pública aún no crecía significativamente. Sin embargo, a partir de esa fecha el gobierno ha ampliado su participación en la esfera económica de forma tal que en la década de los ochenta existían aproximadamente 1500 empresas públicas y numerosos organismos descentralizados. Especialmente estos últimos -que incluyen, por ejemplo, a la Comisión Federal de Electricidad, los Ferrocarriles Nacionales de México, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el INFONAVIT, etcétera- en la práctica llegan a actuar como autoridades, ya que tienen facultades para imponer sus determinaciones sobre y en contra de la voluntad del gobernado. A pesar de esto, la Suprema Corte no ha modificado su criterio jurisprudencial respecto al concepto de autoridad, lo que implica que los ciudadanos no tienen medios de defensa efectivos contra los actos de empresas y organismos que, de hecho, actúan como autoridades.

Por ejemplo, en 1988 se promovió, ante un juzgado de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal, un juicio contra Ferrocarriles Nacionales de México, en el que se impugnaba la pretensión de este organismo descentralizado de impedir la circulación de los vagones de la empresa quejosa, los cuales transportaban alimentos del norte al centro de la República. A pesar de que Ferrocarriles Nacionales realmente estaba actuando como autoridad, ya que podía imponer su determinación en forma imperativa, el juicio de amparo era improcedente de acuerdo con la tesis jurisprudencial antes citada. Más aún, al impedir el transporte de alimentos, se le causaban graves perjuicios económicos a la empresa, pues no sólo obstaculizaba su labor comercial, sino que era factible la descomposición de los alimentos si éstos no llegaban pronto a su destino. No obstante, la empresa carecía de medios legales de defensa.

La Suprema Corte únicamente ha reconocido que un organismo

descentralizado realiza actos de autoridad cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social o el INFONAVIT actúan como organismos fiscales autónomos, es decir, cuando determinan el monto de las aportaciones obrero-patronales y exigen coactivamente el cobro de las mismas. En todas sus demás atribuciones, según la Suprema Corte, dichos organismos actúan siempre como particulares.¹⁵

Independientemente de que un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal no sean propiamente órganos del Estado, forman parte de la administración pública federal, de acuerdo con el artículo 90 constitucional. De ahí que sea jurídicamente incorrecto considerarlos como particulares para efectos del juicio de amparo.

Esta situación obliga a los ciudadanos a acudir a los tribunales civiles para reclamar, en juicio ordinario, el incumplimiento en el que incurran tales organismos respecto de sus múltiples obligaciones. Sin embargo, el particular afectado tiene evidentes desventajas en esos juicios, sobre todo si reclama el incumplimiento de alguna obligación de carácter pecuniario. Aun cuando el particular gane el juicio, no podrá ejecutar coactivamente el cobro en caso que el organismo público no quiera acatar voluntariamente la sentencia pues, conforme al artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles, los bienes de tales organismos son inembargables.

Los criterios jurisprudenciales en relación con el concepto de autoridad ponen nuevamente de manifiesto la poca voluntad que ha tenido el Poder Judicial federal para controlar efectivamente los actos de las autoridades administrativas. Además, el hecho que la Corte haya sostenido la misma definición del concepto de autoridad durante casi 60 años, a pesar de los notorios cambios que ha sufrido la administración pública durante ese lapso, significa que no ha asumido su responsabilidad de ir dando contenido al marco jurídico, y de adaptarlo a los cambios sociales mediante la jurisprudencia y los criterios de interpretación de las

leyes.

5) Por último, según el artículo 74, fracción IV, de la Ley de Amparo, procede el sobreseimiento del juicio cuando durante el proceso no se compruebe la existencia de los actos reclamados. Este es uno de los motivos por los que en la práctica se sobresee un gran número de juicios, principalmente tratándose de aquellos en contra de autoridades administrativas.

Es obvio que un juicio se debe sobreseer si no se demuestra que existen los actos que se reclaman. Sin embargo, en la práctica, hay algunos tipos de actos de autoridad que son realmente de difícil o imposible prueba; así, por ejemplo, el soborno, la corrupción y las amenazas. Tales actos arbitrarios no han sido controlados por el Poder Judicial federal, a pesar de que un número importante de la población los sufre cotidianamente.

El ejemplo más característico de esta situación son los frecuentes actos de corrupción de las autoridades de las delegaciones políticas del Distrito Federal. Desde el vendedor ambulante hasta el comerciante o el constructor, están obligados conforme a la ley a tramitar ciertas licencias y autorizaciones que los faculten para realizar la actividad a la que se dedican. Es común que las autoridades pidan "mordidas" con el fin de otorgar dichas autorizaciones. Además, una vez que se obtienen las licencias, las autoridades delegacionales ilegalmente amenazan con clausurar la construcción o el giro mercantil, o con retirar los puestos de los vendedores ambulantes y confiscarles su mercancía, si no se les da determinada cantidad de dinero. Por ejemplo, es común que los inspectores de la vía pública adscritos a las delegaciones exijan a los vendedores ambulantes una cuota diaria para permitirles comerciar, a pesar de que cuenten con licencia.

Muchos afectados han intentado defenderse a través del amparo ante los jueces de Distrito. Sin embargo, las autoridades delegacionales, al momento de

rendir su informe justificado -que no es otra cosa que la contestación que hacen de la demanda- se limitan a negar la existencia de los actos reclamados; inclusive ya tienen elaborado un informe justificado de machote, que aplican indistintamente para cualquier amparo que se promueva en su contra. Frente a dicha negativa, el promovente del juicio está obligado a demostrar jurídicamente la existencia de las amenazas y la exigencia de sobornos, lo que resulta prácticamente imposible. Así, el juicio de amparo respectivo por lo general concluirá con el sobreseimiento.

En estos casos el motivo del sobreseimiento se debe, como es evidente, a la forma "astuta" con la que las autoridades se defienden en los juicios de amparo, es decir, negando sus actos en forma sistemática y así trasladando la carga de la prueba a los ciudadanos respecto de la existencia de esos actos. Sin embargo, los tribunales federales han permanecido pasivos frente a esta situación, y han convalidado tácitamente el autoritarismo de las autoridades delegacionales. El problema no es fácil solución, toda vez que los jueces, frente a la negativa de actos, no pueden presumir que las autoridades actuaran en forma ilegal, sino que los ciudadanos deben probarlo. No obstante, en la medida de que este tipo de conflictos se presenta cada vez con mayor frecuencia, la Suprema Corte podría establecer nuevos criterios jurisprudenciales para facilitar a los ciudadanos la prueba de las amenazas o la corrupción que se reclama. Así, por ejemplo, se podrían admitir como medios probatorios las grabaciones, fotografías o videos. Además, una vez que se comprobara la falsedad de los informes de las autoridades, se podría sancionar a éstas con destitución si las quejas se presentan en forma sistemática.

A partir de los ejemplos citados se puede apreciar cómo el alto índice de sobreseimientos se debe, principalmente, a la forma en que el Poder Judicial federal ha venido integrando los criterios de interpretación judicial en esta materia. La jurisprudencia ha determinado de manera muy estricta el contenido y los

alcances de las normas que establecen las distintas causas de sobreseimiento e improcedencia. Inclusive, en algunos casos, ha ido más allá de lo que disponen dichas normas, estableciendo la improcedencia del amparo en casos distintos a los que señala la propia Constitución, lo que está en evidente contradicción con el principio de que se deben someter a la revisión judicial a todos los actos de las autoridades del Estado.

En consecuencia, el Poder Judicial federal ha dejado de desempeñar el papel político que le corresponde según el sistema de división de poderes. Las propias "autolimitaciones" que los tribunales federales se han impuesto, a partir de la forma en que han ido resolviendo los casos concretos, lamentablemente han determinado que el Poder Ejecutivo, no tenga control en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de sus actos, que el que él mismo se imponga.

Además de las razones de índole política que han motivado el sometimiento del organismo judicial federal al Poder Ejecutivo, existen también motivos eminentemente prácticos por las cuales al Poder Judicial le ha "convenido" sobreseer los juicios de amparo y abstenerse de controlar el abuso de poder. La creciente demanda de justicia, la falta de recursos suficientes para crecer en proporción al aumento de la misma, y la lucha por combatir el rezago, han permitido a los tribunales federales hayan encontrar en el sobreseimiento la "mejor" solución para enfrentar estos problemas. Así lo demuestran las estadísticas de los últimos 50 años de labores del Poder Judicial federal, datos que se analizan a continuación.

El sobreseimiento como fórmula para abatir el rezago judicial

Para el juzgador, dictar una sentencia de sobreseimiento es mucho más simple y requiere de menos horas de trabajo que emitir un fallo negando o concediendo el amparo. Esto se debe a que no tiene que resolver el fondo la cuestión controvertida, ni, por lo tanto, estudiar los conceptos de violación de la demanda. En la sentencia de sobreseimiento únicamente tiene que exponer ciertos razonamientos sencillos por los cuales estima que opera determinada causal de improcedencia o de sobreseimiento. En cambio, si decide entrar a resolver la controversia sustancial, no solamente tendrá que estudiar cada uno de los conceptos de violación, y en el caso de negar el amparo, desvirtuarlos en su totalidad, sino que, además, deberá exponer las razones por las que estima que no opera en el juicio respectivo ninguna causal de improcedencia. Lógicamente, todo esto complica la elaboración de la sentencia.

Esta característica de las resoluciones de sobreseimiento, aunada al hecho de que la cantidad de juicios de amparo que tramitan año con año los tribunales federales ha sobrepasado por mucho su capacidad para resolverlos, explica por qué existen claros incentivos para que el juzgador acuda al sobreseimiento y que la Suprema Corte haga cada vez más difícil el acceso a la justicia mediante sus criterios jurisprudenciales.

Si se analizan las estadísticas de los juzgados de Distrito en materia de amparo, se puede observar que, de 1940 a 1990, la carga de trabajo por juzgador aumentó en un 349%. Asimismo, también se observa que durante ese periodo hubo un aumento constante paralelo en el porcentaje de juicios sobreseídos. Cuando esto no sucedió, es decir, cuando en un año específico aumentó la carga de trabajo, pero no se incrementó paralelamente el número de sobreseimientos, entonces creció el rezago de los juzgados de Distrito en ese año. De ahí que las variables "carga de trabajo", "porcentaje de juicios sobreseídos" y "rezago judicial" mantengan una estrecha relación: si aumenta la carga de trabajo, aumenta el

porcentaje de juicios sobreseídos o aumenta el rezago judicial. Así, el sobreseimiento y la improcedencia operan como una "válvula de escape" frente a la saturación de juicios de amparo promovidos año con año en el país. El análisis estadístico del comportamiento de estas tres variables -rezago, sobreseimientos y carga de trabajo- en el lapso que comprende de 1940 a 1990, en periodos de cinco en cinco años, demuestra la hipótesis expuesta.

GRAFICA 2

Como se puede apreciar en la gráfica 2, la cantidad de juicios de amparo promovidos ante los juzgados de Distrito ha ido en aumento, como era de esperar. Sin embargo, a partir de 1975, y principalmente en la década de los ochenta, tal incremento ha sido desproporcional respecto de años anteriores. Cabe destacar que, precisamente, en el periodo de 1980 a 1990 se crearon más juzgados de Distrito nuevos que en todos los años anteriores.

GRAFICA 3

Como se puede observar en la gráfica 3, en la década de los ochenta el número de juzgados de Distrito aumentó en un 90% respecto de los que existían hasta 1975. Este es un crecimiento sin precedentes en la historia del Poder Judicial federal, ya que en un período de 10 años se crearon más juzgados de Distrito nuevos que el total de los creados en los 40 años anteriores. Esto se debe a que, a partir de 1984, el presupuesto anual de organismo judicial federal ha incrementado considerablemente. Sin embargo, si comparamos el aumento en el número de juicios con la expansión que ha tenido el Poder Judicial federal, claramente se puede observar que dicha expansión no ha sido suficiente para

responder a la creciente demanda de justicia.

GRAFICA 4

En la gráfica 4 se puede observar cómo la carga promedio de trabajo por juez tiende a aumentar. En 1990, cada juez tramitó en promedio 1,686 juicios de amparo. Esto significa que, paradójicamente, el año en el que se crearon más nuevos juzgados fue el de mayor crecimiento de la carga de trabajo promedio por juzgador. De ahí que la expansión del Poder Judicial federal todavía no sea suficiente para aliviar la carga de trabajo de cada juzgador.

Quien ha tenido contacto con la práctica judicial y, en específico, con la labor jurisdiccional, sabe que tramitar y resolver más de 1,000 juicios al año es realmente una odisea: organizar el cúmulo de promociones que son ofrecidas por las partes de cada uno de los juicios; buscar que éstas se acuerden en tiempo y conforme a derecho, resolviendo las peculiaridades de cada caso concreto; atender las diversas peticiones de cada uno de los litigantes; fijar día y hora para la celebración de las audiencias; celebrar éstas cuidando que no falte ningún documento por agregar al expediente; y, finalmente, proyectar la sentencia, son tareas nada fáciles para el juzgador, y lógicamente se dificultan entre más juicios tenga que atender.

Idealmente, la labor jurisdiccional que precisamente se realiza al momento en que el juez emite su fallo, debe ser una labor de estudio y de reflexión, un tanto parecida a la labor académica. Sin embargo, es un hecho que el exceso de trabajo imposibilita alcanzar tal ideal, lo cual se verá reflejado en la baja calidad del servicio jurisdiccional.

Ahora bien, si consideramos que tramitar más de 1,000 juicios al año implica trabajar por encima de la capacidad de un juzgador, entonces, desde

1965, los jueces de Distrito han venido tramitando y resolviendo más juicios de los que idealmente les corresponde. De ahí que no sea un mero hecho fortuito que el porcentaje de juicios sobreseídos haya tendido a ir en aumento precisamente a partir de ese año pues, como ya se mencionó, dictar sentencias de sobreseimiento requiere de menos horas de trabajo y estudio por parte del juzgador.

GRAFICA 5

Como se puede observar en la gráfica 5, mientras que en el periodo de 1940 a 1960 se había mantenido más o menos constante el porcentaje de juicios sobreseídos, a partir de 1965, y en específico desde 1970, éste se fue incrementando sustancialmente, al punto de que en las décadas de los setenta y de los ochenta, los juzgados de Distrito empezaron a sobreseer dos terceras partes o más, del número total de los juicios resueltos.

En la gráfica 6 se compara el número de juicios promedio por juez con el número de juicios promedio que cada juez sobreseyó durante un mismo año y se observa que existe una estrecha relación entre ambos promedios: si aumenta el primero, generalmente también lo hace el segundo.

GRAFICA 6

Sin embargo, en algunos casos esta hipótesis no se cumple cabalmente. Por ejemplo, durante 1945 y 1950, según se observa en las gráficas 4, 5 y 6, no obstante un importante incremento en la carga de trabajo de cada juez, el porcentaje de juicios sobreseídos disminuyó respecto del de 1940. Así, durante 1945 la carga de trabajo por juez aumentó en 36% y en 1950 en 89% respecto de la de 1940. A pesar de esto, en el primer caso -1945- el porcentaje de

sobreseimientos fue del 56% y, en 1950, dicho del 57%, esto es, dos y uno puntos porcentuales menor que el de 1940, respectivamente. Pero, precisamente, en 1945 y 1950 el porcentaje de rezago judicial se incrementó sustancialmente respecto del de 1940, y según se observa en la gráfica 7, dicho porcentaje ha sido el mayor en comparación con el de los demás años estudiados.

GRAFICA 7

Por otra parte, cabe destacar que, según se observa en la gráfica 7, el rezago en los juzgados de Distrito, con excepción de los dos años antes señalados, se ha mantenido realmente controlado. Inclusive, se puede decir que tales porcentajes son cifras que muy pocos sistemas judiciales, a nivel mundial, han llegado a alcanzar.

Desafortunadamente, el control del rezago ha sido a costa de la calidad de la justicia constitucional, ya que se ha logrado dificultando cada vez más la superación de la barrera de la improcedencia y el sobreseimiento. En otras palabras, el Poder Judicial federal ha tenido dos alternativas para enfrentar los problemas que se derivan de la creciente demanda de justicia: rezagar los asuntos o sobreseer los juicios. Según se desprende de los datos antes señalados, el organismo judicial federal ha optado por esta segunda alternativa. Esto lo comprueba la relación matemática que existe entre ambas variables: carga promedio de trabajo por juez y porcentaje promedio de juicios sobreseídos.

GRAFICA 8

La gráfica 8 dibuja la tendencia que existe entre las dos variables. En ella se observa que existe una relación casi perfecta, ya que todos los puntos se encuentran muy cercanos a la línea recta. Además, la pendiente de la recta es un

poco menor de cuarenta y cinco grados, lo que indica que la relación entre el número de juicios promedio y el porcentaje promedio de sobreseimientos es casi proporcional: si aumenta el primero, aumenta casi en la misma proporción el segundo.

De ahí que podamos concluir que el aumento en el porcentaje de juicios sobreseídos se debe, entre otras cosas, a que el Poder Judicial federal no ha podido crecer en proporción al aumento en el número de juicios, y ha preferido optar por sobreseer los juicios, que saturarse de asuntos rezagados. El rigorismo de la interpretación judicial relativa a las causas de sobreseimiento e improcedencia ha sido fruto de esta situación.

La debilidad política del organismo judicial federal frente al Poder Ejecutivo y su retiro voluntario de la esfera política a través del sobreseimiento están íntimamente relacionados. El alto porcentaje de sobreseimientos es, en última instancia, consecuencia de la falta de recursos del Poder Judicial federal para aumentar el número de juzgados en proporción al aumento en el número de juicios. Por consiguiente, si el Poder Judicial federal hubiese tenido durante estos años el peso político suficiente para exigir del Ejecutivo un presupuesto adecuado, es probable que entonces no hubiese tenido que recurrir al abuso de las causas de sobreseimiento para aliviar la carga de trabajo de los juzgadores.

GRAFICA 9

En la gráfica 9 se observa el presupuesto asignado al Poder Judicial federal a partir de 1970, en particular el incremento, que ha sido muy importante, a partir de los últimos siete años. Sin embargo, el abandono y las carencias presupuestales de los años anteriores han sido igualmente significativas.

LA JUSTICIA FUERA DEL PODER JUDICIAL

No quedaría medianamente completo el panorama de la situación y de la problemática de los poderes judiciales en nuestro país si no hiciéramos referencia a los numerosos tribunales y otros organismos no jurisdiccionales que se han creado sobre todo en los últimos años, y que desempeñan importantes funciones en la administración de justicia.

Se trata de organismos especializados que, por un lado, complementan la labor del Poder Judicial y que, en muchos casos, desempeñan una labor de filtro¹⁶ respecto de éste, resolviendo infinitud de controversias mediante un procedimiento rápido, flexible e informal (es el caso de las diversas procuradurías). Sin embargo, también son un indicio de las deficiencias e incapacidades del Poder Judicial, que no ha querido o no ha podido intervenir activamente en la solución de los problemas que atañen a la justicia.

El Poder Judicial federal ha mantenido y defendido un concepto de independencia judicial que ha terminado por aislarlo de problemas importantes para el país.

Así, por ejemplo, la tradicional jurisprudencia de la Suprema Corte en el sentido de que los derechos políticos no son "garantías individuales" y, por lo tanto, están excluidos de la protección del amparo, si bien podría entenderse y justificarse en el siglo pasado, ha impedido convertir en justiciables algunas importantes cuestiones políticas cuya resolución bien podría haber asumido la Suprema Corte, como intérprete final de la Constitución. Del mismo modo, se ha negado a abrirse a la protección de los que ahora se denominan intereses sociales o difusos.

Esta noción de independencia judicial parece significar que el Poder

Judicial federal está más allá de cualquier control y vigilancia. Así se explica su exclusión de la competencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que por mandato constitucional está impedida de conocer de quejas por violaciones administrativas que cometan los órganos de este poder. Correlativamente, el Poder Judicial federal carece de órganos internos de vigilancia y disciplina que funcionen adecuadamente.

Tribunales

Aunque formalmente se encuentren encuadrados dentro del Poder Ejecutivo, los tribunales a que nos referimos se hallan sometidos a la autoridad del Poder Judicial federal, por el hecho de que sus sentencias pueden impugnarse ante los tribunales federales, mediante el amparo, y de que deben obedecer la jurisprudencia obligatoria de nuestro máximo tribunal. Sin embargo, el que no formen parte integrante del Poder Judicial le resta a éste importancia como poder e impide una política judicial unificada. ¿Cuáles son estos tribunales?

Por razones históricas, la solución de conflictos laborales no se confió a los tribunales ordinarios, sino a unos órganos llamados "juntas de conciliación y arbitraje", integrados en forma tripartita por un representante de los trabajadores, uno de los patrones y otro del gobierno, quien los preside.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje resuelve conflictos laborales entre trabajadores y patrones de las ramas industriales que son de competencia federal, como la petrolera. La Junta está dividida en "juntas especiales", que se establecen en razón de la materia de la fuente de trabajo o de un territorio determinado. Actualmente hay 54 de estas juntas.

El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, de manera similar, resuelve

los conflictos laborales entre los poderes federales y las autoridades del Distrito Federal con sus trabajadores. Lo integran varias salas, formadas por tres magistrados (uno, representante de los trabajadores, designado por la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado; otro, del gobierno, y un tercer magistrado, designado por los otros dos).

Por lo que toca a la justicia administrativa, el modelo francés no confía la solución de las controversias entre el ciudadano y la administración pública a los tribunales ordinarios, porque lo impide la doctrina de la división de poderes ("juzgar a la administración es también administrar"), y se atribuye entonces esta función a órganos que forman parte de la misma administración. Siguiendo este modelo, se creó en 1936 el Tribunal Fiscal de la Federación, que ahora goza de plena autonomía para dictar sus sentencias y que, a pesar de su nombre, resuelve una variedad amplia de conflictos entre los particulares y las autoridades federales. Se integra por una Sala Superior, formada por nueve magistrados, y por 16 salas regionales, de tres magistrados cada una.

El Tribunal Federal Electoral, de reciente creación (1990), resuelve conflictos en materia electoral federal. Está formado por una sola Sala Central, integrada por cinco magistrados, y por cuatro salas regionales, con tres magistrados cada una. Por excepción, este tribunal no está sometido al Poder Judicial federal, en la medida que sus resoluciones sólo pueden ser modificadas, en casos especiales, por los Colegios Electorales del Congreso de la Unión.

Los tribunales agrarios son los órganos encargados de resolver las controversias que suscite la aplicación de la nueva Ley Agraria, reglamentaria del artículo 27 constitucional (1992). Hay un Tribunal Superior Agrario, integrado por cinco magistrados, y uno o varios tribunales unitarios agrarios por distrito (actualmente, 34).

Por último, existen también tribunales militares que administran justicia para

las Fuerzas Armadas.

Las categorías de tribunales federales antes mencionadas se repiten en los estados, cuando existe una materia local equivalente, aunque no en todos: juntas locales y tribunales estatales de conciliación y arbitraje; tribunales estatales de lo contencioso administrativo; tribunales estatales electorales.

Procuradurías de justicia y otros organismos no jurisdiccionales

Como principales órganos auxiliares de la administración de justicia tenemos las procuradurías de justicia (Procuraduría General de la República; procuradurías estatales y del Distrito Federal), cuya principal función es la investigación y persecución de los delitos (a través del Ministerio Público y la Policía Judicial), pero que también ejercen importantes atribuciones de control y vigilancia de la legalidad y de representación de intereses sociales.

Aparte de estas procuradurías, hay un gran número de organismos especializados, orientados a la protección de los intereses llamados "difusos", así como de ciertos grupos sociales y que corresponden en mayor o menor grado al modelo del ombudsman sueco, en cuanto realizan, de manera informal, flexible y rápida, funciones como las siguientes:

- conciliación y mediación en conflictos y controversias
- recepción e investigación de quejas y denuncias
- formulación de recomendaciones dirigidas a la autoridades, así como la proposición de medidas y mejoras a su actuación
- inspección y vigilancia

- asesoría jurídica y representación en toda clase de trámites y procedimientos
- aplicación de sanciones, como multas y clausuras
- denuncia de violaciones a las leyes.

El caso más conocido de estos organismos en los últimos tiempos son las comisiones de derechos humanos (Comisión Nacional, comisiones estatales y del Distrito Federal), pero hay también otros muchos organismos federales y estatales: Procuraduría Federal del Consumidor; procuradurías de la defensa del trabajo; Procuraduría Agraria; Procuraduría Federal de Protección del Medio Ambiente; Procuraduría Social del Distrito Federal, etcétera.

Recapitulando: los problemas de la administración de justicia, como primer paso hacia una verdadera y profunda reforma, deben plantearse en forma integral, tomando en cuenta las interrelaciones entre los poderes judiciales, los demás tribunales y órganos no jurisdiccionales. Todos ellos cumplen funciones diversas y complementarias, que por tal motivo deben delimitarse convenientemente, pero corresponde al Poder Judicial federal desempeñar un papel en el que no puede ser suplido por ningún otro órgano: el de control último de los actos de las autoridades públicas. Sólo si ejerce efectivamente esta función merecerá el apelativo de "poder".

CAPITULO III

LA JUSTICIA PENAL EN MEXICO

¿Por qué todo lo concerniente a la justicia penal llama de manera tan poderosa la atención y por qué el interés que suscita excede, ampliamente, el ámbito de los especialistas en la materia (juspensalistas, criminólogos, penitenciarios)? La curiosidad que despiertan los crímenes y la reacción estatal ante ellos no tiene que ver solamente con el morbo o con disquisiciones filosóficas o psicológicas sobre el lado oscuro del alma humana, aquél que se inclina más por Tanatos que por Eros, sino que en las actuaciones del derecho penal, ese delicado instrumento, se ponen en juego valores tan importantes como la vida, la libertad, y en algunos sistemas penales, incluso la integridad física de los individuos.

Dentro del ordenamiento jurídico, el derecho penal es el subconjunto de normas que tiene por función la tutela de los intereses sociales -individuales o colectivos- que hacen posible la convivencia civilizada: la vida, la salud, la integridad corporal, la dignidad y el honor, las libertades públicas, las libertades privadas y las libertades íntimas, el patrimonio, etcétera. Por la relevancia de los intereses tutelados, las normas jurídico-penales establecen las sanciones más drásticas. Sólo ellas prevén la privación de uno de los bienes más preciados, la libertad, para no mencionar los sistemas donde aún se aplican penas tales como la de muerte, de mutilación o de infamia.

No puede negarse que el derecho penal ha sido utilizado, en diversas sociedades, como recurso represivo para preservar privilegios ilegítimos de la clase dominante o del grupo dirigente,¹ y esta evidencia ha dado lugar, en amplios círculos de izquierda, a que se le caracterice como un instrumento de opresión en manos de la burguesía.² Sin embargo, más allá de esta simplificación, es

fácilmente observable que el derecho penal tutela también, frente a las conductas que los afectan más intensamente, valores cuya preservación interesa a todos, no a un grupo o a una clase.

La persistencia del derecho punitivo es una ominosa señal de que no ha surgido, en sistema ni sitio algunos, ese hombre, con el que soñaron Bakunin y Kropotkin, bondadoso y comunitario por naturaleza, con una vocación de libertad, frente al cual serían innecesarias las normas coercitivas. En presencia de los procederes humanos donde la barbarie irrumpe -el homicidio, la violación, la privación de la libertad, la tortura, el saqueo de la riqueza de una nación, por sólo citar unos ejemplos- en el actual momento histórico resulta impensable prescindir de la ley penal.

A pesar de que una cantidad importante de delitos jamás llega a castigarse y de que a muchos individuos no les intimidan las sanciones penales, parece claro que si no hubiera punición -por lo menos para una franja de los delitos- y si las penas no desestimulasen a un porcentaje de personas de cometer acciones y omisiones prohibidas por la ley penal, llegaríamos en poco tiempo a una situación de anarquía insostenible. Pero no sólo eso explica la inagotable atracción que los temas penales y criminológicos ejercen sobre todo el mundo. También es el afán, acaso tan antiguo como el hombre, de que reciba un castigo justo quien causa un daño grave contra otro individuo, contra un grupo o contra el conjunto de la sociedad.

El sentimiento que exige castigo para quien ha cometido una conducta intolerablemente antisocial no tiene que ver únicamente con el plausible objetivo de protección de los bienes y valores que permiten la convivencia social, sino también con una conciencia de justicia. Pensemos, por ejemplo, en los criminales de guerra nazis. Castigarlos no obedecía a un propósito de protección social, pues derrotados y dispersos por diferentes lugares de la Tierra, ya no podían cometer

sus desmanes, sino a un legítimo esfuerzo por que se hiciera justicia.³

Ahora bien: en virtud de la severidad de las sanciones penales, cuya aplicación suele tener un impacto brutal en quienes llegan a sufrirlas, una postura teórica democrática pide que el ius poenale evolucione hacia los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. El primero, formulado por Binding, implica que el ordenamiento punitivo incluya sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.⁴ El segundo se explica así:

"El derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del derecho civil o del derecho público, ha de retraerse el derecho penal. En efecto, para la persona afectada cada pena significa un menoscabo en sus bienes jurídicos, de efectos que llegan no pocas veces al exterminio de la existencia, o que en cualquier caso restringen fuertemente la libertad personal. Por ello, y por ser la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social, y la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales, en mayor medida que lo que pueda ser fomentada por la conminación penal".⁵

Asimismo, como la finalidad del derecho penal es la tutela de bienes sociales y éstos, sin duda, tienen diferente valor (así, para citar un ejemplo obvio, la vida vale mucho más que el patrimonio), la importancia del bien que se protege ha de considerarse como factor básico para establecer la medida de punibilidad. A mayor jerarquía del bien, mayor intervalo de punibilidad, y viceversa. "Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad -advertía Beccaria hace más de 200 años-, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja".⁶

Ninguna duda cabe de que no son las penas de rigor espeluznante las más eficaces. No puede ignorarse que la inmensa mayoría de la población desconoce la legislación penal y, si bien tiene una idea más o menos correcta sobre qué conductas son delictuosas, ignora la gravedad de las sanciones correspondientes. Así, "la creencia popular de que las penas altas y su ejecución rigurosa tendrían éxito en la lucha contra la criminalidad, es errónea desde su fundamento".⁷ Lo que tiene alguna eficacia preventiva es la aplicación y la ejecución efectivas de las sanciones por lo menos en alguna medida razonable.

LEY PENAL E INFLACION PUNITIVA

El panorama de las legislaciones penales mexicanas presenta una expansión del derecho penal -una verdadera "inflación" punitiva- que resulta incompatible con los principios invocados de fragmentariedad y subsidiariedad.

Las figuras delictivas con una baja punibilidad sugieren que resultará más favorable trasladarlas a un cuerpo normativo distinto del Código Penal, esto es, las hipótesis a que se refieren tales figuras han de perder su carácter de delitos y convertirse en ilícitos no penales. Frente a la sórdida realidad del universo penitenciario, capaz de dejar secuelas imborrables en un lapso relativamente breve,⁸ parece inadecuado enviar a un individuo que no ha realizado una conducta antisocial muy grave a prisión por un lapso corto, cuya duración no permite, por otra parte, un tratamiento rehabilitador. Podría explorarse la posibilidad de que al menos las figuras delictivas cuya punibilidad media aritmética no exceda de tres años de prisión, dejen el universo penal. Los individuos que concretan estas hipótesis no pueden ser calificados como auténticos criminales y las sanciones no penales tal vez brinden en esos casos un resultado más plausible.

Hasta ahora los pronunciamientos en favor de una política legislativa de despenalización no han ido más allá del plano de las abstracciones declamadas, y las propuestas han sido pobres o inexistentes. Aunque no puede subestimarse el impacto teórico que ha tenido el discurso en favor de la despenalización, lo cierto es que, por lo pronto, este discurso no encuentra traducción en el nivel de las proposiciones concretas.

La convicción de que se ha acudido con exceso a las normas penales se acompaña, paradójicamente, de un temor a la eliminación de esa demasía. Así pues, sería conveniente la apertura de un debate sobre la posición que aquí se esgrime, pues no puede defenderse consistentemente una despenalización de la que nadie dice en qué consiste exactamente, cuáles son sus límites, cuáles sus obstáculos y cuáles ventajas. Una discusión amplia al respecto es urgente y de importancia insoslayable a la luz de una situación que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Los gastos administrativos desmesurados que ocasiona la prisión;
- b) La sobrepoblación carcelaria que impide ocuparse más detenidamente, a los efectos de la readaptación que la Constitución proclama como objetivo del sistema penitenciario, de los verdaderos criminales;
- c) La experiencia histórica que en el mundo entero muestra el fracaso de la prisión en su pretendida función rehabilitadora.

La libertad del enorme contingente de pequeños delincuentes tendría consecuencias nada desdeñables: descongestionaría las cárceles; ahorraría gastos -lo que en los tiempos que corren parece tan importante- y permitiría ocuparse minuciosamente de los delincuentes auténticos en una tarea resocializadora que podría traducirse -permitamos que nuestro escepticismo no

cierre la puerta a la posibilidad- en avances criminológicos y penitenciarios importantes. Es evidente que el descongestionamiento de las cárceles, por sí solo, posibilitaría un mejor trato a los internos y, por ende, una mejoría en el respeto de sus derechos humanos en prisión.

No puede dejar de reconocerse que estas ventajas no son desdeñables y que, en cambio, no parece grave que esos delincuentes dejen de serlo, ya que la conducta que los hizo tales es de una gravedad limitada y reducida, por lo que, conforme a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, no debería considerarse delictiva.⁹ Lo más importante sería que esos individuos se verían librados de la innegable contaminación antisocial derivada de la pena de prisión.¹⁰

Si los beneficios apuntados se subestiman, no se ve cómo pueda avanzarse en el diseño puntual de una política de despenalización. La doctrina ha señalado que esa política es necesaria, y en ello han estado de acuerdo quienes formulan las normas punitivas, así como las autoridades encargadas de procurar y de administrar la justicia penal. El temor a sus consecuencias ha llevado a sustituir las proposiciones concretas por la reiteración ideológica más o menos abstracta. No se trata de un torneo discursivo: se trata de ser capaces de formular propuestas racionales e imaginativas capaces de llevar adelante la transformación del ius poenale hasta reducirlo a límites aceptables.

Por lo pronto, debe señalarse que no se requieren luces intelectuales o análisis teóricos de excepción para darse cuenta de que algunas figuras delictivas son con toda obviedad inaceptables en el contexto de una sociedad que se afana en transitar a la democracia. Así, por ejemplo, penalizar el aborto significa condenar a las mujeres pobres a recurrir a esa práctica, poniendo en peligro su salud e incluso su vida, a sabiendas de que la conminación penal a nadie persuade y de que las mujeres con ciertos recursos económicos abortan en condiciones higiénicas, sin que en realidad se pretenda perseguirlas penalmente.¹¹

Por otra parte, todavía hasta hace poco existían en el Distrito Federal los tipos delictivos de "vagancia" y "malvivencia",¹² que establecían castigos no por lo que se hace, esto es, no por llevar a cabo una conducta antisocial, sino por lo que se es: desempleado o mendigo en una situación socioeconómica que no ofrece trabajo para todos; con lo que se convierte a las víctimas de dicha situación en delincuentes.¹³

Una y otra vez se viola, en los códigos penales mexicanos, el principio según el cual la punibilidad debe corresponder al valor del bien jurídico. En el Código Penal para el Distrito Federal -cuyas directrices son seguidas por la gran mayoría de los códigos estatales-, el sistema por el cual se punibilizan los tipos legales de índole patrimonial -de acuerdo con el monto económico de la infracción- permite que el robo de un automóvil sea castigado hasta con 20 años de prisión, esto es, doce años más que la sanción mínima correspondiente a un homicidio simple doloso consumado. En el Código Penal de Veracruz, mientras el mismo homicidio tiene una punibilidad máxima de 15 años de prisión, el terrorismo tiene una máxima de 30 años, y a los reincidentes de cualquier delito se les puede aplicar, también, hasta 30 años de prisión. Ello no obstante que la vida se ha reconocido como el bien jurídico de mayor jerarquía. Tutelar con mayor rigor bienes patrimoniales que la vida es un extremo inaceptable si se busca un derecho penal humanitario. Permitir que un individuo sea condenado a 30 años de prisión por reincidir en un delito -sin importar cuál- es introducir un elemento de autoritarismo similar a los absurdos que describió Kafka.

La cuestión de la democracia en la función legislativa constituye el núcleo decisivo de la problemática del derecho penal.¹⁴ La preocupación por la democracia y la racionalidad legislativa en materia penal no pasaría de ser inquietud teórica de juristas, quizá estéril e inocua, si no fuera porque la falta de ellas en el ámbito punitivo hace posible -por la orientación deformada del derecho

penal- las penas monstruosas por delitos no tan graves; las insufribles reproducciones de la desigualdad social en virtud de una ley penal injusta; la sobrepoblación carcelaria, perteneciente en abrumadora mayoría a las clases sociales desfavorecidas; la marginación multiplicada a partir de la definición legal; el inaudito desequilibrio ante la justicia penal entre el pobre diablo y el ciudadano respetable; la prolongación ininterrumpida de los estigmas (pobre-delincuente o disidente-delincuente por definición); el abandono de la racionalidad y el desastre desde el punto de vista de la evolución penal que teóricamente se propugna.¹⁵

LA PERSECUCION DE LOS DELITOS: UN RENGLON TORCIDO

Por disposición constitucional -artículo 21- la persecución de los delitos compete al Ministerio Público, que cuenta para ello con la policía judicial, la cual está bajo su mando. Esta función es de la mayor importancia en una sociedad, toda vez que -según se ha explicado- los delitos afectan los valores básicos para una convivencia civilizada. En México existe una policía judicial federal para la persecución de los delitos federales y una policía judicial en cada una de las entidades federativas para la persecución de los delitos del orden común.

No contamos hasta ahora con policías judiciales en las que confluyan al mismo tiempo la eficacia y el respeto a los derechos humanos. Los modos atentatorios contra la dignidad y las garantías constitucionales con que se persiguen los delitos, no van acompañados de una eficacia aceptable. El 91.4% de los delitos cometidos en 1990 en el Distrito Federal quedarán impunes, sin siquiera llegar al conocimiento de los jueces: en el 64.4% de los casos porque se presentó denuncia contra quien resulte responsable y nunca se determinará la identidad del autor del delito, y en el resto de las hipótesis porque, a pesar de

tenerlo identificado, la policía judicial no logrará detenerlo. Apenas uno de cada diez presuntos delincuentes es detenido. Durante 1990 la policía judicial del Distrito Federal únicamente concluyó 21.5% de las investigaciones que le fueron ordenadas y, por tanto, dejó de resolver 78 de cada 100 casos.¹⁶

Desde luego, la impunidad no se debe sólo a la ineficacia policiaca. Otro factor que la propicia reside en que las resoluciones del Ministerio Público son inatacables, lo cual tiene especial trascendencia tratándose de delitos que no son perseguidos por razones de tipo político o económico. Por ejemplo, el Ministerio Público se puede negar ejercer la acción penal en contra de policías delincuentes o ciudadanos influyentes que "compran" su inactividad.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que no procede el amparo contra esos actos de autoridad, fundamentando su postura en que la acción persecutoria está vedada a los jueces. Sin embargo, la procedencia del juicio de amparo en contra de la negativa del Ministerio Público a ejercer la acción penal no implicaría que el Poder Judicial se arrogara facultades de acusador y perseguidor de delitos, pues ni ejercitaría la acción penal ni buscaría los elementos de prueba ad hoc; se limitaría a ordenar a la autoridad competente que cumpliera con su deber y a revisar la legalidad de su actuación. Toda sentencia de amparo obliga a la autoridad responsable; de donde no se sigue que el órgano jurisdiccional de control sustituya a la autoridad contraventora.

Una parte importante de la delincuencia tiene que ver con una difícil situación socioeconómica. La caída del salario a partir de 1983 -en términos de poder adquisitivo- es del 40%. Este descenso se ha dado en condiciones particularmente desfavorables ya que, además del agudo proceso inflacionario que tuvo lugar hasta 1987, se restringieron los subsidios, las transferencias y el gasto social del gobierno; en consecuencia, se han exacerbado las desigualdades.

Para fin de milenio, de no aumentarse la productividad y la oferta de empleos, el 10% de los mexicanos de mejores ingresos será 40 veces más rico que el 10% más pobre, con lo que la diferencia se habrá más que duplicado en medio siglo. Los más ricos eran, en relación con los más pobres, 18 veces más ricos en 1950, 27 veces en 1980 y 36 veces en 1986.¹⁷

El incremento de la criminalidad de índole patrimonial parece ser, en buena medida, una respuesta a esa situación. El robo es el delito que simboliza la crisis. En 1982 hubo cerca de 45,000 robos en el Distrito Federal. En 1984 fueron más de 63,000. De 1985 a 1986, mientras la población en el Distrito Federal crecía en un 1.1%, el aumento de la criminalidad fue de 10.3%. En 1987 se denunciaban, en promedio, 278 robos diarios, es decir, un robo cada cinco minutos. En 1990, en los inicios de la recuperación económica, el promedio había bajado a 160 robos diarios.¹⁸ Una de las manifestaciones íntimas de la crisis es el temor a ser asaltado. Salir a la calle es un riesgo y quedarse en casa no brinda una total seguridad, porque no son infrecuentes los robos en casas-habitación.

Empero, la clase de criminalidad más preocupante no es la que proviene de la pobreza. Los delitos que provocan mayor alarma tienen que ver con el poder económico, a menudo en connivencia con el poder político, y se refieren al tráfico de estupefacientes y psicotrópicos. El narcotráfico representa el mayor reto y preocupación para la procuración y la administración de la justicia penal.¹⁹

Los delitos relacionados con el tráfico de drogas no sólo se traducen en daños graves a la salud de seres humanos, sino que producen perniciosos efectos en las instituciones y en la vida social y, además, suscitan una permanente tensión diplomática con los Estados Unidos. Vivimos una paradoja: nunca como ahora la persecución de los delitos conectados con el tráfico de drogas había obtenido resultados cuantitativos tan importantes y, sin embargo, jamás como ahora el narcotráfico había alcanzado la magnitud y las repercusiones hoy fácilmente

observables.

A finales del sexenio pasado se informaba que la mitad del presupuesto de la Procuraduría General de la República se destinaba a la campaña contra el narcotráfico. La tercera parte de los servidores públicos de esa Procuraduría se dedicaba, en exclusiva, a dicha campaña. Intervenían, asimismo, 25,000 efectivos del ejército, apoyados por la armada nacional. En las batallas del narcotráfico han muerto un buen número de agentes judiciales, soldados y narcotraficantes.²⁰

Asimismo, se han visto afectadas personas inocentes o no indudablemente culpables. Algunos episodios no pueden dejar de calificarse como excesos. Se puede citar tan solo algunos de los casos más espectaculares: el asalto al rancho El Mareño; el peliculesco bombardeo de Caborca; el insólito atraco a la población de Aguililla y el subsiguiente encarcelamiento del presidente municipal y otras personas bajo cargos e incluso testigos falsos; la detención durante 18 meses del abogado Antonio Valencia Fontes por haber indagado sobre la suerte de un cliente que, finalmente, apareció muerto y con evidencia de atroces torturas, entre otros.

Es verdad que una delincuencia tan poderosa como la del narcotráfico no se puede combatir prodigando las buenas maneras de la cordialidad ante una banda que recibe a balazos a sus perseguidores. Pero ¿se trata de una delincuencia que hace imposible la legalidad en sus formas de persecución? ¿O éstas son monstruosidades que, evitables, vulneran la ley, destruyen la certidumbre jurídica y ponen en jaque la coexistencia civilizada?

El asunto es complejo. Son abundantes y poderosas las armas con las que, en el mundo todo, cuenta el narcotráfico. Unas matan; otras corrompen. En Colombia el desafío contra las instituciones ha llegado al extremo de que se ha asesinado a un procurador nacional y a varios jueces. En México fue ejecutado un juez de Distrito, al parecer porque condenó, rechazando una suma estratosférica que se le ofrecía por absolver, a un mercader de la droga que, por cierto, muy

pronto se fugó de prisión. Es altamente preocupante que la noticia del homicidio del juez Pedro Villafuerte no haya ocupado las primeras planas de los periódicos ni merecido pronunciamiento de repudio de colegios y barras de abogados, de escuelas y facultades de derecho. Apenas un pequeño desplegado de prensa de jueces de Distrito y un minuto de silencio en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sólo muchos meses después, al surgir la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se le comenzó a dar al suceso su debida dimensión: la impunidad del homicidio, declaró la Comisión, es de extrema gravedad por cuanto afecta la debida seguridad de quienes llevan a cabo la función judicial. En otras sociedades seguramente el crimen hubiera provocado inmediatamente un escándalo nacional.

El gran reto de las policías judiciales mexicanas es el de lograr la conjunción de eficacia en un porcentaje razonable y pleno respeto a los derechos humanos al perseguir los delitos. No será fácil conseguirlo. Del Informe Anual (mayo 1992 a mayo 1992) de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, presentado el 3 de junio de 1993, se advierte que de las 2,779 quejas sobre hechos presuntamente violatorios de derechos humanos (de un total de 8,793 recibidas en el periodo), 246 corresponden a tortura, 453 a detención arbitraria, 290 a falsa acusación, 448 a abuso de autoridad.

La tortura, objeto de una buena parte de las quejas, ha llegado a parecer casi natural. Año con año, la organización humanitaria Amnistía Internacional dedica varias páginas a nuestro país en relación con esa práctica. Es indiscutible que la modernización y la democratización del país la hacen inadmisibles.

Universalmente proscrita en el campo normativo como resultado de un proceso histórico iniciado en el Siglo de las Luces, la tortura es uno de los fenómenos más inquietantes y persistentes en la historia de la humanidad. Se practica, por supuesto, en regímenes dictatoriales, pero se utiliza también allí donde la sociedad civil ha conquistado importantes espacios democráticos. Se

recurre a ella en sistemas políticos de todos los signos ideológicos.

Problema multifacético, la tortura no puede ser atacada con éxito por uno solo de sus flancos. Las recientes reformas a los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal, así como la nueva Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, constituyen un avance de innegable importancia. Se veda a los agentes policiacos la recepción de la confesión, que sólo podrá ser hecha ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, y siempre en presencia del defensor o persona de la confianza del inculcado. De otro modo carecerá de todo valor probatorio.²¹ Es decir, se combate, con la reforma, dos de los factores que propiciaban la tortura: los interrogatorios policiacos de un detenido incomunicado y la ausencia de defensor en la etapa prejudicial del procedimiento. Sin demeritar la importancia de la reforma, es claro, sin embargo, que la sola norma jurídica es insuficiente, aunque necesaria, para abatir la tortura.

Es indispensable cumplir con la disposición constitucional de que la policía judicial esté bajo el mando del Ministerio Público, pues en la realidad ha ocurrido precisamente lo contrario. La policía judicial ha operado sin controles. Sus abusos acaso no sean mayores que su ineficiencia. Las investigaciones policiales con frecuencia son ficticias. La lectura de casi cualquier averiguación previa indica que el agente policiaco, al recibir la orden de investigar, lejos de hacerlo, tan sólo realiza una síntesis, de sintaxis atropellada, del expediente.

Sin una verdadera indagación previa, se detiene a un individuo, inocente o culpable, al que se trata de hacer confesar. Si se obtiene la confesión -hipótesis más que probable por las rudezas en el interrogatorio- se tiene acceso a una jugosa e ilegítima fuente de recursos: al detenido o a sus familiares, casi siempre a ambos, se les vende la confesión, es decir, se les exige una fuerte suma de dinero a cambio de la libertad. Esos abusos cuentan con una impunidad generalizada. No es, por desgracia, infrecuente que el superior jerárquico encubra

tales acciones delictuosas, porque no es ajeno al turbulento negocio: recibe cuotas de los inferiores jerárquicos.

En el vértice de la cuestión de la tortura hay un dato de realidad indiscutible: las policías mexicanas, en términos generales, no están capacitadas para cumplir con la función de detectives. Jürgen Thorwald nos explica que la criminalística, ciencia de reciente creación, ha alcanzado un notable desarrollo en el curso de su breve existencia. La impunidad del delito, sostiene, ha dejado prácticamente de existir. Los conocimientos conjuntos proporcionados por los sistemas de identificación, la medicina legal, la toxicología forense y la balística permiten desenmascarar al delincuente más sutil e ingenioso, a aquél que por una inversión de valores busca en el crimen la perfección y la originalidad de una obra de arte. Y frente a este riesgo mortal que entraña la comisión de un crimen, surge, por positivo contraste, la protección de la vida del inocente, tan amenazada en siglos anteriores, en los que se producían los errores judiciales, muchas veces irreparables, con excesiva y lamentable frecuencia.²²

Las policías mexicanas recurren a la tortura porque no poseen esas técnicas. Es preciso, en este punto, salir al paso de una creencia ampliamente difundida, a pesar de su falsedad. Suele comentarse que el abuso policiaco se comprende, y aun se justifica, si lleva al éxito en la lucha contra la delincuencia. Además de que se trata de una postura inaceptable, pues nada justifica la transgresión de la legalidad y violación de los derechos humanos en un Estado de derecho, esa apreciación no resiste el menor análisis: los elevados índices de impunidad a que se ha hecho referencia páginas atrás muestran que no hay una conexión puntual y necesaria entre abuso de poder policial y éxito en la persecución de los delitos. Por el contrario, es de observarse que en los países donde se cuenta con una policía realmente profesional, el respeto a los derechos humanos por parte de los agentes no ha sido obstáculo para una razonable

eficacia.

Por supuesto, señalar los vicios de nuestras policías no significa pronunciar una condena general, lo que sería muy cómodo e injusto. Si se quiere comprender la magnitud del problema, hay que tomar en cuenta que los agentes policiacos perciben bajísimos salarios, por lo que consideran las prácticas de extorsión como un complemento económico de sus ingresos, parte indeclinable de su modus vivendi.

"Y se cierra el círculo: para muchos policías, torturar es parte de su trabajo; no sienten que, al hacerlo estén realizando algo indebido; lo consideran una práctica que está dentro de sus funciones no escritas ni reglamentadas. Ni sádicos ni trastornados, los policías que torturan están convencidos de que están llevando a cabo una de las actividades propias de su labor. Saben que en la mayoría de los casos, aunque se les pase la mano y lleguen incluso al homicidio, no tendrán castigo, porque sus jefes, por sentido de equipo, los defenderán o los encubrirán".²³

Con estas dramáticas palabras describe la situación Jorge Carpizo, primer presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La reforma legislativa a que se aludió líneas arriba es un gran avance. Hay que extenderla a todo el país. Hay que darle jerarquía constitucional. Además, sería conveniente que la Suprema Corte de Justicia dejara de convalidar con su jurisprudencia los actos de autoridad atentatorios de la integridad física de las personas, al menos exigiendo -como se dijo en el capítulo anterior- la destitución de las autoridades responsables y obligando al Ministerio Público a ejercer la acción penal. Así mismo es indispensable que la Suprema Corte asuma su responsabilidad constitucional de sujetar todos los actos de autoridad -incluyendo los del Ministerio Público- a la legalidad. En este sentido, la procedencia del juicio de amparo contra el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público resulta de vital importancia para atacar tanto la impunidad como el autoritarismo

de las autoridades. La corrupción y la impunidad nos agravian a todos. Es preciso que se sancione penalmente a quien comete delitos relacionados con el abuso de poder.

¿Qué hacer, además, en el ámbito metajurídico? No se producirá avance alguno si no se consigue la efectiva sujeción de la policía judicial al Ministerio Público y si no se reforman los cuerpos policiacos. Escribirlo aquí es más fácil que lograrlo.

En primer lugar, se requiere que los agentes del Ministerio Público estén capacitados, en el ámbito jurídico y en el campo criminalístico, para perseguir los delitos; es decir, deben transformarse en juspenalistas y criminalistas, calidades profesionales que hoy no se les exige al otorgarles el cargo. Es indispensable que los propios procuradores de justicia promuevan la respetabilidad de sus abogados, lo que podrá ponerlos a salvo de la insufrible prepotencia de los policías judiciales, que han de entender inequívocamente que están al servicio de los agentes del Ministerio Público y no a la inversa. ¿Misión imposible? Por lo menos de una altísima dificultad.

En segundo lugar, la capacitación de las policías es una urgente necesidad. No habrá tal con algunos cursillos más o menos intensivos. Se requieren institutos en los que se logre una profesionalización sin simulaciones. Las experiencias internacionales demuestran, como se verá en otro capítulo, que sólo la profesionalización puede garantizar tanto la eficiencia en la persecución de los delitos como una disminución en los abusos policiacos. Esta implica la existencia de programas de formación permanentes, sistemas de ascenso que fomenten el mérito y no el influyentismo, instrucción en el uso de equipos y laboratorios criminalísticos modernos, y ética profesional entre otros.

Si bien el país pasa por una difícil situación económica, la enorme responsabilidad que entraña la función policial justifica que los agentes que la

llevan a cabo -no sólo los judiciales- perciban salarios decorosos. No se puede exigir un comportamiento como el que la sociedad mexicana espera de sus policías sin una justa retribución.

Finalmente, se necesita mejorar las relaciones entre el público y las policías, en la medida que una mayor cooperación entre ambos favorece la mejor investigación de los crímenes y, al mismo tiempo, un mayor control democrático de su actuación pública.

En la actualidad la policía cuenta con un nivel bajísimo de credibilidad; es temida incluso por los ciudadanos. Un mayor acercamiento se podrá lograr sólo cuando la policía demuestre ser más eficiente y respetuosa de la ley. Además, las experiencias internacionales comprueban que el acercamiento entre policía y sociedad se puede lograr estableciendo, por un lado, canales activos de comunicación, con el objeto de prevenir el crimen -a través de folletos, cursos, etcétera- y, por el otro, transmitiéndole a la policía los valores sociales comúnmente aceptados en la comunidad.

Todo parece indicar que fueron los abusos policiacos, su repetición cotidiana, lo que dio lugar al nacimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Como lo advierte el Minnesota Lawyers International Human Rights Committee, la detención arbitraria, las palizas y la tortura son los métodos cotidianos de investigación de las fuerzas de seguridad mexicanas.²⁴

La Comisión tiene como antecedentes, en nuestro país, a la Procuraduría de Pobres, creada en 1847 y promovida en San Luis Potosí por Ponciano Arriaga. Es un órgano similar al ombudsman, institución que nació en Suecia con la Constitución de 1809 y con los fines de establecer un control adicional para el cumplimiento de las leyes, supervisar su aplicación por la administración y crear una nueva vía, ágil y sin formalismos, a través de la cual los individuos pudieran quejarse de las arbitrariedades cometidas por autoridades. A la fecha el

ombudsman existe en más de 40 países.

Evidentemente, la Comisión no invade la esfera de competencia del Poder Judicial pues, por el contrario, tiene entre sus funciones orientar a los particulares para que utilicen adecuadamente el juicio de amparo, que procede contra actos de autoridades o leyes que violen las garantías individuales y obliga a restituir al particular la garantía violada.

Al crearse la Comisión Nacional de Derechos Humanos en junio de 1990, su primer presidente, Jorge Carpizo, estaba consciente del escepticismo con que la opinión pública recibía la noticia. Sólo con hechos y más hechos -dijo Carpizo en la ceremonia de toma de posesión- la Comisión lograría credibilidad. El objetivo era, y es sin duda, enormemente difícil. La tradición de impunidad de los autores de actos de abuso de poder, el sentimiento generalizado de absoluto desamparo ante esos actos, la ausencia de una cultura consolidada de derechos humanos entre la población han sido poderosos motivos de la incredulidad.

Tres años es un lapso breve en la vida de las instituciones y, sin embargo, en ese periodo la Comisión se ha ganado el respeto de un gran número de ciudadanos y autoridades, salvo de aquéllos que se lo regatean porque el país no ha cambiado radicalmente. Por supuesto, quien pensara que la misión del nuevo organismo era transformar radicalmente los cuerpos policiacos y eliminar del todo la ilegalidad, le estaba asignando una tarea imposible.

La Comisión no puede realizar la labor de profesionalización de los cuerpos policiacos. Sólo puede dar publicidad a sus abusos, emitir recomendaciones, asesorar jurídicamente a los ciudadanos y realizar propuestas legislativas tendientes a mejorar la situación de los derechos humanos en México.

De esta manera, falta formar cuerpos policiacos con excelente preparación profesional y técnica y respetuosos de los derechos humanos; agentes del Ministerio Público que sean detectives eficaces, tanto como juristas y celosos

guardianes de la legalidad; defensores de oficio diligentes y capaces; jueces con profundo conocimiento jurídico y honestidad e independencia sin límites; autoridades administrativas eficientes e incorruptibles, Esta enorme labor evidentemente sobrepasa las capacidades tanto legales como políticas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Sin embargo, la Comisión ha hecho, dentro de sus límites, una buena labor. Muchos casos de desvíos de autoridades han tomado el cauce legal correspondiente debido a la intervención de la Comisión.

Contra actos de autoridad violatorios de las garantías individuales, el orden jurídico mexicano ofrece diversos recursos y, sobre todo, consagra para todos los ciudadanos el juicio de amparo. Pero del texto legal a la realidad hay mucho trecho. No todos tienen la posibilidad fáctica de utilizar esos recursos, que exigen conocimientos jurídicos, dinero y, en ocasiones, muy buenos "contactos". Y como no todo mundo puede pagar un buen abogado -cuyos honorarios suelen ser altos- y los defensores de oficio son insuficientes o deficientes, y en virtud de que acudir a los tribunales es sumamente costoso también en cuanto al tiempo, es inevitable en muchas ocasiones la sensación de desvalimiento de quienes sufren un atropello.

La ventaja que presenta un mecanismo como la Comisión Nacional de Derechos Humanos es que sus servicios son gratuitos y solicitarlos no obliga a asesorarse de un abogado ni a cumplir con penosas formalidades. Esas ventajas no son irrelevantes en tiempos en los que se vive un creciente desbordamiento de la actividad administrativa y una crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional. El ombudsman puede representar "una mejor, más simple, menos formal, más rápida y eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al poder público".²⁵

En algunos medios de comunicación se ha intentado demeritar la labor de

la Comisión Nacional de Derechos Humanos con el señalamiento de que no se atienden sus recomendaciones. El señalamiento no es del todo exacto: la gran mayoría de las recomendaciones han sido acatadas. De 1,952 quejas que se encontraban en trámite al 25 de mayo de 1992 y de las 8,793 presentadas a la Comisión del 26 de mayo de ese año al 25 de mayo de 1993, se habían concluido en esta última fecha 8,393. La gran mayoría de ellas no culminó en recomendación alguna. En 4,899 casos la queja concluyó durante su tramitación u orientación al quejoso; en 1,489 por razón de incompetencia de la Comisión, sin posibilidades de orientación al quejoso; en 78 por desistimiento del quejoso; en 364, por falta de interés del quejoso en la continuación del procedimiento; en 76, por no responsabilidad de la autoridad; en 117, por acumulación de expedientes de queja.

Sólo 260 quejas concluyeron en sendas recomendaciones, con los siguientes resultados (entre paréntesis se señala la situación de las 597 recomendaciones expedidas por la Comisión en sus tres años de vida):

a) totalmente cumplidas	49 (221)
b) parcialmente cumplidas	186 (297)
c) no aceptadas	2 (9)
d) aceptadas, en tiempo para presentar pruebas	6 (6)
e) aceptadas, sin pruebas de cumplimiento	3 (3)
f) en tiempo para ser contestadas	18 (18)
g) con cumplimiento insatisfactorio	1 (2)

En repetidas ocasiones no es menester llegar a la recomendación porque opera la amigable composición y la mediación, siempre y cuando no se trate de

violaciones trascendentales (derecho a la vida, casos de tortura, etcétera), la responsabilidad de un servidor público no sea dolosa y el quejoso y la autoridad expresen su acuerdo.

La autoridad que no acata una recomendación debe responder, con argumentos y fundamentos, por qué no la atiende. Y éste es un punto crucial: los abusos de poder, reales o presuntos, se han sacado de los sótanos y se ventilan, como no ocurría antes de la creación de la Comisión, a la luz, ante los ojos de una sociedad cada vez más vigilante.

Una propuesta de reforma legislativa y dos recomendaciones han demostrado ampliamente que la Comisión Nacional de Derechos Humanos está contribuyendo a disminuir el problema del abuso de autoridad en México. La propuesta se formuló en el sentido de que la policía ya no pudiera interrogar a un inculcado y la declaración de éste tuviera valor si era hecha en presencia de su defensor. Hoy estas medidas son derecho vigente en el Distrito Federal y en el fuero federal. Algunas de sus recomendaciones han sido muy positivas:

a) La referente a Aguililla, poblado asaltado por la policía judicial federal. En este suceso, que recuerda una escena de película, se detuvo y consignó a varias personas, no sin antes someterlas a tortura. Entre ellas se encontraba el presidente municipal, miembro del Partido de la Revolución Democrática, la principal fuerza de oposición de izquierda en el país. La Comisión recomendó la libertad de todos los detenidos y la investigación de los agentes que participaron en el atraco para, en su caso, consignarlos.²⁶

b) La relativa a Tejupilco, escenario de un zafarrancho con muertos debido a una protesta contra el resultado de las elecciones locales. La intervención

de la Comisión evitó la creación de chivos expiatorios.²⁷

Debido al arraigo y la legitimidad que ha adquirido la Comisión en la sociedad, una reforma publicada el 28 de enero de 1992, la consagra a nivel constitucional, dotándola de autonomía y señalando su ámbito de competencia. Al mismo tiempo, la reforma dispone que se establezcan organismos equivalentes en todas las entidades federativas. En caso de omisiones o deficiencias en los casos de los organismos locales, se puede acudir a la Comisión Nacional. Todo ello permite vislumbrar un mejor futuro en materia de derechos humanos en nuestro país.

EL JUICIO PENAL: ¿SE HACE JUSTICIA?

En su obra clásica Del espíritu de las leyes, en la que se plantea como cuestión central la estructura jurídica del Estado como mecanismo de certidumbre, Montesquieu escribe sobre el poder judicial:

"no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".²⁸

Para el funcionamiento efectivo del Estado de derecho, que presupone un sistema de frenos y contrapesos entre los órganos estatales mediante el cual el poder detiene al poder,²⁹ es condición necesaria, aunque no suficiente, la existencia de un poder judicial que actúe con eficacia y con independencia. La lucha por el derecho no se detiene en la búsqueda de buenos textos legislativos:

incluye el objetivo de lograr un poder judicial fuerte y capaz, que garantice que la norma jurídica se cumpla en los casos concretos.

En materia penal, además de jueces con esas características, el imperativo de la justicia requiere de un procedimiento penal que permita, hasta donde sea humana y razonablemente posible, llegar a conocer la verdad histórica del suceso que se juzga. Entre otras, dos preguntas básicas deben resolverse en el procedimiento: ¿existió el delito? De existir el delito, ¿es culpable el acusado?. No hace falta abundar en la relevancia de esas interrogantes y en la trascendencia de las respuestas. De éstas depende, básicamente, que se haga justicia o se cometa una injusticia. Es injusto que se absuelva a un culpable. Es asimismo injusto -y monstruoso- que se condene a un inocente.

A lo largo de la historia, los hombres han creado tres diversos sistemas procedimentales en materia penal. El sistema inquisitivo -cuyo origen se remonta a la cognitio extra ordinem del Imperio Romano y cuya expresión pura se da en el derecho canónico de la Edad Media- se caracteriza por la concentración de las funciones de acusación, defensa y decisión en un solo órgano: el tribunal, que domina el procedimiento en todas sus manifestaciones y se vale habitualmente de la tortura en la búsqueda de la verdad, la que se obtiene sobre todo a través de la confesión.

El sistema mixto -que surge del triunfo de la Revolución Francesa como una respuesta contra el sistema inquisitivo- tiene dos fases: la instrucción o sumario, en la que predominan las características inquisitivas; y el juicio o plenario, de carácter acusatorio.

El sistema acusatorio nació en Roma, durante el período más avanzado de la República, y se caracteriza porque las tres funciones procesales -acusación, defensa y decisión- se llevan a cabo por órganos que actúan en nombre de la sociedad y quedan asignadas a tres sujetos diferentes: el acusador, el defensor y

el juez, que actúan sin interferencia alguna, es decir, sin que una misma función se lleve a cabo por más de un órgano y sin que un mismo órgano tenga a su cargo más de una función.

Todos los actos de acusación y de defensa se llevan a cabo ante el juez. Acusador y acusado actúan en igualdad de condiciones, con amplias posibilidades de aportar pruebas. El acusado no es un objeto, sino un sujeto en el procedimiento. En razón de la paridad entre acusador y acusado, el procedimiento es contradictorio de principio a fin. La dialéctica entre acusador y defensor impide que cualquier acto procedimental se lleve a cabo sin la presencia de ambos. A su vez, este carácter contradictorio del procedimiento determina la oralidad y la publicidad del mismo.

Evidentemente es el sistema acusatorio el que ofrece un procedimiento en el que se garantizan por igual los intereses de la sociedad y los del individuo; es este procedimiento el que ofrece las mejores condiciones de conocer la verdad histórica³⁰ y además de evitar la tiranía en la persecución y sanción de los delitos, en la medida de que se dividen las funciones entre distintos órganos.

La Constitución de 1917 consagra un procedimiento acusatorio a través de principios estructuralmente organizados en un conjunto coherente. En este conjunto, la función de la defensa reviste importancia mayúscula. Olga Islas y Elpidio Ramírez enumeran exhaustivamente los actos que implica la defensa del acusado: a) escuchar del acusado la versión del hecho que se considera delictivo; b) conocer el contenido de todas las constancias procesales a fin de conocer bien el hecho punible y estar en posibilidad de refutar la acusación; c) buscar las pruebas que reafirmen la inocencia del acusado o, al menos, le favorezcan en relación a la pena, para ofrecerlas y desahogarlas ante el órgano jurisdiccional; d) solicitar del juez la libertad provisional, cuando proceda; e) solicitar del juez el auxilio para el desahogo de las pruebas; f) interponer los recursos procedentes; g)

pedir al órgano jurisdiccional la absolución, o, al menos, la pena menos desfavorable (conclusiones); h) estar presente en todos los actos del procedimiento.

Apuntan dichos autores: "En esta forma concebida (por el Constituyente) la función de la defensa, queda equilibrada y racionalmente desarrollada la impartición de la justicia". Y concluyen: "... el Constituyente de Querétaro, de 1916-1917, plasmó en la Constitución una igualdad jurídica entre el Ministerio Público y la Defensa...".³¹

Poder Judicial independiente y profesional, e igualdad jurídica y real entre Ministerio Público y Defensa son, por lo expuesto, condiciones indispensables para un juicio penal imparcial, democrático, en el que sea posible que, al dictarse la sentencia, se haga justicia.

¿Son los jueces mexicanos autónomos, eficientes y capaces en sus decisiones? ¿Se da en la realidad una paridad en las actuaciones del órgano de la acusación y del órgano de la defensa en el procedimiento penal? ¿Cómo aproximarnos a una respuesta que mínimamente objetiva que vaya más allá de los casos aislados que se conocen, del rumor público o de la institución?

En capacidad y eficacia hay una distancia considerable entre los poderes judiciales del fuero común y el Poder Judicial federal. Es verdad que unos y otros jueces desconocen, salvo excepciones, las corrientes más avanzadas del derecho penal contemporáneo, y las sentencias suelen ser doctrinariamente pobres. Sin embargo, no puede negarse que al menos las del Poder Judicial federal contienen argumentos de los que frecuentemente están ayunas las de los jueces del fuero común, sobre todo los de primera instancia.

La carencia de una carrera judicial y la deficiente preparación que en materia penal suele adquirirse en las escuelas y facultades de derecho son factores que en buena medida explican la situación. Las teorías que se enseñan

en las aulas de las licenciaturas en derecho son, casi siempre, anteriores a 1930 y su anacronismo corre parejo con su pobreza teórica. Es realmente interesante observar que cuando un defensor bien preparado presenta alegatos apoyados en posturas doctrinarias modernas, el juez suele quedar desarmado y no entiende el lenguaje en que se le está hablando.

La eficacia puede medirse, como se argumentó en el capítulo anterior, en relación inversa al rezago en los juzgados. Existe una creencia generalizada de que el rezago es omniabarcante y omnipresente. Veamos la estadística judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 1o. de diciembre de 1991 al 30 de noviembre de 1992.³² En materia penal había en existencia 42 amparos en revisión, y en el lapso indicado ingresaron 355 y se resolvieron 341, por lo que quedan 56. En los Tribunales Unitarios de Circuito de la República, durante el mismo lapso, ingresaron 22,976 asuntos y se resolvieron 26,316; como había en existencia 7,473, quedan 4,133. En los juzgados de Distrito había en existencia 7,112 juicios de amparo; ingresaron 110,955 y egresaron 111,762, es decir, más de los que ingresaron; quedan, para toda la República, 6,305. En los mismos juzgados de Distrito quedaban por ejecutar 33,259 órdenes de aprehensión. Los datos hablan; las generalizaciones son riesgosas.

Mucho mayor es el rezago en el fuero común. No es muy infrecuente que algunos procesos excedan del plazo constitucional de un año. Hay presos que incluso se quedan entre 3 y 4 años esperando su sentencia, lo cual es indigno y evidentemente violatorio de sus derechos. A fines de 1990, más del 60% de los presos del país eran presos sin sentencia, es decir, procesados en prisión preventiva, ya fuera por no tener derecho a la libertad provisional, ya por no tener recursos económicos para cubrir la garantía.³³

El rezago judicial tiene su motivo principal en la insuficiencia de juzgados, que han aumentado a un ritmo muy inferior al observable en el crecimiento

demográfico. Tal insuficiencia conspira no sólo contra el objetivo de una justicia expedita -lo que de suyo es grave: justicia retardada no es justicia-, sino contra la finalidad de una función judicial ejercida con sosiego, condición indispensable para que se analice profundamente caso por caso y se resuelva lo más razonablemente posible.

Es difícil creer en la independencia del Poder Judicial, no sólo porque el Presidente de la República nombra a los ministros de la Suprema Corte y la aprobación del Senado es un mero trámite (situación similar al nombramiento de magistrados por parte de los gobernadores con la aprobación de la legislatura), sino porque en las resoluciones delicadas nuestro Poder Judicial ha mostrado un criterio complaciente hacia el Ejecutivo.

En los procesos de 1968 se dio el vergonzoso caso de altas sentencias condenatorias por los delitos de invitación a la rebelión, asociación delictuosa, sedición, daño en propiedad ajena, ataques a las vías de comunicación, robo de uso, despojo, acopio de armas, homicidio y lesiones contra agentes de la autoridad, con base en los siguientes elementos probatorios (en los que el agente del Ministerio Público basaba su acusación): las mantas, pancartas, carteles y fotografías en las que aparecían líderes como Lenin, Che Guevara, Mao Tse Tung, Fidel Castro; la bandera del Partido Comunista; la formación de comités de huelga y brigadas de lucha por parte de los acusados; la participación de uno de ellos (Heberto Castillo) en el grito de la noche del 15 de septiembre en Ciudad Universitaria actuando como autoridad al sancionar actos de matrimonio; la militancia de los procesados en organizaciones de izquierda.³⁴

Tampoco es fácil creer en la independencia del Poder Judicial cuando nuestro máximo tribunal estableció el criterio -ya hoy insostenible por la reciente reforma procesal, al menos en el Distrito Federal y en el fuero federal- de que, ante dos o más declaraciones de un inculpado, debe prevalecer la primera, pues

al rendirla, el detenido aún no ha tenido oportunidad de ser aconsejado por su abogado, que por lo general entra en funciones en el momento de la declaración preparatoria, la que el inculpado hace ante el juez.

Esa primera declaración se hacía sin la presencia de juez ni de defensor, ante los agentes policiacos que, como es ampliamente sabido, no sólo aconsejan a los detenidos que se declaren culpables, sino que suelen persuadirlos mediante procedimientos que van más allá del consejo amistoso. Ahora bien, el acusado podía decirle al juez, en su declaración preparatoria, que no ratificaba su deposición inicial porque le había sido arrancada coactivamente. Pero la misma Corte consideraba que el juez sólo debía atender al señalamiento de la anomalía si el procesado la probaba. Probarla era casi imposible: la tortura ocurre en la soledad de las mazmorras, sin testigos, sin que de ella se dejen huellas ni constancia en documentos. Y a pesar de todo, era la primera declaración del acusado la que tenía valor. ¿No equivalía este criterio jurisprudencial a convalidar la tortura?

Por otra parte, el derecho a la defensa es, para los acusados pobres, una quimera, y casi todos los acusados son pobres. En el Distrito Federal -donde la situación es menos desfavorable que en casi toda la provincia- un defensor de oficio percibe un salario muy reducido y tiene que atender, en promedio, 50 causas a la vez. Ello lo lleva a ser sólo una figura decorativa -con honrosas, heroicas excepciones- y a procurarse ingresos adicionales tomando a su cargo defensas particulares, a las que sí pone atención por el incentivo económico. Además, le resulta imposible, por el exceso de trabajo, profundizar en su preparación y actualizarse. Los defensores de oficio adscritos a las agencias del Ministerio Público únicamente son 46, los que sólo pueden abarcar 17 de las 61 agencias del fuero común en sus tres turnos y 20 de los 32 juzgados calificadores.³⁵ Así, uno de los grandes ideales de justicia penal del Constituyente

es tan sólo una ilusión. Sin defensa jurídica efectiva para los acusados pobres, no puede existir acceso igualitario a la justicia.

Es preciso, entonces, buscar fórmulas que posibiliten una defensa eficaz para todos los acusados, sobre todo ahora que en los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal es obligada la presencia del defensor desde la etapa prejudicial del procedimiento.

Sería interesante explorar la vía española: los indigentes pueden ser defendidos por los mejores abogados, pues al litigante que asume la defensa de un menesteroso se le condona cierta cantidad porcentual del pago de impuestos.³⁶ Experiencias internacionales similares en relación con el problema de la defensa jurídica de quienes no tienen recursos suficientes se exploran en otro capítulo. Aquí basta señalar la necesidad de que la defensa -de oficio o privada- esté en igualdad de condiciones respecto de la parte perseguidora. Dicha igualdad se logra de hecho cuando ambas partes tienen acceso a recursos económicos o políticos similares. De no ser así, una de las principales aspiraciones de la justicia penal que está consagrada en la Constitución no se lleva a la práctica.

LA PRISION DE TODOS TAN TEMIDA

Por disposición del artículo 18 constitucional, la readaptación social, a través del trabajo y la educación, es el objetivo del sistema penitenciario mexicano. Una serie de factores impiden que ese objetivo se cumpla:

- a) El hacinamiento de los internos. En agosto de 1991, los centros de reclusión del país contaban con espacio para 70,435 personas. Sin embargo, en esa fecha había en esos centros 91,985 internos, lo que significa un exceso de 30%, una sobrepoblación de 21,550 personas. 11

entidades federativas rebasaban ese porcentaje, que en el caso particular de Campeche llegaba al 146%.³⁷

b) Las deplorables condiciones de higiene, salud y alimentación que padece casi toda la población penitenciaria. En una buena cantidad de centros no existe ni siquiera letrina. En la mayoría de ellos se carece de una atención médica mínimamente profesional, sólo útil para controlar infecciones y malestares leves. En muchos casos la comida del preso depende de que la provean sus familiares.

c) La absurda convivencia de delincuentes menores con grandes criminales: narcotraficantes, homicidas, violadores, etcétera. No sólo la política criminal contemporánea, sino el más elemental sentido común, aconsejan que no se coloquen juntos a delincuentes violentos y delincuentes no violentos, no sólo por la contaminación criminógena que sufren estos últimos, lo que sin duda es grave, pero no tan alarmante como el riesgo que día con día corre su seguridad.

d) Los insultantes privilegios de los presos con elevados recursos económicos, que pueden vivir su reclusión con todos los lujos comprando la complicidad de autoridades y custodios.

e) Las conductas de corrupción que han hecho de muchos responsables de prisiones cortesanos de los presos poderosos.

El problema penitenciario se ha venido agravando agudamente en los últimos años con el ingreso a las prisiones de narcotraficantes que han asumido,

por el terror y la corrupción, el control de los sitios donde se encuentran privados de su libertad. Los salarios de los custodios son modestos. Los narcotraficantes cuentan con mucho dinero para ganarse sus voluntades y sus favores. Los custodios han llegado al extremo de permitir a los capos continuar sus actividades delictivas en reclusión, dirigiendo desde allí a las bandas que asombrosamente siguen encabezando. Son ya varios los casos de enfrentamiento armado en prisiones por el control de éstas, entre grupos de narcotraficantes que misteriosamente han logrado introducir armas de fuego.

Es urgente atender y profundizar los once puntos básicos que la Comisión Nacional de Derechos Humanos formuló como programa elemental, ya en 1991, en relación con las prisiones del país:

1. La Comisión Nacional de Derechos Humanos se integra a las Reuniones Nacionales Penitenciarias que se celebren, como órgano asesor con carácter permanente.
2. La ampliación del Sistema de Información Penitenciaria que permita mantener actualizados los datos sobre los centros penitenciarios, la población de internos y fundamentalmente las políticas y acciones del propio sistema, incluyendo mecanismos de información oportuna al interno sobre su situación jurídica y de comunicación.
3. La promoción de la clasificación y redistribución penitenciaria según sus alternativas de readaptación y su peligrosidad (alta, media y baja).
4. El fortalecimiento de la readaptación social del interno mediante el derecho al trabajo, la capacitación y la educación como bases

indispensables de la vida y del esfuerzo readaptador, propiciando los medios para hacerlos indispensables.

5. Las campañas de difusión de la cultura, respeto y salvaguarda de los derechos humanos en todos los centros penitenciarios, combatiendo frontalmente la corrupción.

6. La revisión y la actualización del marco normativo aplicable.

7. La formulación y proposición de los reglamentos respectivos de las Leyes de Normas Mínimas sobre la concesión de beneficios de libertad.

8. La garantía de esquemas adecuados de atención médica y fomento a la salud física y psíquica de los internos, particularmente el tratamiento de los enfermos mentales y de los que padezcan enfermedades infecciosas, en colaboración con las autoridades del sector salud; en particular, habilitar el centro psiquiátrico para inimputables del Distrito Federal.

9. La inducción de mecanismos para avanzar en la autosuficiencia penitenciaria.

10. La coordinación con los poderes judiciales federal y estatales para intercambiar información que permita cumplir los términos constitucionales en los juicios que se instruyen a las personas.

11. La realización de visitas periódicas a los centros penitenciarios, especialmente a los más vulnerables del país, con un programa y objetivos

de apoyo precisos, que atienda a las condiciones de vida de los internos.³⁸

Como se advierte, el reto es colosal. El objetivo justifica todos los esfuerzos.

CAPITULO IV

LOS COSTOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

El contexto social dentro del cual se originan y se resuelven los conflictos jurídicos es esencial para comprender cabalmente las dificultades de la justicia mexicana. En particular, la inequitativa distribución del ingreso, que genera una sociedad polarizada, es un factor que determina -aunque no en forma absoluta- las deficiencias en el acceso a la justicia, en cuanto no toda la población cuenta con posibilidades reales de sufragar los altos costos, en tiempo y dinero, de los litigios.

Claro está que la problemática social es un tema que rebasa por mucho la cuestión de los procedimientos jurisdiccionales. Las apremiantes demandas sociales, que comprenden cuestiones de salud, vivienda, alimentación, educación, etcétera, requieren de soluciones que van más allá de lo que el ordenamiento jurídico es capaz de lograr. La solución de los conflictos jurídicos constituye sólo una pequeña parte del conjunto de las medidas necesarias para aliviar los problemas sociales en México.

Así, el estudio de la relación entre factores sociales e impartición de justicia presenta dos vertientes: la primera se refiere al análisis de la manera en que el entorno social permite o dificulta el acceso a la justicia; la segunda examina el posible efecto del sistema de impartición de justicia sobre la estructura social.

Este capítulo se aboca fundamentalmente al primer aspecto, aunque de él se derivan conclusiones también respecto al segundo. Dado que toda controversia jurídica que lleve ante los tribunales implica necesariamente un costo, el análisis se centrará primero en el costo del acceso a los mismos y, en segundo lugar, en la determinación del grupo de personas que tiene una posibilidad real de asumirlo, y las condiciones en que ello sucede.

LA DETERMINACION DE LOS COSTOS

El costo de la asesoría jurídica: un grave problema de inequidad

El principal costo en un litigio son los honorarios del abogado. Estos se rigen por las leyes del mercado: la asesoría jurídica de alta calidad tiene un precio elevado, ya que hay una oferta insuficiente que se enfrenta a un exceso de demanda. La hora de trabajo de un buen abogado se cotiza aproximadamente entre 300 y 600 nuevos pesos, dependiendo de las características del asunto. En términos de salario mínimo, esto significa que el costo de una hora de trabajo del abogado equivale entre 21 y 42 salarios mínimos diarios o entre 168 y 336 veces lo que perciben los trabajadores más pobres en una hora. De ahí que en la práctica muy pocos tengan acceso real a estos servicios.¹

Sin embargo, además de estos abogados de excelencia, que son pocos y caros, en México existe una amplia oferta de titulados en derecho. Esto significa que casi siempre se podrá tener acceso a algún tipo de asesoría jurídica de acuerdo con las posibilidades económicas del cliente, aunque debido a la creciente tecnificación de los procedimientos judiciales, los abogados litigantes no necesariamente tienen la preparación adecuada. Esta situación se ha traducido en graves desigualdades en el sistema de impartición de justicia.

La asesoría jurídica a la que tiene acceso el promedio de la población es entonces, salvo contadas excepciones, bastante deficiente. Es común que los abogados no reúnan las capacidades necesarias para elaborar con profundidad y sagacidad la defensa del cliente. Generalmente, elaboran demandas de machote que aplican por igual a casos parecidos, sin adaptarlas a las circunstancias

específicas que presenta cada asunto en particular. Además, con frecuencia no son suficientemente cuidadosos para cumplir con los excesivos formalismos de los procedimientos jurisdiccionales. En la práctica se pierdan muchos juicios por descuido o ineficiencia de los abogados. En algunos casos extremos, existen abogados que aceptan la defensa del cliente, cobrando una tarifa relativamente pequeña, pero no se ocupan mínimamente del asunto. En estos casos, las probailidades de éxito son invariablemente nulas.

Los errores que cometen estos abogados son tan graves como la presentación extemporánea de la demanda o el ofrecimiento de pruebas que no tienen ningún valor probatorio en el juicio. Llega a suceder, inclusive, que el abogado carece a tal grado de ética profesional, que se "vende" a la contraparte o simplemente desaparece una vez que ha cobrado sus honorarios, abandonando por completo el trámite del proceso.

Por otro lado, el hecho de que existan tan marcadas diferencias en la calidad del servicio que prestan los abogados, rompe un principio fundamental de todo sistema de impartición de justicia: la igualdad real, y no solamente formal, entre las partes. Según Mauro Cappelletti, la forma de asegurar un efectivo acceso a la justicia depende sustancialmente de que las partes en conflicto tengan "igualdad de armas" (equality of arms), de modo que el resultado final del litigio dependa exclusivamente de los "méritos" o aciertos jurídicos de cada parte, y no de factores externos como la mayor disponibilidad de recursos económicos de alguna de las partes que le asegura una mejor asesoría jurídica que a la contraparte. Asimismo, dicho autor señala, que si bien las diferencias entre las partes no pueden erradicarse por completo, todo sistema judicial que pretenda ser realmente efectivo implementar los mecanismos que vayan aminorando tales diferencias.²

En el caso de México, muy poco se ha hecho por disminuir las diferencias

entre las partes, por mejorar la calidad de los abogados y por propiciar un verdadero y equitativo acceso a la justicia. En primer término, no existe lo que se podría denominar "un control de calidad" de los abogados. A diferencia de otros países, donde se exigen muchos requisitos, para ejercer la abogacía en México basta con cursar los estudios de licenciatura en derecho y obtener el título correspondiente.

La experiencia internacional -que se examina en el capítulo VI- ha demostrado que es indispensable que los abogados reciban algún tipo de entrenamiento previo en los organismos o centros de práctica jurídica, si se pretende que brinden un servicio profesional adecuado. Dicho entrenamiento les permite ir adquiriendo ciertas habilidades y destrezas propias de la práctica, las cuales no se aprenden en los libros. Además, para lograr cierta uniformidad en la calidad de los abogados, en otros países se exige que los aspirantes aprueben un examen ante la Barra de Abogados, en el que demuestren poseer los conocimientos básicos para ejercer la profesión.

Nada de esto sucede en México y el problema se agrava por las deficiencias propias del sistema de educación superior. Sin embargo, si se quiere atacar en forma realista y de raíz los problemas del acceso a la justicia, es necesario poner en práctica políticas que ataquen la baja calidad de la asesoría jurídica, para dar después solución a los problemas de la formación misma de los profesionales en derecho.

Las llamadas "defensorías de oficio", que prestan servicios gratuitos a las personas que no pueden asumir el costo de una asesoría privada, constituyen el ejemplo extremo de la problemática que estudiamos. Desde el punto de vista del mercado de servicios jurídicos, si un defensor de oficio en el fuero común gana menos de dos veces el salario mínimo mensual ¿qué calidad se puede esperar de sus servicios?

Las defensorías de oficio en México no cumplen con los requerimientos mínimos de su función. En primer término, el número de defensores es insuficiente, lo que se traduce en una carga de trabajo excesiva para cada uno de ellos. Es difícil imaginar que un solo abogado pueda atender correctamente más de 20 asuntos a la vez. Sin embargo, los defensores de oficio atienden en promedio 50 asuntos simultáneamente. Además, como el sueldo que reciben es muy bajo, es natural que litiguen otros asuntos por su cuenta, lo que va en demérito de sus servicios gratuitos. Por si fuera poco, los defensores de oficio generalmente no cuentan ni siquiera con un espacio físico donde trabajar dentro del juzgado, ni mucho menos con equipo de trabajo adecuado; frecuentemente no tienen ni siquiera una secretaria que les ayude a mecanografiar sus promociones o escritos.³

Todo esto permite inferir fácilmente la clase de asesoría jurídica que reciben las personas que no pueden cubrir los costos de un buen abogado. La condición lamentable de los defensores de oficio es una muestra del descuido que ha existido para hacer realidad una de las premisas básicas de todo Estado de derecho: el acceso real y equitativo de toda la población a las instituciones jurídicas.

Cabe destacar que desde 1949, a partir de la promulgación en Inglaterra de la Legal Aid and Advice Act, ha existido una preocupación real en todos los países avanzados por crear instituciones que permitan que la población en general, y no sólo aquellos que cuentan con los medios económicos, tenga acceso en forma adecuada a la representación jurídica de alta calidad.⁴ De este modo, en las democracias del mundo desarrollado, el simple derecho formal de acudir a tribunales se ha ido transformando en una facultad real de todo individuo. Además, estas instituciones de asesoría jurídica gratuita, no solamente se han dedicado a lo que los juristas angloamericanos denominan legal aid, es decir, a atender

exclusivamente los casos de naturaleza judicial, sino que también ofrecen a los usuarios asesoramiento técnico sobre cualquier cuestión de carácter jurídico (legal advice). Este último aspecto ha dado a la institución de la defensoría de oficio una proyección mucho más amplia ya que, a través de dicho asesoramiento técnico, realizan funciones de carácter preventivo en relación con los conflictos.⁵

México se ha quedado al margen de tales avances. El derecho de acudir a tribunales sigue siendo meramente formal para un importante sector de la población, toda vez que las defensorías de oficio no ofrecen una verdadera alternativa para los que no pueden un abogado. Además, de ordinario, no existe ninguna institución que dé asesoramiento técnico general a las personas de bajos recursos, que de este modo quedan al margen del derecho.

Una de las razones por las que las instituciones de defensa gratuita en México no han podido cumplir con sus funciones es que carecen de una verdadera autonomía institucional que les asegure independencia, fortaleza e ingresos adecuados. En el caso del fuero federal, que cuenta únicamente con defensores en materia penal, el funcionamiento y los recursos de la institución dependen del propio Poder Judicial federal, que de manera discrecional determina su presupuesto, aprueba los nombramientos de defensores y acepta o rechaza sus programas de trabajo.

En el caso de las defensorías del fuero común, en donde existen defensores de oficio en todas las materias, sucede exactamente lo mismo, ya que también se encuentran subordinadas a los organismos judiciales locales o a los gobiernos de cada entidad federativa, pero no como instituciones autónomas sino como parte de algún departamento de los mismos. Por ejemplo, en el Distrito Federal la defensoría de oficio depende del departamento jurídico del gobierno capitalino.

Si se quiere modernizar el sistema de impartición de justicia, es

indispensable que en México exista un verdadero sistema de seguridad social de carácter jurídico, semejante a la seguridad social en los servicios médicos. Para tal efecto se debe crear una institución autónoma de carácter nacional que se aboque a realizar funciones tanto de consulta como de auxilio procesal, para las personas que no pueden afrontar los costos de abogados particulares. Inclusive, se podría obligar a los estudiantes de la licenciatura de derecho a realizar su servicio social en dicha institución, de igual manera que se obliga a los estudiantes de medicina a realizarlo en los hospitales. Con esto se lograrían dos objetivos: la capacitación profesional a los abogados y una mejor defensoría de oficio.

Los gastos del juicio

Si bien el principal costo de un litigio consiste en los honorarios del abogado, también existen otro tipo de gastos en los que incurre el litigante durante el juicio que llegan a ser significativamente altos. Estos gastos varían mucho de un tipo de litigio a otro. A continuación se enumeran algunos de los principales:

- 1) Cuando el litigante reside en un lugar distinto al del juzgado competente, tendrá que pagar el traslado del abogado, cuantas veces sea necesario, a la sede del tribunal. Esto es frecuente principalmente en el interior de la República, pues no existe un juzgado por cada ciudad o poblado importante.

GRAFICA 10

En la gráfica 10 se puede observar el número total de juzgados de Distrito y su distribución por entidad federativa. En cinco entidades federativas existe únicamente un juzgado que da servicio a todo el estado.

2) Las "propinas" y los sobornos con los que se tiene que retribuir al personal de los juzgados -principalmente en el fuero común- para que el proceso avance con cierta celeridad, llegan a ser realmente onerosos para las partes en conflicto. Las cuotas varían dependiendo del asunto de que se trate, desde obtener una copia simple, fijar una audiencia, "encontrar" el expediente,⁶ hasta para que el actuario emplace a la contraparte o "localice" el domicilio señalado para realizar el embargo.⁷ En este último caso, es común que el actuario "cobre" más de 1,000 nuevos pesos.⁸

3) Si alguna de las partes quiere obtener copias certificadas por el juez de cualquiera de los documentos o acuerdos que se encuentren en el expediente, tiene que pagar derechos ante las tesorerías de los estados. En el caso del Distrito Federal, la tarifa es 1.90 nuevos pesos por cada hoja. Además, a esta tarifa hay que sumarle la forzada "propina" que se le debe dar a la secretaria del juzgado para tal efecto, la cual va comúnmente, dependiendo del número de hojas, de 25 a 50 nuevos pesos.⁹

4) Otro gasto importante para el litigante son las copias certificadas por notario de los documentos probatorios. La Suprema Corte ha sentado jurisprudencia en el sentido de que las copias fotostáticas simples no tienen ningún valor probatorio. Por lo tanto, el litigante tendrá que presentar los documentos originales o copias de los mismos certificadas por notario, lo

que implica un costo alto dadas las elevadas tarifas notariales. Además, cabe señalar que existen documentos tales como otorgamiento de poderes, actas de asamblea de sociedades mercantiles, actas constitutivas de sociedades y otros, que necesariamente tiene que elaborar el notario y que llegan a ser documentos probatorios indispensables en un juicio.

5) En los procesos penales, el pago de la caución o de la fianza para obtener la libertad provisional es un costo que la gente de bajos recursos no puede afrontar. Para algunos delitos expresamente señalados en la ley, el procesado tiene derecho a la libertad provisional, es decir, a no permanecer en el reclusorio durante el tiempo que dure el proceso, siempre y cuando pague la caución o la fianza que fije el juez. Tratándose de delitos patrimoniales, la fianza o caución asciende a por lo menos tres veces el monto de los daños o perjuicios patrimoniales ocasionados al ofendido, y para otro tipo de delitos, el juez fijará el monto de la misma, según las características personales y socioeconómicas del procesado. Desgraciadamente en México no todos los procesados pueden pagar para obtener su libertad provisional, lo que en términos de justicia implica castigar severamente la pobreza.

6) En los litigios mercantiles, los costos para realizarlos y ejecutar embargos son muy altos. En primer término, se tiene que pagar la "propina" al actuario. Después se tienen que pagar los derechos de inscripción del embargo en el Registro Público de la Propiedad.¹⁰ Además, al momento de rematar los bienes, se tienen que pagar los impuestos relativos a la adjudicación de los mismos, que constituyen un porcentaje del monto total embargado.

7) Si durante el juicio es preciso ofrecer alguna prueba pericial, la parte oferente tiene que pagar los honorarios del perito. Estos varían según cada caso y tipo de peritaje, pero normalmente se cobra de 5,000 nuevos pesos en adelante.

El costo del tiempo

Resulta obvio que en todo litigio va a existir un costo del tiempo, pues el acreedor tendrá que esperar a que se resuelva el juicio para obtener de su deudor la prestación que éste le debe. Sin embargo, si se quiere realmente hacer justicia, es importante que el afectado reciba una indemnización por los daños y perjuicios que la demora en el cumplimiento le ocasione.

La legislación civil mexicana así lo dispone. El afectado tiene derecho a reclamar de su deudor lo que se denomina responsabilidad civil, que no es otra cosa que una indemnización. Esta comprende dos aspectos: el pago por el perjuicio que se le causa al acreedor por la inejecución misma (daños), y el que resulta del retardo en la ejecución (perjuicios), el cual incluye también el tiempo que dura el proceso. En todos los casos es obligación del acreedor demostrar que ha sufrido tales daños y perjuicios, así como el monto de éstos. El juez determinará si tienen o no fundamento.

Sin embargo, cuando la prestación consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, los intereses sobre los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del denominado interés legal, salvo que exista convenio expreso en contrario. Según el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal, el interés legal es del 9% anual.

De ahí que, en los litigios de carácter pecuniario, el costo del tiempo para el demandante, cuando no se pactó un interés moratorio distinto del legal, sea sumamente alto. Además, en estos casos, el deudor o demandado tendrá claros incentivos para dilatar el procedimiento. La dilación se logra fácilmente, dado ya que en la práctica los abogados pueden utilizar innumerables recursos, apelaciones y tácticas dilatorias con ese fin.

De esta manera, si por ejemplo, el proceso judicial se resuelve en cuatro años, y se indemniza al acreedor con el interés legal, éste no recibirá en términos reales mucho menos de lo que se le debe. Más aún, incluso en entornos poco inflacionarios, si el interés legal no es igual o mayor que el interés real del sistema financiero, el acreedor no recibe lo que le corresponde de acuerdo con el costo de oportunidad del dinero. Esta situación acarrea lógicamente desconfianza e inseguridad jurídica en las operaciones comerciales.

En los litigios entre particulares, el costo del tiempo dependerá, en gran medida, del tipo de asesoría jurídica con la que cuenten las partes, no solamente durante el proceso, sino también en el momento en que celebran los contratos o convenios respectivos. En tales documentos, las partes pueden determinar las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento de alguna de éstas, así como el interés moratorio de las obligaciones pecuniarias. De esta forma, si se tiene que acudir a tribunales, el juez estará obligado a hacer efectivo lo estipulado previamente entre las partes para determinar la responsabilidad civil de la parte incumplida.

Esta es otra razón por la que es indispensable que la población en general tenga acceso a un servicio jurídico de alta calidad y para que las defensorías de oficio realicen también funciones de legal advice. Sólo así se podrá disminuir el costo del tiempo que todo proceso lleva aparejado. Además, en este aspecto resulta imprescindible la reforma al artículo 2395 del Código Civil para igualar el

interés legal al bancario. Una reforma legislativa de esta naturaleza disminuiría considerablemente los costos que actualmente tiene el paso del tiempo para todos aquéllos que, por desconocimiento de la ley, no estipulan un interés distinto del legal para las obligaciones de carácter pecuniario.

En los litigios contra las autoridades, el problema es mucho más complejo, ya que no existe ningún mecanismo legal para exigir de éstas el pago de los daños y perjuicios. A través del juicio de amparo, el ciudadano únicamente consigue, cuando obtiene la protección de la justicia federal, la anulación del acto de autoridad que reclama. Sin embargo, esto no obliga al Estado a indemnizarlo por los daños y perjuicios que el acto ilegal pudo haberle causado, lo que evidentemente acarrea para el ciudadano un alto costo, que se agrava entre más dure el proceso.

En algunos casos el quejoso puede obtener la suspensión del acto reclamado, lo que obliga a la autoridad a no ejecutar dicho acto, o bien, a cesar los efectos y consecuencias de éste, hasta que el órgano jurisdiccional emita su sentencia. En estos casos se disminuye casi totalmente el costo que tiene para el quejoso el tiempo que dura el proceso.

Sin embargo, en la práctica, el incidente de suspensión presenta problemas, ya que con frecuencia dicha medida cautelar no procede, no obstante que el acto reclamado causa daños y perjuicios al ciudadano. Por ejemplo, cuando se reclama la clausura de un negocio, sí ésta ya se llevó a cabo por las autoridades, no procederá la suspensión y, por lo tanto, permanecerá clausurado por todo el tiempo que dure el juicio. Suponiendo que el quejoso gane el amparo, la autoridad responsable estará obligada a levantar los sellos de clausura, pero no lo indemnizará por los evidentes perjuicios económicos que le ocasionó la clausura ilegal. Asimismo, el hecho de que no se reciba ninguna indemnización por parte del Estado, una vez concluido el juicio, al costo del tiempo que dura el

procedimiento contra una autoridad hay que agregarle los ingresos no percibidos por motivo del acto de autoridad.

Evidentemente, la falta de responsabilidad civil de las autoridades frente a los gobernados es sumamente delicada en un Estado que pretende fundar su actuación en el derecho, ya que coloca al ciudadano común en una situación de vulnerabilidad e indefensión frente a los actos arbitrarios e ilegales de sus gobernantes. Así, para que en México exista un verdadero Estado de derecho que garantice la legalidad y legitimidad de sus instituciones, es preciso modificar esta situación. El gobierno mexicano, como sucede en otros países, deberá ser responsable civilmente frente a los gobernados; de otra forma, siempre subsistirán, en mayor o menor medida, elementos propios de un sistema despótico y autoritario.

LOS COSTOS DEL PROCESO COMO OBSTACULO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Una vez analizados los costos de la asesoría jurídica, del juicio y del tiempo, cabe preguntarse: ¿quiénes y en qué circunstancias pueden pagar el costo del acceso a los tribunales para resolver sus controversias jurídicas?

En primer lugar, tratándose de litigios de menor o mínima cuantía, es decir, controversias de carácter pecuniario que se refieren a cantidades relativamente pequeñas de dinero (diez a 15 mil nuevos pesos, por ejemplo), el problema de los costos resulta ser un importante obstáculo al acceso a la justicia. El costo de un buen abogado y de los gastos del juicio puede llegar a exceder la cantidad de dinero controvertida, o bien, llevarse una buena parte de la misma.¹¹ En consecuencia, el afectado se ve obligado a negociar un mal acuerdo con su

deudor, en vez de acudir a la vía judicial. Asimismo, la incertidumbre que lleva aparejada todo proceso judicial y el tiempo que éste tarda en resolverse, son factores que colocan en una situación de superioridad a la parte incumplida, que debe aprovechar para negociar con su contraparte.¹²

Cabe señalar que, tratándose de controversias en materia civil o mercantil, bajo ciertos supuestos se puede solicitar al juez que condene a la parte incumplida o que actuó de mala fe al pago de los gastos y costas procesales de la contraparte.¹³ Sin embargo, este sistema no ha solucionado el problema de los costos del litigio. En primer término, dicha solicitud no procede en todos los casos, sino sólo en aquellos que expresamente señala el Código de Procedimientos Civiles. Además, los honorarios del abogado se deben determinar de acuerdo con las tarifas señaladas en la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común, que son inferiores a las que en realidad cobra un abogado.¹⁴ Finalmente, en el improbable caso de que se condene a la contraparte al pago de gastos y costas judiciales, ésta no cubrirá todos los gastos que fueron realizados durante el juicio, en particular, el transporte del abogado o el pago de las propinas o sobornos a los funcionarios judiciales. En la práctica, en aquellos casos en los que procedería solicitar el pago de gastos y costas judiciales, de hecho no se hace.

La infranqueable barrera de los costos en los litigios de menor cuantía ha generado inseguridad jurídica, principalmente en las transacciones comerciales. El acreedor, en estos casos, no cuenta con la certeza de poder ejecutar coactivamente el cobro, en caso de que su deudor incumpla al momento del pago, lo que evidentemente lo coloca en una situación de vulnerabilidad.

Esta incertidumbre necesariamente entorpece y obstaculiza las operaciones comerciales, de ahí que sea sumamente importante en estos momentos en que México busca insertarse en el mercado mundial, resolver los problemas jurisdiccionales de los litigios de menor cuantía. Para tal efecto es

imprescindible disminuir los costos en tiempo y dinero de tales litigios y buscar medios alternativos, distintos de los procesos jurisdiccionales, que respondan a las exigencias de eficiencia, rapidez y certeza que rigen el actual mundo comercial.

Así, los procesos para dirimir controversias entre comerciantes deben ser ágiles y expeditos, reduciendo el número de recursos e instancias que provocan su dilación. Además, se deben suprimir los excesivos formalismos judiciales, de tal forma que en ciertos casos se pueda prescindir de la asesoría jurídica de un abogado. Asimismo, más que buscar un estricto apego a la ley, estos procedimientos deben desarrollarse en el ámbito de la conciliación entre las partes, propiciando que éstas lleguen a un acuerdo y se sujeten obligatoriamente a él.

De no ser posible tal acuerdo, entonces el juez podrá proceder a dirimir la controversia con una especie de arbitraje. Para el comerciante es una mucho mejor opción llegar a una solución rápida del conflicto, a través de un acuerdo con su contraparte, que buscar el estricto y cabal cumplimiento de lo que el sistema jurídico considere el bien público. En el capítulo VI se discuten brevemente algunos mecanismos jurídicos que otros países han ideado para solucionar el problema de los litigios de menor cuantía.

A través de la llamada justicia de paz se ha intentado resolver, de forma menos costoso que el común de los procesos, los asuntos de menor cuantía, que son los que afectan a los más pobres. Así, los litigios cuyo valor no exceda de 182 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se resuelven a través de un procedimiento menos técnico y sin tantas formalidades.

En teoría, el procedimiento de la justicia de paz tiene importantes virtudes. Por ejemplo, no es necesario que se presente la demanda por escrito, no se exige la intervención de un abogado, se concentran las etapas procesales en una misma audiencia, el juez aprecia los hechos en conciencia y, además, debe emitir su fallo

al momento de finalizar la audiencia.

Sin embargo, en la práctica la justicia de paz no ha respondido al objetivo que la justifica: que la justicia sea accesible para las personas de escasos recursos. Esto se debe, principalmente, a que los jueces y el personal que laboran en los juzgados de paz no están lo suficientemente capacitados para responder a los requerimientos de un procedimiento de esta naturaleza.

Como se sugiere en el capítulo VI, el papel del juez en estos casos debe ser mucho más activo que en el común de los procesos, pues las partes en conflicto generalmente no tienen mucha preparación, ni tampoco cuentan con la asesoría de un abogado. Para tal efecto, es preciso que el juzgador abandone su papel de simple órgano mecánico de aplicación de disposiciones legislativas, para convertirse en un verdadero mediador institucional de conflictos.

Así, el juez debe permitirse un acercamiento a las partes, y orientarlas sobre sus actividades en el proceso, sin perder nunca su imparcialidad, pero sí su neutralidad frente al conflicto. Además, el juez debe encontrarse presente durante la audiencia -cosa que en la práctica no sucede- para que a través de preguntas a las partes, pueda tener una apreciación más realista de los hechos y pueda percibir lo que existe bajo la superficie del conflicto. Asimismo, el juzgador debería procurar que efectivamente la sentencia se dictara al finalizar la audiencia, y no seis meses después, como ocurre en la práctica, ya que el monto de la cuantía que se litiga es tan pequeño, que requiere de una solución pronta y expedita del conflicto.

El papel activo del juzgador sólo podrá lograrse con jueces altamente capacitados, con verdadera vocación por la judicatura y con sensibilidad hacia los problemas sociales. Sin embargo, en México, los jueces de paz son los funcionarios de más bajo nivel en el organigrama del sistema judicial y, por lo tanto, son los que peores sueldos reciben. Esto hace que, salvo contadas y

meritorias excepciones, los jueces de paz no tengan la vocación ni la preparación para desempeñar correctamente su papel.

Por otra parte, independientemente de los problemas de la justicia de paz, la desigualdad económica no solamente acarrea la imposibilidad de afrontar los costos del litigio, sino que también genera importantes deficiencias en educación e información, elementos que dificultan el acceso a los instrumentos jurídicos para resolución de controversias y defensa de los intereses de los más desprotegidos. Las personas que no pueden afrontar el costo del derecho, se relacionan frecuentemente al margen de éste, en el ámbito de lo que se denomina "derecho informal".¹⁵ Lógicamente esto genera inseguridad jurídica, además de que nada garantiza de que la "ley del más fuerte" no sea la que rija en estos casos. La creación de un verdadero sistema de seguridad social de carácter jurídico puede ayudar a poner fin a esta situación. Pero cualquier solución dependerá también, en gran medida, de que efectivamente el proyecto de modernización logre mejorar el nivel de vida de los más pobres. Sin un mínimo de educación y de recursos económicos no se tener acceso al derecho, ni mucho menos al sistema de impartición de justicia.

A pesar de la inseguridad jurídica que lo acompaña, el "derecho informal" ha servido para que las personas de escasos recursos resuelvan sus controversias en materia civil o mercantil. Sin embargo, en el caso de los asuntos en materia penal, es imposible sustituir los procedimientos jurisdiccionales por la informalidad. Los intereses tutelados por las normas penales -la vida, la integridad física, las libertades íntimas, etcétera- son en tal grado trascendentes para la convivencia social civilizada, que resulta imprescindible que el afectado por una conducta de esta naturaleza -sea rico o pobre- tenga acceso a la justicia. Esto se logra cuando el agresor o delincuente recibe el castigo que merece de acuerdo con la legislación penal, pero también cuando es reparado efectivamente el daño

sufrido por la víctima. De lo contrario, se encontrarán gravemente amenazadas la certeza, el orden y la seguridad jurídica que justifican la existencia misma del Estado de derecho.

Por desgracia, el Estado mexicano está muy lejos de alcanzar este requisito mínimo, como lo ha puesto de relieve el capítulo anterior.

CAPITULO V

LA OBEDIENCIA A LAS LEYES, LAS INSTITUCIONES Y EL CARACTER DEL MEXICANO

Una vez realizado un diagnóstico sobre la carencia de un Estado de derecho en México, conviene reflexionar enseguida sobre las causas de dicha problemática y sus posibles soluciones. La ausencia de un Estado de derecho consiste, fundamentalmente, en que ciertos grupos e individuos se encuentran por encima de las leyes; en particular, las autoridades -ya sean políticos electos, burócratas, jueces o policías judiciales- cuentan con la posibilidad real de cometer abusos de poder sin que existan mecanismos jurídicos eficaces que limiten y castiguen dichos abusos. Más aún, el que las autoridades violen el ordenamiento jurídico estimula la desobediencia generalizada a las leyes por parte de los ciudadanos.

La tesis central de este capítulo es que la ausencia de un Estado de derecho en México no se debe a que el mexicano sea inherentemente irrespetuoso de las leyes, a una mentalidad "premoderna" o a la cultura política en la cual ha sido criado, aunque es verdad que contamos con una tradición ibérica autoritaria, prebendaria, burocrática y oportunista.¹

Pretendemos demostrar aquí, en cambio, que esta cultura política es producto, no de una "psique" peculiar derivada de la fusión de dos grupos étnicos, el latino europeo y el indígena mesoamericano, sino de instituciones políticas y jurídicas específicas que han persistido a lo largo de nuestra historia. De ahí que si dichas instituciones se modifican, gradualmente irán cambiando las tradiciones y surgirá una nueva cultura política respetuosa de las leyes.

Para demostrar la tesis anterior, realizamos primero en este capítulo un

análisis teórico de la relación que existe entre cultura, leyes y sistema político, argumentado que las instituciones producen una cultura política particular y no a la inversa. Enseguida planteamos una serie de hipótesis respecto de lo que se necesitaría para modificar nuestras instituciones políticas fundamentales -en particular, la Constitución- y así generar una cultura política favorable al respeto de las leyes. Asimismo, se realiza un recuento histórico de la evolución de las instituciones políticas y jurídicas. Mostramos cómo fueron éstas producto de opciones políticas estratégicas y, no obstante su considerable resistencia al cambio, también de qué manera se han modificado en coyunturas políticas específicas.

Nuestra tradición "premoderna" puede ser modificada si se cambian las instituciones, lo que podrá llevar a constituir un verdadero Estado de derecho en México. Para ello, en este capítulo se argumenta que será necesario crear las condiciones institucionales necesarias para la observancia de la ley: 1) un poder judicial funcional y eficaz; 2) leyes claras y sistemáticas; 3) leyes justas; y 4) división de poderes.

Dichos cambios institucionales son de difícil, mas no imposible consecución. La dificultad deriva de que es necesario que los actuales detentadores del poder consoliden un consenso mayoritario sobre el establecimiento de instituciones políticas y jurídicas que, al tiempo que limitan su poder, constituyan los vehículos adecuados para que realicen sus intereses políticos en el mediano y largo plazos. Dicho consenso institucional constituye, como se analizará en el presente capítulo, la base del Estado democrático constitucional. A lo largo del capítulo se discuten brevemente algunas experiencias internacionales en las que se logró o se está logrando consolidar un Estado de derecho a raíz del establecimiento de un consenso político institucional, no obstante que se trate de países, como España, que cuentan con tradiciones

culturales tan autoritarias como la nuestra.

LEYES, CULTURA Y DEMOCRACIA

Desde un punto de vista teórico, se puede afirmar, siguiendo al politólogo norteamericano Brian Barry, que existen dos maneras de explicar los fenómenos sociales y políticos: la primera, que él denomina "sociológica", da preeminencia a los valores, la socialización y la cultura; mientras que la segunda, que denomina "económica", enfatiza la racionalidad de los agentes individuales y las instituciones.²

La aproximación sociológica argumenta que la estabilidad social, el comportamiento jurídico de los ciudadanos y la preeminencia o ausencia de democracia son producto de una combinación particular de valores y actitudes. Así, por ejemplo, Gabriel Almond y Sidney Verba, en su estudio realizado en 1963 sobre culturas políticas comparadas, intentaron demostrar que la democracia requiere, como condición necesaria, de una cultura específica.³ La que los autores denominan "cultura cívica" consiste, en términos generales, en una juiciosa mezcla de respeto a la autoridad y sólida independencia. El ciudadano democrático ideal, afirman dichos autores, cree en la legitimidad y efectividad de los políticos y, al mismo tiempo, en su propio derecho y capacidad de ejercer influencia en la toma de decisiones. Asimismo, la democracia requiere que el sistema político sea "congruente con la cultura", de tal forma que los ciudadanos sientan un sentido de obligación cívica que los lleve a obedecer las leyes y autoridades voluntariamente.

Dichos autores realizaron un estudio de las creencias de los ciudadanos en los Estados Unidos, Gran Bretaña, México, Alemania e Italia y concluyeron que sólo los primeros dos países poseen una "cultura cívica". Respecto de México, los

autores afirman que los mexicanos creen, en contraste con los alemanes, que la participación política es deseable, pero a diferencia de ellos, no sienten que poseen un derecho o un deber de acción política. De esta manera, la conclusión que se deriva de un análisis sociológico de este estilo es que México no tiene posibilidad, al menos en el corto y mediano plazos, de establecer un Estado de derecho y una democracia. Los mexicanos, según los autores, carecemos de una cultura política que sienta las bases para la democracia, la solidaridad y el establecimiento de un vínculo emocional con las leyes y autoridades existentes.

El principal problema con esta aproximación, como muy bien lo argumenta Brian Barry, es que posiblemente la supuesta cultura política sea producto de las instituciones existentes y no a la inversa. En otras palabras, es probable que los encuestados hayan respondido de acuerdo con una evaluación racional de sus propias posibilidades reales dentro del sistema político al que pertenecen, más que según sus propias proyecciones culturales establecidas desde la niñez.

Así, es posible que los mexicanos sientan que no poseen un derecho o deber de participación política, pero no debido a una "cultura apática", sino porque de hecho carecen, a diferencia de los estadounidenses o británicos, de la posibilidad real de influir en la toma de decisiones. Más aún, es posible que los mexicanos no sientan un deber moral de obedecer la ley, no porque sean inherentemente irrespetuosos de la legalidad, sino porque las leyes que los rigen son producto de un sistema político poco representativo.

Así, según la crítica de Barry, aun si se pudiera observar una relación causal entre cultura y mayor o menor grado de democracia y Estado de derecho - la cual no queda demostrada del todo en la obra de Almond y Verba- es necesario comprobar empíricamente si la "cultura" política determina el funcionamiento de las instituciones y las leyes o si, por el contrario, la cultura política simplemente es un reflejo de las instituciones existentes. Para resolver esta interrogante se

necesita observar qué ocurre con la cultura frente a un cambio de régimen político e institucional. Si al cambiar las instituciones la cultura permanece inalterada, y, más aún, ello ocasiona incongruencia entre las creencias de los ciudadanos y las nuevas instituciones, provocando inestabilidad política, entonces Almond y Verba tienen razón. Si, por el contrario, frente a un cambio de régimen político -por ejemplo de autoritarismo a democracia- observamos un cambio posterior en la cultura política, la tesis cultural está equivocada.

Precisamente lo segundo es lo que parece estar ocurriendo en aquellos países de reciente transición democrática. De España, por ejemplo, tradicionalmente se decía que poseía una cultura no favorable a la democracia y al Estado de derecho, muy similar a la que se le imputa a los mexicanos; sin embargo, a raíz de la transición a la democracia a finales de la década de los setenta, los españoles parecen estar consolidando gradualmente una nueva cultura política, en la que la Constitución y las leyes son respetadas, dentro de un régimen de libertad, por la mayoría de los agentes políticos y por los ciudadanos.

Por otro lado, si se observa variación en el grado de respeto a la ley dentro de los distintos ámbitos -por ejemplo, el civil, el público o el penal- dicha variación se tendría que atribuir, no a la cultura política, ya que teóricamente ésta es la misma para todos esos ámbitos, sino a la manera como las instituciones jurídicas y políticas particulares incentivan o desincentivan la obediencia a las leyes.

En México existen grandes variaciones de comportamiento dependiendo de la esfera jurídica. Ello se debe a que hay distintas expectativas respecto de los costos o beneficios de cumplir las leyes. En algunos ámbitos se espera que el incumplimiento a la ley será difícilmente castigado y, además, se espera que "todos los demás también incumplan".

Así, por ejemplo, hasta hace muy pocos años la mayoría de las empresas evadía impuestos bajo la expectativa de que el fisco difícilmente lo notaría -o que

si lo hacía, sería posible sobornarlo- y de que todos los demás contribuyentes razonarían de la misma forma. Sin embargo, a partir de que el gobierno mostró una actitud firme de castigar la evasión fiscal -dando una señal clara y creíble en relación con conocidos empresarios- la mayoría de las empresas ha modificado sus expectativas, con lo que la evasión ha bajado significativamente, a pesar de que la cultura permanece inalterada. El efecto tan repentino de la reforma fiscal se debe no sólo a que los evasores comenzaron a temer al fisco, sino a que se pasó de un equilibrio de abierta corrupción e incumplimiento generalizado, a otro en el que los pocos evasores que quedan ya no se ufanan de serlo.

Lo mismo puede decirse de las reglas de tránsito. En términos generales, existe un alto porcentaje de ciudadanos que incumple las reglas de tránsito y que además recurren a la "mordida" como forma de evitar sanciones cuando cometen infracciones. Una curiosa excepción a este patrón de comportamiento lo constituye el respeto al "día sin auto" en el Distrito Federal. Ello se debe fundamentalmente a que, en primer lugar, al momento de introducir dicha disposición se provocó un cambio brusco de expectativas en la medida de que la "multa" prevista era alta en relación con otras multas por infracción a las reglas de tránsito. En segundo lugar, los policías, al saber que la multa era tan alta, se han esforzado en vigilar escrupulosamente que la disposición se cumpla -probablemente con la expectativa de recibir "mordidas" mucho mayores.

En términos conceptuales, estos cambios de comportamiento se explican, no por cambios culturales, sino por modificaciones institucionales que repercuten en las expectativas de las personas respecto de los costos y beneficios de cumplir la ley, así como en sus creencias respecto del comportamiento de los demás. Ello no significa, sin embargo, que para hacer cumplir la ley se necesite un poder autoritario que vigile permanentemente el cumplimiento estricto de las leyes o que las sanciones por incumplimiento se tengan que elevar exorbitantemente. El efecto

más importante lo constituyen los castigos ejemplares, que modifican las creencias en la población respecto a la posibilidad de que algunos violen la ley impunemente. El que se metiera en la cárcel a renombrados empresarios creó la impresión de igualdad frente a la ley. Este sentido de igualdad -que no es otro que el de la justicia- es más poderoso que cualquier castigo o vigilancia.

La politóloga estadounidense Margaret Levy, quien precisamente estudia los fundamentos políticos de la obediencia a la autoridad, denomina "cumplimiento cuasi-voluntario" al proceso de cumplir la ley con base en este razonamiento⁴, que no se basa sólo en un cálculo de costos y beneficios -no obstante que muchos economistas piensen que con esto basta- sino, además, en las expectativas y creencias creadas respecto al cumplimiento de los demás. Sólo cuando se sabe que la ley se aplica a todos por igual y de manera imparcial, los ciudadanos cumplirán con base en un razonamiento de tipo moral y considerarán más legítimo al gobierno.

PROCESO POLITICO, ORDEN CONSTITUCIONAL Y CAMBIO INSTITUCIONAL

La pregunta que debemos entonces plantearnos es ¿qué se requiere para lograr una transformación institucional? ¿Un cambio cultural previo, favorable a la democracia constitucional o, más que nada, un consenso por parte de los actores políticos relevantes para sujetar sus conflictos al juego institucional?

El examen cuidadoso de la experiencia de España, así como de otras transiciones a la democracia constitucional, sugieren que se necesita lo segundo, aunque la respuesta no es evidente. Numerosos historiadores y politólogos se han ocupado del estudio de los requisitos para la realización de cambios institucionales, dando en términos generales dos respuestas.

La primera sostiene que si existe crecimiento económico, toda sociedad generará gradualmente las bases necesarias para el establecimiento del consenso sobre el Estado democrático de derecho. Los teóricos de la modernización, por ejemplo, argumentan que existe un vínculo causal, aunque complejo, entre desarrollo económico y político: se piensa que el crecimiento económico, a través de la alfabetización, la urbanización y mayor contacto con los medios masivos de comunicación, transforma las creencias y compromisos normativos de las personas.⁵

Durante el proceso de desarrollo económico y la creciente urbanización, los ciudadanos, según esta teoría, superarán sus mentalidades premodernas y compromisos normativos tradicionales o parroquiales y se identificarán con los valores de una sociedad moderna, móvil y cosmopolita. Este cambio en creencias y afectos normativos modifica a su vez el comportamiento político, tanto de los ciudadanos como de los gobernantes: los primeros se vuelven participativos, independientes y exigentes mientras que los segundos comienzan a diferenciar su cargos públicos de su vida privada y así a ser honestos y a respetar las leyes. Finalmente, según esta explicación, la consecuente transformación del comportamiento político y de las preferencias de ciudadanos y gobernantes tenderá a generar instituciones democráticas y el imperio de la legalidad en todo país en desarrollo, una vez que se alcance cierto nivel de PIB per capita.

Si esto fuera cierto los mexicanos debemos únicamente preocuparnos por aumentar el PIB per capita y confiar que todo lo demás -esto es, la democracia, la igualdad de oportunidades, el respeto a las leyes, la honestidad pública- llegará en su momento. Esta parece ser la postura del gobierno mexicano que, en general, ha dado preeminencia a la reforma económica sobre la política y jurídica, en contraste con otros países que están reformando sus economías al tiempo que transitan a la democracia -véanse, por ejemplo, las experiencias de España,

Grecia y Portugal en la década de los ochenta o las de Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay, Hungría, Polonia, las Repúblicas Checa y Eslovaca, y algunos países en Africa y Asia en la actualidad.⁶

A diferencia de lo que nuestro gobierno parece sostener, no es verdad que exista un vínculo inexorable entre crecimiento económico y desarrollo político, de tal forma que la democracia constitucional sólo sea posible una vez que se alcance cierto nivel de PIB per capita. Países con niveles similares de PIB per capita poseen instituciones políticas muy diversas; obsérvese, por ejemplo, la diferencia institucional que existe entre México y Hungría, Uruguay o Venezuela. A diferencia de México, estos tres países son democráticos hoy en día, a pesar de tener un PIB per capita muy similar al nuestro.⁷

Los países en desarrollo con mayor PIB per capita a finales de la década de los sesenta experimentaron una transformación institucional, pero no hacia la democracia, como lo había predecido la teoría de la modernización, sino hacia el autoritarismo. En los países más ricos de América Latina en aquel entonces -es decir, Brasil, Uruguay, Chile, y Argentina- surgió el así llamado Estado "burocrático autoritario", que no comienza a dejarse atrás sino hasta la década de los ochenta.⁸ Más aún, algunos de los países en desarrollo con mayor PIB per capita, a saber Corea del Sur y Taiwán, poseen gobiernos claramente autoritarios y no se vislumbra, al menos en el corto plazo, una transición hacia la democracia.

Las instituciones políticas no emergen de la sociedad y de la economía como por arte de magia, sino que son producto de estrategias y acuerdos por parte de los principales actores políticos. Así, el politólogo norteamericano Samuel P. Huntington reexaminó la teoría de la modernización, argumentando que el crecimiento económico no necesariamente lleva al desarrollo político.⁹

El desarrollo político implica la "institucionalización de la autoridad" en forma democrática y el establecimiento de una "comunidad política" en la que

todos los agentes políticos y los ciudadanos se sujetan al orden institucional. Muchos países en desarrollo, según dicho autor, experimentan el crecimiento económico en condiciones "pretorianas" -en las que impera la corrupción, el desorden y la falta de legalidad- en la medida en que no logren institucionalizar las relaciones políticas y sociales. A esto puede agregarse que sin institucionalización, es decir, sin el establecimiento de un Estado de derecho, resultará difícil consolidar el crecimiento económico, pues no existirá la seguridad jurídica necesaria para invertir y realizar transacciones económicas.

La segunda explicación respecto de los requisitos para crear un Estado de derecho de naturaleza democrática sostiene que las instituciones son el resultado de la interacción estratégica de los actores políticos que buscan realizar sus objetivos en un contexto histórico e institucional determinado. El consenso institucional se produce cuando los actores políticos relevantes consideran que someter sus conflictos al dictamen del juego institucional les permite satisfacer sus intereses. En las democracias, dicho juego es incierto, como muy bien lo ha caracterizado Adam Przeworski, en la medida de que no se sabe de antemano qué coalición mayoritaria ganará.¹⁰

A pesar de esta incertidumbre, en la democracia los actores políticos están dispuestos a acceder a las instituciones en la medida en que éstas crean una perspectiva intertemporal: algunos aceptan perder hoy porque existe alguna probabilidad de ganar en el futuro.

El orden constitucional refleja entonces, no tanto una cultura política específica o un nivel de desarrollo económico determinado sino, fundamentalmente, la distribución de preferencias, la ideología predominante en una época, y la fuerza de los actores políticos relevantes al momento de su creación. Según lo ha argumentado Przeworski, existen varios "tipos" de órdenes constitucionales producto de distintas configuraciones de distribución de fuerzas e

información por parte de los actores políticos:¹¹

1. Cuando la distribución de fuerzas es conocida por todos los actores y además es desigual: en este caso el orden constitucional tenderá a reflejar dicha distribución de fuerzas, preservando el poder de la coalición o partido dominante; asimismo, ésta tenderá a ser modificada con el objeto de preservar la configuración de fuerzas existente.

2. Cuando la distribución de fuerzas es conocida por los actores políticos y además es igualitaria: en este caso resulta sumamente difícil lograr un consenso institucional y "cualquier cosa puede pasar". Supóngase, por ejemplo, que las fuerzas políticas poseen preferencias muy intensas sobre formas alternativas de organizar la vida política. En este caso, como lo muestra Przeworski, es muy factible que no exista ningún equilibrio institucional: una de las partes verá sus intereses protegidos con la democracia, mientras los intereses de la otra estarán amenazados precisamente con esta forma de gobierno. Para evitar el caos o la guerra civil, posiblemente las partes acepten una Constitución de cualquier tipo - por ejemplo, inspirada totalmente en la Constitución de otro país- como un acuerdo "subóptimo". Dicha Constitución posiblemente adquiera "fuerza de costumbre", es decir, se convierta en un punto focal que los actores políticos utilicen para resolver sus conflictos. O en cambio, dicho acuerdo constitucional posiblemente tienda a ser modificado continuamente, cuando alguna de las partes se dé cuenta que no es un buen vehículo para lograr sus objetivos.

3. Cuando la distribución de fuerzas no es conocida: si todos los actores políticos se encuentran detrás de un "velo de ignorancia", es decir, no conocen su fuerza dentro de cualquier tipo posible de instituciones, según Przeworski optarán por una solución en la que se minimice la máxima pérdida posible para cada una de las partes. Las instituciones constituirán frenos y contrapesos y tenderán a

contrarrestar los rendimientos crecientes del poder, maximizar la influencia de la minoría y así minimizar los riesgos de encontrarse temporalmente fuera del poder.

A raíz de esta clasificación de diversos órdenes constitucionales podemos entender la peculiar dinámica del orden constitucional mexicano, tanto en el siglo XX como en el XIX. Asimismo, podemos presentar algunas hipótesis sobre los requisitos para consolidar un Estado de derecho. Podemos afirmar, siguiendo la clasificación de Przeworski, que la Constitución vigente de 1917 es del primer tipo, es decir, está encaminada a preservar el poder del grupo político dominante, mientras que las constituciones del siglo XIX son del segundo tipo.

Nuestra Constitución vigente ratifica por un lado la configuración de fuerzas políticas existentes al momento de su creación, esto es, la establecida por los grupos que vencieron en la Revolución; por el otro, sus subsecuentes modificaciones han estado encaminadas a consolidar las relaciones de poder que emergen con cada sucesión presidencial. La Constitución vigente no está por encima de nuestros gobernantes -lo cual se refleja en las más de 350 modificaciones que se han realizado al texto constitucional- sino que se encuentra subordinada a los intereses de la coalición política dominante. Esta no sujeta sus conflictos ex ante al juego incierto de las instituciones; por el contrario, los gobernantes ex post modifican las instituciones para ratificar o "legalizar" los resultados del proceso político. De esta manera no existe un consenso institucional que dé fundamento al Estado de derecho.

Baste recordar, por ejemplo, la manera como tanto el presidente Plutarco Elías Calles como Lázaro Cárdenas modificaron repetidas veces la Constitución con el fin de consolidar el poder de la élite política central, mediante el debilitamiento institucional del Poder Judicial federal y de las legislaturas estatales.

Así, por ejemplo, en 1934 se suprimió la inamovilidad de los ministros de la Suprema Corte -que implicaba que éstos no podían ser privados de sus cargos

sino por causas de responsabilidad política consignadas en la misma Constitución- y se estableció un periodo de seis años para los jueces federales. Con ello, el Poder Judicial federal quedó definitivamente subordinado al Presidente -dado que de éste dependía su nombramiento y remoción- hasta que en 1944 se restauró nuevamente la inamovilidad judicial.

El artículo 27 constitucional ha sido reformado hasta la fecha 28 veces. Los presidentes han utilizado la cuestión agraria con el fin de movilizar el apoyo de los campesinos en contra de las élites agrarias locales, al tiempo de que han diseñado instituciones legales y políticas de control. En palabras del Presidente Calles: "La cuestión del ejido es la mejor manera de controlar a esta gente diciéndoles simplemente: si quieren tierra deben apoyar al gobierno; quien no apoya al gobierno no tendrá tierra".¹² Más aún, el Presidente Lázaro Cárdenas modificó la Constitución para facultar al Presidente como árbitro último de la reforma agraria: ninguna repartición de tierra procede sin la autorización del Presidente; y el juicio de amparo en materia agraria se declaró improcedente en términos generales, anulando con ello el contrapeso del Poder Judicial.

En épocas más recientes, la Constitución ha sido modificada para legalizar distintos programas económicos: el Presidente López Portillo obtuvo del Congreso y de las legislaturas estatales una reforma al artículo 28 constitucional por la cual se elevó a rango constitucional la recién decretada nacionalización bancaria, que se consignó en el párrafo quinto de dicho artículo como una excepción a la prohibición de monopolios y se configuró la prestación del servicio público de banca y crédito como exclusiva del Estado.¹³ En 1990, el Presidente Salinas de Gortari consiguió reformar nuevamente la Constitución, derogando dicho párrafo del artículo 28, con el fin de abrir el camino a la reprivatización de la banca. Casos similares a los anteriormente citados son la regla y no la excepción en nuestra historia constitucional.

La gran facilidad con la que nuestros gobernantes modifican la Constitución -y con ello se colocan por encima de las leyes- se debe a razones políticas y no jurídicas. Nuestra Constitución establece un proceso de reforma de tipo "rígido", lo que implica que se necesita un procedimiento especial, distinto al simple voto de la mayoría, para modificar el texto constitucional.¹⁴

El establecimiento de un procedimiento especial para modificar la Constitución -que en otros países incluye referendos populares, mayorías especiales o inclusive la ratificación consecutiva de reformas en el siguiente periodo legislativo- es común en el derecho constitucional comparado y se funda en dos razones principalmente: 1) se busca proteger a las minorías, a quienes se les otorga un "derecho de veto". dado que se requiere el consenso de al menos un grupo adicional a la mayoría legislativa para realizar cambios constitucionales; y 2) se busca dificultar las reformas a la Constitución, con el fin de evitar que la mayoría electa en cada proceso electoral modifique a su antojo la Constitución, ya sea para consolidar la nueva relación de fuerzas, transformar la organización política para dificultar que la oposición pueda ganar en el futuro, o inclusive modificar el fundamento los derechos de propiedad.

En nuestro país, no obstante el procedimiento de reforma constitucional de tipo rígido, la coalición política dominante ha logrado moldear el texto constitucional para ratificar y preservar su fuerza política. Esto se debe a que existen pocos contrapesos políticos al PRI, el cual, hasta fechas recientes, ha controlado las mayorías necesarias para modificarla: dos terceras partes del Congreso federal y la mayoría de las legislaturas estatales. La centralización del poder en un partido dominante se acentúa por la existencia de incentivos políticos institucionales -tales como la representación proporcional y la no reelección de los miembros del Congreso de la Unión- que refuerzan la disciplina de partido. Dicha disciplina implica que los políticos del PRI votan según los intereses de los líderes

de su partido -de quienes dependen sus carreras políticas- y no conforme a los intereses de sus electores. Más aún, la no reelección de diputados y senadores elimina los incentivos necesarios para el desarrollo de la representatividad y responsabilidad, y debilita al Congreso de la Unión frente al Presidente en la medida de que no existe la posibilidad de consolidar carreras parlamentarias.

Esta distribución de fuerzas políticas difiere significativamente de la que existió en el siglo XIX. Las constituciones del siglo XIX -es decir, la de 1824, la de 1836 o las Siete Leyes, la de 1842 o las Bases Orgánicas, y la de 1857- reflejaron una configuración de fuerzas políticas bastante igualitaria y compleja, en el sentido de que los distintos grupos tenían preferencias intensas sobre formas irreconciliables de organizar la vida política: unos preferían el sistema federal, la separación de la Iglesia y el Estado y una organización republicana de gobierno, mientras que otros un sistema unitario, la existencia de una religión nacional y un régimen monárquico. Dicha distribución de preferencias dio lugar a un juego político en el que, usando la terminología de Przeworski, "cualquier cosa podía pasar", inclusive la guerra civil. La mayoría de las constituciones adoptadas constituyeron, ya sea una opción subóptima frente al caos político o documentos que ratificaban triunfos temporales por parte de caudillos militares.

La Constitución de 1824 fue el primer intento de consolidar un gobierno nacional, pero en lugar de reflejar las fuerzas políticas vigentes, se inspiró fuertemente en la Constitución federal de los Estados Unidos, de 1787, generando un orden constitucional que nunca adquirió "fuerza de costumbre", ya que no todos los actores políticos encontraron en ella el vehículo adecuado para la realización de sus intereses. En particular, dicha Constitución no logró acomodar los intereses de los grupos conservadores. A pesar de que conservó los fueros de la Iglesia y de los militares y de que no contenía una declaración de derechos individuales, los grupos conservadores se pronunciaron en contra de los principios

federales y liberales que en ella se establecían. Dichos principios implicaban que, al menos en el mediano plazo, la Iglesia abandonara sus privilegios, tanto materiales como jurídicos, y que los militares se sometieran al poder civil.

La Constitución centralista de 1836 y las Bases Orgánicas, por otro lado, fueron el producto del triunfo militar de los grupos conservadores que, en lugar de acomodar los intereses de los líderes liberales, intentaron desplazarlos. Así, por ejemplo, la Constitución de 1836 centralizó el poder en un régimen unitario e intentó mermar la autonomía de los denominados departamentos. Dicha Constitución buscó subordinar a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial al "Supremo Poder Conservador", que como su nombre lo indica, se encontraba por encima tanto de las leyes como del poder político. Naturalmente, el Poder Conservador intentó convertirse en una dictadura y bloquear por varios años los intentos de los grupos políticos de crear una nueva Constitución.

Esta situación prevaleció hasta que el general Santa Anna dio un golpe de Estado y declaró nula la Constitución de 1836. Pero Santa Anna pronto disolvió el Congreso que tenía por tarea redactar la nueva Constitución y nombró una junta para formular las Bases Orgánicas. Los principios fundamentales de esta ley, en palabras del jurista Emilio Rabasa, pretendieron ganar el apoyo de Santa Anna: "ganarse al clero por medio de la intolerancia, el fuero y los privilegios; asegurarse la casta militar también por los privilegios y los fueros, y obtener, en suma, para el Partido Conservador, un poder omnímodo".¹⁵

La Constitución de 1857, en cambio, ratifica el triunfo militar de los grupos liberales. Esta carta representa, más que nada, la victoria de la élite política secularizante y liberal sobre la Iglesia y las comunidades indígenas y no tanto de las fuerzas federales sobre las centrales.

La Constitución recoge los principios de la Ley Juárez y la Ley Lerdo, que eliminaban los fueros eclesiásticos y militares, los privilegios materiales de la

Iglesia y su monopolio sobre la educación al disponer que ésta debía ser laica. Establece, asimismo, los derechos inalienables de las personas, el derecho a votar y la inviolabilidad de la propiedad privada.

La Constitución no protegió, sin embargo, los derechos de las comunidades indígenas, al declarar ilegal toda propiedad comunal, con lo que los liberales se ganaron la enemistad de un importante sector de la población, además del odio de la Iglesia. Dicho documento, en cambio, logró acomodar importantes intereses centralistas dado que, como la afirma el historiador Jan Bazant, se trató de hecho de un documento centralista; esto se puede observar, por ejemplo, en su título "Constitución Política de la República Mexicana", que acentúa la idea de unidad, en lugar del título del texto de 1824 "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos".¹⁶

La Constitución de 1857 no logró establecer su autoridad política sino hasta diez años después, durante los años de la República Restaurada, después de haber sufrido una nueva guerra civil, la invasión francesa y el fallido intento de establecer el Segundo Imperio de Maximiliano de Habsburgo. Para el eminente historiador Daniel Cosío Villegas, México vive la única etapa democrática de su historia desde que Juárez entra en la ciudad de México el 15 de julio de 1867, después de vencer definitivamente al partido conservador, de derribar el Imperio y de aniquilar la idea monarquista, hasta el golpe de Estado de Porfirio Díaz en 1876.¹⁷

Durante el periodo de la República Restaurada existe separación de poderes; el Poder Judicial realiza una labor independiente; el Congreso, constituido por una sola Cámara, legisla por primera vez en la historia del México independiente y así finalmente sustituye las obsoletas leyes coloniales; y el Poder Ejecutivo comienza a consolidar la unidad nacional, a invertir en infraestructura, apoyar el surgimiento de la industria nacional y, en fin, a consolidar la autoridad

política.

Emilio Rabasa difiere de este diagnóstico cuando afirma que el orden constitucional que prevaleció durante la época de la República Restaurada es, en gran medida, responsable del establecimiento de la dictadura de Porfirio Díaz. Según Rabasa, la organización política de la Constitución de 1857 -en particular, la supremacía del poder legislativo sobre el ejecutivo federal- no era adecuada a la realidad de un "pueblo naciente, sin educación cívica, pobre [...] poblado escasamente por dos razas de alma distinta, imposibles de llegar a la unidad indispensable para constituir un conjunto homogéneo".¹⁸ Así, según Rabasa, el pueblo mexicano no estaba preparado para la democracia, por lo que la Constitución pronto "quedó nula" y de hecho se impuso, primero con Juárez y después con Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz, un ejecutivo que, gobernando por decreto y mediante el estado de excepción, logró subordinar a las distintas facciones políticas para consolidar la unidad y el orden nacional.

Las ideas de Emilio Rabasa influyeron fuertemente en la redacción de nuestra Constitución vigente en dos sentidos. En primer lugar, se decide con gran acierto que el Poder Judicial deje de ser un poder político, modificando los artículos que hacían de la judicatura federal un puesto de elección popular y del Presidente de la Suprema Corte de Justicia el vicepresidente del país. En segundo lugar, y esta vez con menor acierto, se fortalece el Poder Ejecutivo al punto de subordinar al Poder Legislativo y también a los gobernadores estatales.

Un análisis superficial de la experiencia de México en los siglos XIX y XX diría que es mejor que el poder se encuentre concentrado, a pesar de que ello provoque que el partido dominante se encuentre por encima del orden constitucional, ya que una configuración de fuerzas políticas más igualitaria llevaría a la anarquía. Esta interpretación es falaz. La configuración de fuerzas políticas que existió en el siglo XIX es muy compleja en el sentido de que

posiblemente no existía un equilibrio institucional que pudiera acomodar los intereses de todos los actores políticos. Donde se enfrentan fuerzas federalistas y unitarias, democráticas y monárquicas, entremezcladas con conflictos religiosos, existe una fuerte tendencia a la polarización por lo que es sumamente difícil consolidar un consenso institucional de tipo democrático. Esto queda demostrado no sólo en la experiencia de México en el siglo pasado, sino en la de otros países como Argentina, Estados Unidos y Francia, entre otros.

En la actualidad la configuración de fuerzas políticas es tal que sería posible consolidar un consenso institucional sin arriesgar caer en la anarquía. Los problemas nacional y religioso han sido resueltos y existe un consenso, al menos de tipo normativo, respecto de la superioridad de la democracia sobre las formas monárquicas de gobierno.

Las principales líneas de fractura social son, en cambio, de naturaleza económica, tanto por los conflictos entre sectores industriales y agrarios, como entre clases. A diferencia de las fracturas religiosas o nacionales, es más factible que los conflictos económicos se resuelvan a través de instituciones democráticas, como lo demuestran las experiencias de la post-guerra en las democracias industriales avanzadas.

LA TRADICION PREMODERNA DE MEXICO

Las dos secciones anteriores han realizado un análisis teórico de la relación que existe entre cultura, Estado de derecho y obediencia a la ley. Para que nuestro argumento resulte convincente, es necesario presentar indicios que muestren concretamente cómo algunos aspectos de la historia mexicana que por convención se atribuyen a rasgos meramente culturales, pueden ser reconstruidos

desde una perspectiva institucional. Más aún, es necesario mostrar de qué manera ciertas instituciones que consideramos "premodernas" -algunas de las cuales persisten hasta la fecha- fueron producto de opciones políticas concretas que en su momento acomodaron los intereses de grupos políticos poderosos.

Como normalmente se atribuye el grueso de nuestra tradición premoderna de privilegio, corrupción y desobediencia a las experiencias de la Colonia y del siglo XIX, el análisis histórico se centra en algunos de los rasgos institucionales más importantes de estos períodos.

El núcleo de la tradición jurídica mexicana se nutre tanto de las ideas de los grandes juristas de Salamanca en el siglo XVI -Vitoria o Suárez, por ejemplo- como del derecho liberal de origen romano-canónico representado por el Código Napoléonico. Esta tradición jurídica ha adquirido a lo largo de los años una estructura doble: por un lado escrita, racionalista y sistematizadora; y por el otro, consuetudinaria, orgánica e informal. Esta estructura dual está presente en todos los ámbitos gubernamentales, desde el sistema representativo, pasando por el aparato burocrático hasta la impartición de justicia.

Por ejemplo, baste pensar en la arraigada costumbre de la "mordida" en el trato con la burocracia. A pesar de que el aparato burocrático es formalmente moderno y racional, en la práctica ha funcionado con un sentido altamente patrimonialista. La práctica de la mordida puede ser explicada, según Samuel P. Huntington, como "un lubricante de un sistema de administración ineficiente";¹⁹ pero también puede ser una parte funcional del sistema prebendario que se implantó durante la Colonia, herencia que conforma la cultura política hasta nuestros días.

Independientemente del examen detallado de las causas específicas de esta forma de corrupción, la práctica generalizada de la mordida ilustra de qué manera las causas institucionales de la desobediencia a la ley frecuentemente

apuntan en la misma dirección que las explicaciones culturales, por lo es virtualmente imposible separar sus efectos. Un recuento histórico de las prácticas institucionales de la época colonial en México permite, sin embargo, apreciar que éstas fueron consecuencia de respuestas de tipo racional e institucional -que en su momento eran apropiadas para las circunstancias que las originaron- y que se conservaron debido a la inercia institucional, más que por ser rasgos afectivos de una cultura premoderna.

"Obedézcase pero no se cumpla" es una frase que todavía tiene predicamento en todo el país. Las autoridades aplican o no la ley según su arbitrio. Esta frase, que parece absurda a primera vista, la pronunciaban con frecuencia las autoridades coloniales para no cumplir con su deber legal, o más bien para cumplir un deber legal superior.

Debido a que la Corona española se encontraba físicamente lejana y no contaba con suficiente información sobre los súbditos americanos, las leyes con frecuencia no respondían a las condiciones locales, y su aplicación automática y ciega podía causar graves daños a la comunidad. Para evitar dicha posibilidad, los funcionarios inferiores tenían la discreción de hacer cumplir o no la ley. La facultad de discreción no era, sin embargo, arbitraria o irresponsable. Las autoridades coloniales se encontraban sometidas a las revisiones imprevistas de los temidos "visitadores", quienes contaban con todo el respaldo del monarca para corregir y castigar los abusos de poder. Además, el "juicio de residencia" investigaba exhaustivamente las actividades de los funcionarios durante su gestión, por lo que tenían que asumir la responsabilidad por sus actos.

La decisión de "obedecer pero no cumplir" debía estar sólidamente fundada en el hecho de que se causaría un grave daño con el cumplimiento exacto de la Real disposición. Por otro lado, la falta de aplicación de una norma particular no disminuía el respeto de la sociedad al conjunto de las leyes ni al gobierno. El

formalismo solemne que acompañaba la decisión de "obedézcase pero no se cumpla" -consistente en colocar la ley sobre la cabeza y doblegar el cuello-, simbolizaba la aceptación de los súbditos de las leyes en su conjunto, aun cuando la disposición específica no fuera cumplida.

A partir de la Independencia y durante el turbulento siglo XIX, se fue debilitando en nuestro país el sistema de frenos y contrapesos. La independencia de España no provocó grandes cambios estructurales -ya fueran económicos o sociales- en lo que era la Nueva España.²⁰ Si bien es cierto que México experimentó una caída de su Producto Interno Bruto per capita de por lo menos 30% entre 1800 y 1860,²¹ la estructura económica de la nación y las estructuras sociales regionales se mantuvieron bastante estables. Los cambios que trajo la Independencia fueron fundamentalmente de índole político, en cuanto a que cambiaron radicalmente las relaciones de fuerza entre distintos grupos como los militares, la Iglesia, la burocracia y los caciques locales. Así, una explicación de las dificultades para generar respeto por las leyes debe necesariamente enfatizar las instituciones y las prácticas políticas de la época. La historia política del siglo XIX está dominada por la inestabilidad, el caudillismo y los frecuentes golpes de Estado. Hasta antes del triunfo liberal, los políticos de la joven nación no lograron establecer un equilibrio de poderes y una noción de Estado de derecho e igualdad ante la ley.

El historiador estadounidense John Coatsworth ha establecido que los principales obstáculos para el desempeño económico de México fueron: 1) una deficiente infraestructura de transporte que impidió el desarrollo de un mercado interno; y 2) la prevalencia de una estructura legal ineficiente, que impidió el desarrollo y el establecimiento de instituciones modernas.²² Coatsworth sostiene, además, que la alta inestabilidad política de los primeros años de la nación no permitió que se llevaran a cabo cambios fundamentales en las estructuras

jurídicas e institucionales españolas. El sistema colonial, paradójicamente, continuó vigente. Sin embargo

"la continuidad del sistema jurídico, del odiado tributo, de los fueros militar y eclesiástico, y de la burocracia civil, disfrazó una realidad fundamental. El sistema político español heredado por la nueva nación simplemente dejó de funcionar en forma coherente [...] y no surgió algo comparable que tomara su lugar".²³

La deficiente infraestructura fue producto no sólo de la particular geografía del país, sino de la continua crisis fiscal del Estado. Los gobiernos mexicanos no fueron capaces, sino hasta la República Restaurada, de movilizar recursos suficientes para la creación de redes de comunicación, en particular ferrocarriles. La crisis fiscal se debió primordialmente a un enorme desorden en la hacienda pública, una recaudación siempre insuficiente y la sangría provocada por el gasto militar necesario para enfrentar las amenazas tanto externas como internas. Sin menospreciar el importante efecto de la intervención de potencias extranjeras en México durante el siglo XIX, podemos afirmar que el obstáculo infraestructural al desarrollo mexicano tiene causas eminentemente internas y de índole político.

En lo que respecta a los obstáculos institucionales, las principales instituciones del Estado colonial no favorecieron un buen desempeño económico. El sistema de castas no se eliminó del todo a pesar de las reformas borbónicas; los monopolios reales o "estancos" (palabra con la misma raíz etimológica de "estancamiento") existieron aun después de la Independencia, toda vez que se requerían recursos fiscales; las arbitrarias regulaciones e intervenciones del Estado fueron más la regla que la excepción; los derechos de propiedad estaban mal definidos y protegidos; los tribunales eran ineficientes; y, por último, el significativo atraso del sistema fiscal y la mala administración provocó continuos déficit en los gobiernos.

Desde una interpretación de tipo cultural, las dificultades de México para crear instituciones que garantizaran la paz y establecieran las condiciones para un buen desempeño económico se debieron fundamentalmente a una falta de "cultura cívica", heredada de la época colonial. Desde esta interpretación, las ambiciones personales de caudillos, caciques y militares se pusieron por encima de los intereses de la nación; la burocracia, ineficiente, irracional y corrupta, no supo nunca manejar el erario público; el pueblo, ignorante y manipulable, no era más que una muchedumbre siempre dispuesta a festejar los cambios de gobierno, pronunciamientos y golpes de Estado, antes que exigir un buen gobierno; las clases pudientes estaban más preocupadas por el prestigio que obtenían de sus tierras y sus haciendas, que de hacer del campo un sector productivo; asimismo, las clases profesionales, acostumbradas a que sus privilegios provinieran de los favores de la Corona, no generaron una burguesía nacional ni participaron en un gobierno republicano representativo. En una palabra, los mexicanos no teníamos la cultura política para saber gobernarnos, y de ahí el resultado del caótico siglo XIX, que no se resuelve cabalmente sino hasta la llegada de la mano dura del dictador Porfirio Díaz.

Esta interpretación del siglo XIX se sustenta primordialmente en una observación de los rasgos más notorios de la historia política de la época, antes que en un análisis de tipo comparativo en el que se examinen otras culturas, variaciones regionales dentro de México mismo u otras estructuras institucionales que generaran diferentes desempeños.

Tampoco se basa esta interpretación en un examen de la hipótesis cultural en contraste con otras hipótesis alternativas. Es cierto que la historia de la primera mitad del siglo XIX está llena de ejemplos de gobernantes con poco apego a la ley. Agustín de Iturbide disuelve el Congreso apenas cuatro meses después de su coronación; el orden constitucional fue roto tan sólo cuatro años después de la

consumación de la Independencia con el ascenso de Vicente Guerrero al poder. Para 1829 Lucas Alamán practica la arraigada fórmula de promover un distinto orden de las cosas sin cambiar las leyes: centralismo real en la administración con una retórica de federalismo para satisfacer las demandas populares. Valentín Gómez Farías utiliza la famosa "ley del caso" para desterrar a la oposición, ley así llamada porque estipulaba la aplicación del destierro a quienes se encontraran en "el mismo caso", sin especificar de qué se trataba el caso. Antonio López de Santa Anna gobierna sin Constitución durante tres años.²⁴

Pero el observar estos y muchos otros rasgos de falta de respeto a las leyes y el orden jurídico no implica que la explicación se encuentre en los rasgos culturales de los mexicanos. La cultura siempre está presente y, sin embargo, existen importantes variaciones en el grado de respeto a la ley a lo largo del siglo XIX y entre distintos estados dentro de la República. Sólo por citar los ejemplos más notables, el estado de Nayarit bajo Manuel Lozada o Guerrero bajo Juan Álvarez constituyen "experimentos" políticos de cómo, en medio del turbulento siglo XIX, existieron oasis donde el caudillismo, la represión y la desatención a indios y mestizos no fueron el patrón dominante.²⁵

Además, muchas de las nociones aceptadas de la tesis cultural no sobreviven la prueba de la evidencia empírica. Numerosos estudios históricos han establecido que los hacendados mexicanos no eran menos productivos o emprendedores que cualquier capitalista racional inglés.²⁶ Asimismo, se ha demostrado que, en contra de la hipótesis cultural, las élites mexicanas fueron activas participantes en la política del siglo XIX; y que los presidentes, "caudillos" y miembros de los gabinetes respondían tanto a sus intereses y ambiciones políticas como a imperativos de tipo ideológico, económico o político.²⁷

El invocar la hipótesis cultural como una explicación del rompimiento del orden jurídico no permite entender por qué en algunos momentos si se respetó la

ley y en otros no. Más aún, si la hipótesis cultural es cierta, es difícil entender cómo es que el respeto a la Constitución de 1857 se convirtió en uno de los puntos focales alrededor de los cuales Juárez logró consolidar la República Liberal. Si las leyes no eran tomadas en serio, y nadie las consideraba realmente obligatorias ¿por qué buscar legitimar las distintas acciones en torno a algo en lo que nadie tenía confianza?

Cuatro características institucionales del siglo XIX permiten explicar, al margen de la cultura, la falta de respeto a las leyes durante esta época. Dichas características institucionales fueron heredadas de la época colonial, y sólo se fueron modificando lenta y penosamente. La razón para dicha inercia institucional tiene mucho que ver con el hecho de que, por un lado, los grupos poderosos se veían beneficiados por el status quo, no obstante que todos eran víctimas de la falta de orden y estabilidad; y por el otro, no existía un consenso entre las principales fuerzas políticas sobre arreglos alternativos.

Las herencias institucionales que se discuten a continuación incluyen el conflicto en torno al "Patronato Real", la preservación de los "fueros" militar y eclesiástico, la carencia de códigos jurídicos sistemáticos; y la debilidad del poder judicial.

1) El Patronato Real fue una institución heredada de la Colonia que estableció, mediante un acuerdo entre el Papa y la Corona española, que nueve décimas partes del diezmo recaudado por la Iglesia le fueron cedidas a los monarcas españoles como recompensa por la labor evangelizadora; además la Corona podría nombrar dignatarios eclesiásticos.²⁸ Una vez que se logra la Independencia, el Patronato Real se convierte en uno de los puntos más importantes de conflicto, sobre todo si se considera que el gobierno nacional siempre estuvo urgido por recursos para contener las amenazas internas y

externas. Mientras que los gobiernos nacionales, empezando por Iturbide, intentaron conservar el ejercicio del Patronato Real, la Iglesia y los gobiernos locales y estatales lucharon por quedarse con esta fuente de recaudación. Los conflictos en torno al Patronato Real permiten entender mejor la relación Iglesia-Estado y estados-Federación, así como la continua falta de solvencia de los gobiernos, que tanto contribuyeron a la inestabilidad inicial en el siglo XIX.

A pesar de que la obligación del pago del diezmo se eliminó en 1833, los patrones básicos de conflicto respecto a los recursos fiscales quedaron establecidos desde entonces. Dichos patrones de conflicto se debían primordialmente al hecho de que la Iglesia sería la principal fuente de recaudación y crédito público, tanto para liberales como para conservadores; y que los estados lucharían continuamente con la Federación para conservar sus bases fiscales.

El primer intento de reforma por parte de Valentín Gómez Farías como vicepresidente de Santa Anna se explica entonces esencialmente como un esfuerzo por regular el ejercicio del Patronato Real en toda la República. Sin embargo, Gómez Farías se enfrentaba a una serie de hechos consumados, por lo que su reforma no fue la innovación institucional que parece a primera vista. Muchos estados, como los de México y Durango, ya estaban de facto ejerciendo el Patronato Real de manera descentralizada, y no sería fácil lograr que la Federación los obligara a renunciar a estos recursos fiscales. Yucatán ya había declarado la libertad de cultos; y Jalisco y Tamaulipas estipularon el financiamiento gubernamental de los cultos. Santa Anna cortó de tajo el experimento liberal, suprimiendo todas las medidas de reforma -excepto la prohibición de la coacción para el pago del diezmo, lo cual benefició a las clases pudientes- retirando a Gómez Farías de la vicepresidencia e invadiendo Zacatecas, que era el principal bastión del federalismo bajo el gobernador Francisco García. Santa Anna sentó así las bases para el régimen centralista.

2) La falta de igualdad ante la ley estuvo consagrada durante la primera mitad del siglo XIX en la institución de los "fueros", que no eran otra cosa que inmunidades para los miembros de la Iglesia y el Ejército.²⁹

Las reformas borbónicas eliminaron muchos de los derechos especiales de ciertos gremios, los tribunales especiales, pero no así el fuero militar y eclesiástico. El vacío de poder generado por el fin del Virreinato eliminó el contrapeso del poder Real frente al clero y los militares, por lo que éstos gozaron prácticamente de total impunidad. Debido a que la Corona tenía la autoridad última en la Nueva España, los tribunales especiales siempre encontraban un contrapeso en la figura del Virrey.

Por supuesto que esta autoridad absoluta de la Corona constituía una espada de dos filos. Por una parte, permitía que existiera un equilibrio de poder en la época colonial, pues a pesar de los fueros, ningún actor político era inmune frente a la Corona; pero por otra parte, daba total latitud para la arbitrariedad por parte de la Corona. Ninguna ley, derecho, reglamento o costumbre limitaba la autoridad Real, de la cual constitucionalmente se derivaba toda autoridad, incluyendo exenciones y privilegios individuales.³⁰

Las constituciones de México durante el siglo XIX reconocieron en grado variable los derechos del individuo. La Constitución de 1824 regulaba primordialmente la relación entre los estados y la Federación, así como la división de poderes, dejando a las entidades federativas la declaración de derechos. A diferencia de la Constitución de Apatzingán, de 1814, no incluía el precepto de la igualdad de todos frente a la ley. Las Siete Leyes de 1836 aumentaron el periodo presidencial a ocho años, creando un régimen centralista con cuatro poderes; pero no modificaron en absoluto la situación de los fueros. El segundo proyecto de Constitución del Congreso constituyente de 1841 incluía una declaración de

derechos humanos y garantías, y preveía la supresión de los tribunales especiales, la igualdad ante la ley, la eliminación de los monopolios estatales y la educación libre. Sin embargo, ese Congreso constituyente fue disuelto por el ejército en 1842, y en su lugar se promulgaron las Bases Orgánicas que generaron una presidencia fuerte y eliminaron al Supremo Poder Conservador.

Las garantías de la Constitución de Apatzingán no se retomaron sino hasta la Constitución de 1857, en que se otorga el derecho al voto y a ser votado independientemente de la posición económica, y se incluye una declaración de derechos humanos y el precepto de inviolabilidad de la propiedad privada.

El análisis de los fueros y la consiguiente imposibilidad de consagrar derechos individuales de igualdad ante la ley, permite entender mejor el comportamiento de los militares, así como el precario equilibrio de poder durante el siglo XIX. México osciló entre presidencias débiles y fuertes, que respondían tanto a las circunstancias internas y externas, como a la particular Constitución en vigor. Sin embargo, en el clima ideológicamente cargado de conflictos entre centralistas y federalistas, conservadores y liberales, las constituciones fueron consideradas como las únicas responsables de los abusos de poder, la inmovilidad frente a la agresión externa y el eventual desmembramiento del país. La realidad era, como lo percibieron acertadamente los liberales de la generación de Juárez, que si bien los conflictos de la época se enfocaron a las alternativas de organización del poder público, el verdadero problema estribaba en la inmunidad del ejército y el clero. Durante los primeros treinta años de independencia los conflictos políticos se resolvieron mediante la ley del más fuerte, y de ahí que Santa Anna se hiciera indispensable. El ejército se convirtió, desde la Constitución de 1824, en el árbitro máximo del poder. Sin importar si el régimen era centralista o federalista, un general sería siempre Presidente de la República. De hecho, la República fue probablemente aceptada como alternativa al imperio, porque

otorgaba la oportunidad a los caudillos militares de aspirar a llegar a presidentes. El general José Joaquín Herrera fue el primer presidente que logró terminar su periodo presidencial, y su sucesor, el general Mariano Arista, protagonizó la primera transición pacífica del poder; ¡y esto no fue sino hasta 1851!

3) La existencia de facto de un Congreso que no tuvo las estructuras institucionales para resolver conflictos entre facciones y grupos contendientes, explica en gran medida la imposibilidad de establecer un marco legislativo conducente a un mejor desempeño económico.³¹

Ante la ineffectividad del Congreso para acordar cambios legislativos, Mexico siguió regido por una vasta y caótica multitud de leyes de la Colonia en materias mercantiles, civiles, etcétera. El que el Congreso se encontrara constantemente inmovilizado y envuelto en conflictos irreconciliables, se explica, en gran medida, por la imposibilidad de crear y consolidar partidos políticos -la institución política moderna por excelencia, según Huntington- que estructuraran el juego político de las élites, canalizando el ejercicio y la ambición de poder. Las logias masónicas pronto dejaron de ser agrupaciones coherentes que dieran paso a partidos políticos; y los campos liberal y conservador eran más bien etiquetas que se llevaban de acuerdo con la ocasión antes que verdaderas fuentes de disciplina partidaria.

Tan ineffectivos fueron los congresos del siglo XIX que los cambios institucionales más notables que se asocian con la Independencia de hecho suceden antes de su consumación.³² Son las Cortes españolas las que entre 1808 y 1820 modifican significativamente el sistema económico basado en favores políticos de la época colonial. La abolición del tributo se promulga en 1810, aunque no es sino hasta 1857 que se logra eliminar del todo. La supresión de varios estancos es de 1812; el decreto que permite a la población libre escoger

cualquier ocupación o industria, de 1813; y la abolición de los mayorazgos, de 1819.³³

Los cambios legislativos posteriores modificaron principalmente la relación de jure entre los niveles nacional y local de la administración política y eliminaron rasgos corporativos de la sociedad española como los estancos, los fueros, la recolección del diezmo o las protecciones especiales de la propiedad comunal. Pero en lo que concierne a la legislación que regulaba las relaciones comerciales, civiles, monetarias o de minería, la legislación vigente continuaba siendo la del Virreinato. Las Ordenanzas de Bilbao, promulgadas originalmente en 1459, y las Ordenanzas de Minería, de 1783, por ejemplo, constituían todavía en el siglo XIX las principales fuentes para dirimir controversias económicas.³⁴

No es sino hasta la República Restaurada y el Porfiriato, que se logra una sistematización del derecho a través de la codificación y expedición de nuevas leyes, que permiten un mejor desempeño económico. El Código Civil del Distrito Federal existe desde 1870, el Código Penal a partir de 1871; el de Comercio se promulgó en 1884, para ser revisado en 1887 y 1889 con la inclusión de sociedades de riesgo limitado; en 1885 se expidió un nuevo código minero; en 1881 se reorganiza la hacienda federal con la autorización de nuevas tarifas y la reestructuración de la deuda pública; en 1884 se otorga el monopolio de emisión monetaria, colocación de deuda pública y recaudación de impuestos al Banco Nacional de México; y en 1897 y 1908 se legisla específicamente a la banca privada.³⁵

4) El poder judicial constituyó más un actor político que un instrumento de control de la constitucionalidad y la legalidad. Esto se debe primordialmente a que, como se mencionó con anterioridad, el puesto de ministro de la Suprema Corte era de elección popular y, una vez que se elimina la vicepresidencia, la Suprema

Corte es la principal vía de acceso a la Presidencia. De hecho, nada menos que Benito Juárez llega al poder inicialmente como presidente de la Suprema Corte, poco después de haber sido ministro de justicia en el Ejecutivo federal. Así, durante el siglo XIX no existe una verdadera división de poderes y un control de la constitucionalidad por parte del Poder Judicial, sino que la Suprema Corte constituye uno de los premios políticos más preciados.

El Supremo Poder Conservador, entre 1836 y 1842, ha sido señalado con frecuencia como la causa de la inestabilidad y el autoritarismo del siglo XIX. Los argumentos que invocan ese episodio como una justificación de una Suprema Corte relativamente débil, tienen escaso mérito si no es que son totalmente erróneos. Se trata de argumentos superficiales similares al argumento de que la inestabilidad del siglo XIX se debió al hecho de copiar el esquema constitucional de Estados Unidos, inapropiado para la idiosincracia mexicana; o de que el federalismo es culpable de la independencia de Texas y el desmembramiento del territorio nacional. El mito de que una Corte poderosa lleva a una dictadura conservadora le da una importancia desmerecida al Poder Judicial como explicación de la inestabilidad del siglo XIX.

El historiador Donald Stevens, discípulo de Coatsworth, ha comprobado de manera bastante convincente, que las causas de inestabilidad del siglo XIX se encuentran en las complejas relaciones entre economía, política y regionalismo; y las dimensiones de familia, clase y carrera política de los líderes nacionales. Stevens³⁶ rechaza tanto las hipótesis personalistas (en las que la inestabilidad del siglo XIX se explica por la figura de Santa Anna), así como nociones de que las élites económicas y sociales no participaron en los gobiernos nacionales; que las presiones externas motivaron la inestabilidad; o que la baja recaudación fiscal sea responsable del lamentable desempeño del país durante esos años.

En su lugar, Stevens arguye que las facciones de políticos conservadores,

moderados y radicales diferían por lo menos en cinco áreas fundamentales: la organización del Estado; los métodos de control social; el poder de intervención económica del Estado; las relaciones Iglesia-Estado; y el valor de la experiencia colonial. Ante diferencias tan cruciales y las herencias institucionales de la Colonia, no es sorprendente que los acuerdos políticos fueran prácticamente imposibles.

CONDICIONES INSTITUCIONALES PARA LA OBSERVANCIA DE LA LEY

La tradición institucional del México contemporáneo, aunada los problemas de impartición de justicia que se analizaron en capítulos anteriores, nos muestra la posibilidad y la urgencia de realizar cambios institucionales para crear un Estado de derecho. Posibilidad, porque hemos visto que la cultura de no obediencia a la ley no es algo inherente al mexicano, sino que deriva del contexto institucional e histórico; urgente, porque aun persiste la corrupción, la inmunidad, el desorden legislativo y la falta de protección a los derechos de los ciudadanos.

El que nuestra explicación enfatice los aspectos institucionales por encima de los culturales, no implica que por ello el Estado de derecho sea de fácil consecución. El historiador económico Douglass North³⁷ ha identificado dos razones que dificultan el cambio de las instituciones. Por una parte, las instituciones existentes representan fuertes inversiones o "costos hundidos fijos" que permiten que sigan funcionando a pesar de ser ineficientes. Cualquier nueva institución, no importa cuanto más eficiente pueda ser, requiere de una nueva inversión que no necesariamente justificará sus beneficios. Por otra parte, los cambios institucionales implican fuertes "costos de transacción", que en lenguaje político consisten en la dificultad de construir coaliciones políticas dispuestas a

hacer cambios radicales. Los cambios institucionales normalmente provienen de agentes políticos suficientemente poderosos y emprendedores.

Las condiciones institucionales para la observancia de la ley que se proponen a continuación están ordenadas según el grado de dificultad política para llevarlas a la práctica. Sería relativamente fácil lograr un Poder Judicial funcional y eficaz debido a su tremenda debilidad actual; la sistematización de leyes requeriría un Congreso más activo y profesional; la elaboración de leyes claras y justas necesitaría representantes responsables y democráticos; una verdadera división de poderes sólo sería posible mediante un nuevo pacto político como el que se logra en las transiciones a la democracia.

Un Poder Judicial funcional y eficaz

El Poder Judicial constituye una institución indispensable dentro de la división de poderes, independientemente del tipo de estructuras políticas existentes. Al margen de la vigencia de sistemas parlamentarios o presidenciales, federales o centrales, con reelección o sin ella, todos los países que han logrado establecer un Estado de derecho, han contado para ello con un Poder Judicial independiente, funcional y eficaz. El Poder Judicial debe aplicar los principios del orden jurídico, por encima de las querellas políticas del momento -independiente de los otros poderes del gobierno y de los grupos de interés organizados- y ser capaz de efectivamente imponer sanciones.

Los jueces desempeñan un papel determinante en el mantenimiento de un Estado de derecho. Según el jurista mexicano Rolando Tamayo y Salmorán:

"La historia ha demostrado que un pretendido derecho sin el respaldo judicial no es más que una declaración en el papel. El problema central de

la ley constitucional es encontrar un modo práctico de asegurar al individuo una protección plena y efectiva contra los excesos arbitrarios del poder. Esto sólo es posible mediante la intervención judicial.³⁸

Garantizar esta protección al individuo supone la existencia de jueces independientes, honestos y competentes. De ahí la razón para su inamovilidad por parte del Ejecutivo, medida necesaria, sin duda, mas no suficiente en los casos en los que éste puede afectar los intereses de los miembros de la judicatura, por ejemplo, mediante el otorgamiento de apetecidos puestos cuando hayan cesado en sus funciones.

En México, el Poder Judicial, tanto federal como local, ha estado tradicionalmente subordinado al Ejecutivo. Su acción se ha caracterizado por una falta de participación activa, en calidad e innovación en la revisión de las principales leyes (emanadas formalmente del Legislativo). De acuerdo con la Constitución, la Suprema Corte carece de la facultad de hacer declaraciones de inconstitucionalidad de leyes con efectos generales (erga omnes), por lo que la posibilidad de que el Poder Judicial influya en la política nacional es prácticamente nula. En la práctica, los magistrados y ministros mismos han decidido, a cambio de un ámbito restringido de autoridad, no oponerse a las políticas del Ejecutivo.

El hecho de que la Suprema Corte no pueda hacer declaraciones con carácter general y que no se involucre en las controversias entre los otros poderes del Estado impide la existencia de un verdadero control de la constitucionalidad, que es esencial para la vigencia de un Estado de derecho, porque asegura que los grupos políticos que llegan al poder no puedan abusar de su posición, violando derechos individuales, sociales o constitucionales. En última instancia, el Poder Judicial en México no es un poder político, sino más bien un órgano administrativo que deriva su poder del Ejecutivo.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, especialmente en Estados

Unidos y Europa, en México el propio Poder Judicial ha pugnado por limitar su actividad en la solución de conflictos jurídico entre particulares y el gobierno. Así, si la Corte determina, por ejemplo, que una ley tributaria que implique el pago de un nuevo impuesto es inconstitucional, sólo el quejoso que inició el juicio -dentro del término establecido por las leyes- quedará eximido de cumplir con el tributo, mientras que los demás contribuyentes estarán obligados a pagar el impuesto, no obstante su ilegitimidad. La inconstitucionalidad declarada por la Corte no conlleva necesariamente un cambio legislativo que armonice la ley tributaria con los principios constitucionales, pues -a menos que un gran número de contribuyentes se haya amparado exitosamente- el Ejecutivo continúa recibiendo la recaudación, sin importar que ésta sea obtenida inconstitucionalmente. El Poder Judicial tiende a adquirir un peso específico equilibrado en relación con el Ejecutivo y el Legislativo sólo cuando se encuentra facultado para emitir declaraciones erga omnes, esto es, con aplicación en cualquier caso semejante al concretamente considerado y no sólo en él.

La mayoría de los ministros de la Suprema Corte a lo largo de estos años ha favorecido la estructura institucional existente arguyendo que si la Corte tuviera un papel más trascendente en la vida política del país se correría el riesgo de "politizar" la justicia e invadir las facultades de los otros poderes del Estado. ¿Qué significa "politizar" la justicia? Si por ello se entiende guiarse por las necesidades políticas del momento, en lugar de las leyes, los ministros tienen razón. Pero si politizar significa desempeñar un papel político, los ministros han malentendido la razón de ser de la división de poderes y su misión como órgano independiente. Si no fuera por la necesidad de que los tribunales asuman un papel político, bastaría con jueces administrativos dependientes del Ejecutivo para resolver todos los problemas relevantes. En cuanto a la invasión de facultades de los otros poderes, ¿asegurarse que los actos del Ejecutivo se apeguen a las leyes constituye una

invasión de sus facultades? ¿Desde cuándo es facultad de un gobierno no sujetarse a las leyes? Este argumento sólo refleja un mito que se creó a partir de las experiencias de conflicto de poderes que tuvieron lugar el siglo pasado y que se ha arrastrado desde entonces.

En los Estados Unidos, donde la Suprema Corte desempeña un papel fundamental en la división de poderes, el Poder Judicial ha sabido mantener un equilibrio institucional en el que se realiza un control de constitucional y al mismo tiempo se evita invadir las facultades de los otros poderes. Por una parte, al tener la facultad de aplicar una serie de criterios generales, como "el carácter no razonable" de las medidas legislativas (the rule of reasonableness) y "la falta de oportunidad" de ellas (the balance of convenience) en el análisis de la constitucionalidad, la Suprema Corte estadounidense puede frenar posibles abusos de los otros poderes.³⁹ Pero por otra parte, en ocasiones más delicadas, la Suprema Corta ha sabido aplicar la llamada "doctrina de la cuestión política" a aquellos casos en que, por "prudencia institucional" o "sensibilidad política", considera que la Constitución reserva su solución en forma exclusiva a los otros poderes del Estado, o en los que es imposible resolver el asunto conforme a los principios generales de la justicia procesal.⁴⁰

Asimismo, la experiencias europeas del establecimiento de tribunales constitucionales a partir de la Segunda Guerra Mundial, y en Europa del Este durante los últimos años, demuestran que las ventajas de un poder judicial independiente sobrepasan en mucho los riesgos de politizar lo jurídico e invadir las facultades de los otros poderes.

Leyes sistemáticas

Las leyes deben formar un sistema relativamente coherente y jerárquico para ser respetadas e interpretadas. De no ser así, es probable que los particulares violen sistemáticamente las leyes sin siquiera saberlo, y que los tribunales hagan interpretaciones contradictorias ante la misma clase de conflictos que lleguen a su conocimiento. Esto es particularmente grave porque, a pesar del estado de continuo cambio y confusión en las leyes, por disposición expresa del Código Civil ninguna persona puede justificar la desobediencia o incumplimiento de una ley con base en la ignorancia o desconocimiento de la misma. Dado que el sistema jurídico mexicano está basado en leyes escritas y codificadas, corresponde tanto al Poder Legislativo (en su calidad de productor de normas) como al Judicial (en calidad de intérprete de las mismas) el asegurarse que las leyes sean sistemáticas y claras.

Como en los demás países de tradición romano-canónica, en México los términos "código" y "codificación" adquirieron a partir de finales del siglo XIX un significado particular: a saber, que las leyes fundamentales, establecidas en la Constitución con carácter general, debían ser desarrolladas en forma clara, sencilla y sistemática en cuerpos orgánicos que dividieran en ramas el derecho. El objeto de las codificaciones era poner fin a la multitud de ordenamientos y costumbres que habían venido surgiendo con el paso del tiempo y que se aplicaban en los tribunales. Salvo contadas excepciones, los Estados modernos se dieron a la tarea de unificar sus derechos, eliminando tribunales especiales. La Constitución de 1857 fue la primera en México en delimitar las esferas de competencia del gobierno y los individuos. Sin embargo, sólo a partir de la restauración de la República, en 1867, se dieron las condiciones necesarias para el afianzamiento de la labor codificadora emprendida 10 años antes. En esa

época, esta tarea se centró principalmente en el derecho privado.

Si bien es cierto que el sistema jurídico mexicano que surgió en el siglo XIX ayudó a cohesionar y estructurar al país, al correr del tiempo las características de dicho sistema se han convertido en obstáculos para el desarrollo y han minado la vigencia del Estado de derecho. En particular, el crecimiento acelerado de la intervención del gobierno en la esfera de la actividad privada; la complejidad del sistema de jurisdicciones concurrentes; la proliferación de normas legislativas aisladas, contradictorias y ad hoc; y el atraso y obsolescencia de muchas de ellas impiden que México acceda a la modernidad a la que aspira.

En cuanto a la intervención del gobierno en la esfera de la actividad privada, a partir de la segunda mitad del siglo XIX comienza en México una incesante actividad codificadora que se desarrolla de manera paralela al crecimiento de una vasta legislación administrativa, que alcanzó extremos exagerados.

En el pasado reciente, el Estado se inmiscuyó en los asuntos de los particulares de tal manera que casi no existía actividad que el individuo realizara que no estuviera expresamente regulada por algún código, ley, reglamento o acuerdo, emanado del Poder Legislativo o del Ejecutivo. Como consecuencia del crecimiento de la intervención del gobierno en la esfera de la actividad privada, no se respetan los principios generales del derecho civil, fundados en la igualdad jurídica de los individuos y en su capacidad para obligarse libremente. El principio de igualdad de las partes ante la ley no es enteramente aplicable a la legislación del trabajo o la agraria, en las que existe la presunción legal de la desigualdad de las partes y, por tanto, la necesidad de proteger al trabajador y al campesino. Aún más, en las disposiciones inquilinarias, las cuales naturalmente forman parte del derecho civil, se tiende a implantar criterios de defensa del arrendatario, con lo que se subvierte el principio clásico de la igualdad legal de las partes en los

contratos.

El régimen constitucional de gobierno federal se basa en la coexistencia de dos niveles formales de autoridad y, por ende, de dos sistemas de normas jurídicas: el federal y el estatal. Debido al crecimiento de la intervención gubernamental y a que con frecuencia los niveles de autoridad son concurrentes, los ciudadanos están sujetos a una cada vez más agobiante cantidad de reglamentos y leyes expedidos tanto en el ámbito federal, como el estatal y municipal.

Ciertas áreas de la actividad legislativa deben ser del exclusivo dominio de la Federación, y otras, de los estados y municipios. Es más, hay quienes argumentan que el éxito de los Estados Unidos como potencia económica durante el siglo XIX se debió precisamente al respeto de dicha delimitación.⁴¹ Sin embargo, la distinción en México se ha venido perdiendo con el tiempo, y la concurrencia de competencias se ha incrementado al existir un mayor número de convenios de tipo administrativo entre los diversos estados y la Federación para modificar y facilitar la administración pública. Esta situación -que le simplifica su quehacer al gobierno federal- a veces complica extremadamente la conducta de los particulares, reduciendo los incentivos para la inversión y el crecimiento.

No sólo existe el problema de la abundancia de la legislación, sino que se presenta también en forma grave el de la obsolescencia de las leyes, de tal forma que el derecho vigente comprende una gigantesca lista de normas anacrónicas y de difícil comprensión en nuestros días. Al respecto, se puede citar el caso del Código de Comercio vigente, que data de 1889 y que contiene disposiciones inaplicables o conceptos que ya no se entienden en nuestros días. Así, por ejemplo, en su capítulo II del título 2 se legisla sobre los factores y los dependientes del comercio, nociones que hace ya mucho tiempo cayeron en desuso. Por otro lado, nuestra legislación sobre títulos y operaciones de crédito,

que es de gran importancia para la economía moderna, se expidió 1932 y aunque ha sufrido varias modificaciones para adecuarla a las nuevas circunstancias, dista de ser la que necesita un país que esta por ingresar a la competencia global.

Otro problema grave por lo que respecta a la sistematización del derecho es la frecuente incompatibilidad entre leyes y reglamentos. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras contradice los principios de la propia ley y el Reglamento de la Ley del Impuesto al Activo de las Empresas establece excepciones no incluidas en ella. No obstante, la situación más dramática se presenta en el ámbito de la legislación de los estados y municipios, en el que, además de que la lista de leyes, reglamentos, decretos y otras normas es interminable y casi de imposible cumplimiento, muchas veces se dictan disposiciones que no presentan la menor técnica de redacción jurídica y que, por tanto, se pueden interpretar en cualquier sentido.

Leyes claras y justas

Para que las leyes puedan ser cumplidas se necesita que sean claras y que no dejen márgenes amplios de discrecionalidad en materia económica a las autoridades burocráticas. Una muestra de los enormes poderes discrecionales de la burocracia en México es la improcedencia del juicio de amparo en diversos campos, circunstancia que está en evidente contradicción con el principio de que se deben someter al control de la constitucionalidad, por medio de la revisión judicial, todos los actos de las autoridades del país.⁴²

Por otra parte, la legislación fiscal no cumple con los requisitos de jerarquía de normas que se cubren en general en los otros campos. El Código Fiscal, que establece los principios generales de la materia, se aplica sólo supletoriamente

cuando las múltiples leyes especiales no están completas y, en caso de que se contradigan, prevalece la norma especial. La Circular Miscelánea, elaborada cada año por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,⁴³ supuestamente debe sólo interpretar las normas legales, pero casi siempre va más allá de la ley.

La claridad de las leyes se relaciona íntimamente con el control de las autoridades y la arbitrariedad. Pero otro aspecto fundamental para el cumplimiento de todo ordenamiento jurídico se relaciona con que los ciudadanos perciban las leyes como justas, o en términos kantianos, como leyes autoimpuestas por individuos racionales y autónomos.

Este último elemento, necesario para la observancia de la ley, es lo que Margaret Levy ha llamado "cumplimiento quasi-voluntario", esto es, la obediencia basada no sólo en un cálculo racional, sino en ciertas consideraciones normativas, en especial de justicia.⁴⁴ La efectividad del derecho depende tanto de la existencia de sanciones creíbles como de que los ciudadanos consideren que las leyes son "justas", en el sentido de que se aplican a todos por igual, y "razonables", es decir, que están diseñadas correctamente para lograr su objetivo.

En lo que se podría denominar la teoría económica del derecho, convencionalmente se piensa que el cumplimiento de las leyes se logra mediante elevadas penas o con una vigilancia muy estricta.⁴⁵ Dicha concepción sugiere que si la vigilancia no es muy eficiente, esto se puede compensar estableciendo sanciones más severas. Sin embargo, el cumplimiento del derecho no depende exclusivamente de un cálculo racional en el que se confrontan los costos que se imponen a su violación y la probabilidad de ser descubierto junto con los beneficios de evadir la ley.

En primer lugar, es imposible detectar el 100% de las transgresiones o establecer penas muy altas que sean creíbles. En segundo, no a todos los ciudadanos les preocupa el riesgo, lo que implica, conforme a los supuestos de

racionalidad de dicha teoría, que muchos incumplirían a pesar de que exista una probabilidad más o menos alta de ser descubiertos. En tercer término, los ciudadanos no necesariamente perciben de manera correcta los costos y los beneficios de determinada acción debido, entre otras cosas, a problemas de información o ignorancia del derecho. Por último, siempre hay "lagunas" en la ley y circunstancias imprevistas que permiten la violación de las disposiciones. De ahí que el orden social, de hecho, no esté sustentado sólo en la amenaza de sanciones, sino también en normas de cooperación, el altruísmo, el sentido del deber o de justicia y en la reputación de las autoridades, es decir, si éstas cumplen o no con aquello que se comprometen a realizar a cambio de la observancia de las disposiciones.

Hasta la fecha no existen las condiciones políticas y sociales para que se dé el cumplimiento "cuasi-voluntario". Al respecto, se pueden señalar dos problemas en particular. El primero se relaciona con consideraciones de justicia y el segundo con la reputación del gobierno.

El marco institucional prevaleciente impide, en la práctica, que un importante sector de la población tenga acceso a la seguridad jurídica, al tiempo que tolera que ciertos grupos se coloquen abiertamente por encima de las leyes. De esta manera, por un lado, los costos y los beneficios del derecho no se distribuyen en forma equitativa y, por el otro, el que unos incumplan sin enfrentar castigos representa un incentivo para que los demás también lo hagan. Lo grave de esta situación consiste en que es principalmente el gobierno el que desobedece las leyes. Al no sujetarse a los términos del pacto social -los cuales las autoridades supuestamente se comprometen a cumplir- éstas minan tanto su propia reputación como la de las leyes, fomentando así la anarquía social.

El gobierno puede desempeñar un papel fundamental para generar una "cultura de obediencia a las leyes". En las estructuras jerárquicas, como por

ejemplo las empresas y la administración pública, las relaciones entre los individuos que están en posiciones superiores y los que se encuentran en los niveles inferiores siempre son complejas e implican numerosos costos de transacción. El economista David Kreps ha argumentado con gran lucidez que, en estos casos, a los superiores jerárquicos racionalmente les conviene invertir en la creación de una fama pública que les permita resolver las circunstancias imprevistas -es decir, las que no se pueden prever en los contratos- conforme a ciertos principios establecidos, por ejemplo de equidad.⁴⁶

A pesar de que en algunas ocasiones a dichas autoridades les convendría no atenerse a esos principios para zanjar los conflictos, a largo plazo siempre es mejor someterse a ellos. Esto se debe a que dicha reputación ayuda a disminuir los costos de transacción, fomenta la certidumbre en las relaciones y predispone favorablemente a los individuos que se encuentran en posiciones jerárquicas inferiores para que acepten las decisiones de los superiores. De igual manera, el gobierno, al obedecer él mismo las leyes, y en lugar de aplicar criterios políticos ad hoc para solucionar conflictos, podrá construir un prestigio de ser respetuoso de las normas, lo cual inducirá a los ciudadanos a sujetarse también a la ley.

Una verdadera división de poderes.

El mantenimiento del Estado de derecho depende fundamentalmente de la existencia de mecanismos institucionales que eviten que las autoridades cometan abusos o transgredan las leyes. En palabras de Madison, gran teórico de la democracia y cofundador del sistema constitucional de los Estados Unidos:

"Al diseñar un gobierno que será administrado por hombres por encima de hombres, la gran dificultad se encuentra en lo siguiente: se debe primero

permitir que el gobierno controle a los gobernados; y, en seguida, se debe obligar al gobierno a que se controle a sí mismo".⁴⁷

En las democracias el mecanismo fundamental por el cual se controla al gobierno es el voto ciudadano. Sin embargo, las elecciones no son suficientes para controlar los abusos del poder por lo que es necesario tomar precauciones auxiliares o adoptar mecanismos de freno y contrapeso. En los Estados Unidos dichos mecanismos son la división entre los poderes Ejecutivo y Legislativo; la división entre las dos cámaras legislativas, el Congreso y el Senado; la existencia de un Poder Judicial independiente; la división del poder político en jurisdicciones territoriales, es decir, la federal, estatal y local; y la existencia de elecciones frecuentes.

Estos mecanismos institucionales tienen la función de descentralizar el poder otorgando a distintos grupos la capacidad de vetar las decisiones de otros grupos. Dichos contrapesos tiene dos efectos principalmente: primero, aseguran que toda política legislativa esté fundada en cierto consenso que no sólo incluya a la mayoría, sino también a alguna minoría; y segundo, hacen que se vuelva más difícil modificar el status quo, sobre todo cuando las preferencias entre distintos grupos son muy heterogéneas. Esto garantiza tanto el respeto a los derechos minoritarios como la estabilidad del orden constitucional. La desventaja que presenta el orden constitucional de los Estados Unidos es la falta de flexibilidad que prevalece cuando el Presidente y el Congreso están controlados por distintos partidos políticos.

En los sistemas parlamentarios de tipo europeo existen menos mecanismos institucionales de frenos y contrapesos y por lo tanto mayor flexibilidad. Ello se debe a que el Poder Ejecutivo y Legislativo no se encuentran divididos, sino que el gabinete emana del parlamento, depende de su voto de confianza y es responsable ante éste. No obstante, en dichos sistemas existen distintos

mecanismos de contrapeso por los cuales las minorías adquieren capacidad de veto. Así, la representación proporcional, la necesidad de formar gobierno entre varios partidos minoritarios, la existencia de constituciones escritas y rígidas que sólo se pueden modificar por mayorías especiales, así como la existencia de tribunales constitucionales, limitan el abuso y la concentración de poder en los sistemas parlamentarios.

México, como la mayoría de los países en América Latina, adoptó en su Constitución el sistema de división de poderes y el federalismo de tipo estadounidense. Sin embargo, de hecho no tenemos un sistema de frenos y contrapesos efectivo. Ello se debe principalmente a dos problemas.

En primer lugar, nuestro sistema constitucional de frenos y contrapesos de hecho no funciona porque los distintos órganos de poder no tienen intereses contrapuestos y capacidad institucional de defenderlos. La idea básica de la división de poderes madisoniana es que para que los poderes públicos efectivamente se controlen entre sí, sus miembros deben tener los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir violaciones de los otros poderes. Por motivos personales Madison se refiere a que la propia ambición individual de los políticos debe estar institucionalmente ligada al puesto, de tal forma que cuando éstos actúen en vista de sus intereses personales, estén defendiendo a su vez los derechos constitucionales de sus puestos. "La ambición debe estar encaminada a contrarrestar la ambición"; ésta es la base del sistema madisoniano de división de poderes.⁴⁸

En el sistema estadounidense, la posibilidad de reelegir a los miembros del Congreso representa el principal incentivo individual para que éstos respondan a la voluntad de sus electores y tengan una base de apoyo político propia para contrarrestar el poder del Ejecutivo. Al votar por una propuesta legislativa del Presidente, por ejemplo, cada miembro del Congreso valora la manera como ésta

afecta los intereses de sus electores, y tiene la capacidad de oponerse a ella si así lo considera necesario, en la medida de que sus posibilidades de mantenerse en el poder dependen principalmente de sus electores.

En México, el Poder Legislativo no cuenta con similares incentivos institucionales para limitar el poder del Ejecutivo. Los miembros del Congreso no pueden ser reelectos, lo cual impide que cuenten con incentivos individuales para representar los intereses de sus electores. Para hacer avanzar sus carreras políticas, los legisladores deben servir, no a los electores, sino al líder de sus partidos, que en el caso del PRI es el Ejecutivo federal, en la medida de que éste determinará sus fortunas políticas en el futuro. Esto, en sí mismo, no resultaría tan negativo para la división de poderes si no fuera por dos hechos adicionales: primero, el PRI tiene asegurado el control mayoritario de la Cámara de Diputados, en gran parte gracias a la así llamada "cláusula de gobernabilidad" que automáticamente concede la mayoría absoluta al partido más grande; y segundo, a que el Presidente es el líder de dicho partido.

En segundo lugar, en México las elecciones juegan un papel muy limitado en el control del poder público. El voto popular es el principal mecanismo de control del gobierno en las democracias. Las elecciones regulares desempeñan una doble función: obligan a que el gobierno tenga un interés común con los ciudadanos, en la medida de que los representantes deben conocer los sentimientos de sus electores para ganar o reelegirse. Por otro lado, las elecciones sirven para evitar que los gobernantes cometan abusos, dado que si ofenden a sus electores, perderán la posibilidad de reelegirse.

Karl Popper,⁴⁹ entre otros teóricos de la democracia, argumenta que precisamente la capacidad del pueblo de remover al gobierno a través del simple voto mayoritario (sin necesidad de recurrir a la violencia) es la condición necesaria y suficiente que debe satisfacer un sistema político para que se le tenga por

auténticamente democrático.

En México los electores en realidad no cuentan con esta opción debido a que las elecciones tienen un significado peculiar, dada la naturaleza de nuestro sistema político: la existencia de un partido dominante (PRI) que está fusionado con el gobierno implica que si los gobernantes cometen abusos, los ciudadanos no cuentan con otras alternativas que la abstención o el "voto de castigo" (votar por un segundo partido que de entrada se sabe que no va a ganar).

De ahí que en México, a pesar de tener una división de poderes de tipo estadounidense, el Presidente y el Congreso de hecho se encuentren fusionados como en los sistemas parlamentarios. Sin embargo, como constitucionalmente no tenemos un sistema parlamentario, no contamos con los mecanismos adicionales que dichos sistemas poseen para controlar los abusos del poder, tales como los tribunales constitucionales, la posibilidad de que los Secretarios de Estado y el Presidente respondan ante el parlamento, o el hecho de que los gobiernos en general se formen mediante coaliciones por las que las minorías obtengan representación.

CAPITULO VI
ESTADO DE DERECHO Y ACCESO A LA JUSTICIA.
ALGUNAS EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

El presente capítulo pretende presentar una serie de experiencias internacionales que han tenido un impacto positivo en el mejoramiento del Estado de derecho y del acceso a la justicia.

Las instituciones jurídicas generalmente corresponden a la sociedad en la que se desarrollan, por lo que el papel de cada una de ellas es diferente en los distintos países, aunque hayan surgido a partir del mismo modelo. Sin embargo, casi todas las instituciones jurídicas -sobre todo las de los países en desarrollo- tuvieron su origen fuera de sus fronteras y han probado su utilidad para resolver problemas similares en distintas sociedades. México ha recibido valiosas aportaciones de otros países y ha exportado también algunas de sus instituciones. El juicio de amparo, orgullo de la tradición jurídica mexicana, se nutrió, entre otras influencias, de la revisión judicial estadounidense, de la casación francesa y del habeas corpus inglés; el amparo, a su vez, ha influido en las instituciones de varios países de América Latina.

Pretendemos que las experiencias a que se hace referencia en este capítulo sean relevantes para nuestro país, por lo que se ha intentado, en lo posible, señalar ejemplos que se derivan de la tradición jurídica a la que pertenece México, esto es, la del derecho romano-germánico. Cuando ha sido factible también, se describen instituciones que han sido objeto de evaluación empírica. En algunos casos se prefirió no citar instituciones que, si bien han demostrado su eficacia a nivel internacional, tienen paralelos mexicanos relativamente exitosos, como el sistema sueco de protección de los derechos de los consumidores que

equivale a la Procuraduría Federal del Consumidor en México.

El esquema que se sigue en este capítulo se aboca primero a la descripción de las estructuras sociales básicas en las que surge el Estado de derecho y se genera el movimiento de acceso a la justicia. Se trata de los sistemas de profesionalización y entrenamiento de sus operadores: los abogados, jueces, notarios y otros funcionarios judiciales.

Enseguida se aborda el papel de los poderes ejecutivo y judicial en el Estado de derecho. El autocontrol del ejecutivo y la labor de los tribunales supremos en el control de la constitucionalidad son quizá los elementos individuales de mayor impacto cualitativo en la solución de los problemas que aborda este libro.

Posteriormente se examinan las reformas necesarias para volver más eficiente el funcionamiento de los tribunales inferiores, ya que éstos conocen de la mayor parte de las controversias que resuelve el sistema jurídico. Finalmente se hace referencia al sistema de procuración de justicia, fundamentalmente al control democrático de las policías y a los diversos instrumentos para elevar su efectividad en el logro de sus objetivos.

La amplitud de los temas abordados por este capítulo refleja la complejidad de los problemas y la diversidad de las soluciones que han surgido en el plano internacional. La intención no es plantear un estudio de gran profundidad sino, por el contrario, ofrecer una visión de conjunto de la problemática asociada al Estado de derecho y al acceso a la justicia.

ESTRUCTURAS EDUCATIVAS Y PROFESIONALES PARA EL ESTADO DE DERECHO

El sistema de profesionalización y las organizaciones de LOS abogados tienen gran peso e influencia en vigencia del Estado de derecho y en el mejoramiento del acceso a la justicia.¹ Estos dos factores constituyen la infraestructura imprescindible para mejorar la situación de la justicia en México. Son, además, un prerequisite para que otras propuestas de cambio puedan tener un impacto significativo.

La procuración de justicia no puede mejorar si el abogado promedio, al que tienen acceso los grupos más pobres, carece de un nivel de preparación suficientemente alto para hacer prevalecer la razón del derecho frente a los abogados de los grupos más pudientes. Si los funcionarios judiciales no han sido formados con altos estándares éticos y no se remunera adecuadamente su desempeño, no serán capaces de hacer frente a las presiones del poder económico y político. Si no están suficientemente preparados, es muy difícil que administren la justicia de manera expedita. Por ello, mejorar la procuración de justicia implica un alto grado de profesionalización de los abogados y funcionarios judiciales

A esta necesidad de profesionalización se debe que el derecho sea una de las pocas ocupaciones (junto con la medicina) cuyo ejercicio se encuentra frecuentemente sujeto a normas profesionales y a mecanismos gremiales o estatales de control y vigilancia. Por otra parte, la independencia de las organizaciones de abogados respecto al gobierno les permite desempeñar un papel más activo frente a los actos de autoridad arbitrarios. Esto, a su vez, confiere mayor independencia y profesionalismo al Poder Judicial, fomentando el desarrollo del derecho y, en general, la preservación de sus principios y valores en

la práctica.

La formación de los profesionales del derecho

En el mundo existen diversos sistemas para garantizar un nivel adecuado de preparación de los abogados antes de que se les permita ejercer la abogacía. En general, la experiencia internacional muestra que la formación teórica requiere ser complementada por la práctica. En palabras de Héctor Fix Zamudio:

"[e]n la vida moderna, la sola licenciatura no capacita para el ejercicio de las diversas profesiones jurídicas, y por ello en numerosos países, a los egresados se les exige una práctica jurídica profesional, a veces de varios años, en despachos de abogados, oficinas públicas o ante los tribunales, y posteriormente un examen público, ya sea de carácter oficial o ante los colegios de abogados, para ser admitido plenamente en las citadas actividades profesionales".²

Se ha visto que la educación jurídica tiene una particular influencia sobre el carácter social de la profesión, al controlar la admisión a la misma. Los criterios de admisión, a su vez, determinan en alguna medida la pertenencia del derecho a una sola clase social o a toda la sociedad. El interés en lograr un alto nivel de calidad en las profesiones jurídicas se combina en el mundo con una preocupación cuantitativa en el sentido del acceso a ellas por parte de los distintos estratos sociales. En varios países se han establecido para ello medidas gubernamentales que apoyan la preparación profesional del jurista y extienden su alcance a las áreas del derecho donde la reducida rentabilidad o el interés privado no hayan estimulado la formación práctica del abogado.

En México son escasas las normas aplicables a la profesión jurídica. De

acuerdo con la legislación, el título de licenciatura en derecho, acompañado de un periodo de práctica, que no es preciso demostrar, es suficiente para desempeñar cualquier profesión jurídica. Desde una perspectiva internacional, estos requisitos no son rigurosos, ya que en la práctica, la licenciatura no garantiza ya la adecuada formación de un profesionista.³

La tendencia al fortalecimiento de los estándares profesionales se observa en México en áreas particulares de la profesión jurídica: el notariado requiere de estudios especializados, de una práctica prolongada y de la aprobación de exámenes especiales. En el Poder Judicial y en otras dependencias públicas mexicanas comienzan también a aparecer institutos especializados de capacitación. Sin embargo, en el grueso de la profesión jurídica, a la que pertenecen los abogados postulantes, asesores y maestros, la profesionalización no ha llegado muy lejos.

Un país que ha avanzado considerablemente en el camino de la profesionalización es Alemania. Ahí, los requisitos para ejercer una profesión jurídica, así como la infraestructura disponible para tal efecto, parecen ser mucho más consistentes con el logro de un buen nivel profesional de los participantes en la administración de justicia, así como un nivel razonable de apoyo público y de acceso a ella por los sectores sociales.

El esquema general de formación jurídica se divide en dos etapas, una teórica y otra práctica. La primera requiere que los aspirantes a ejercer la profesión jurídica realicen los estudios universitarios correspondientes, los cuales culminan con un primer "examen de Estado" (Staatsexamen). Los objetivos del estudio jurídico son la adquisición de un alto nivel de preparación general, así como de los estándares éticos de la profesión. La segunda etapa consiste en un periodo de entrenamiento de dos años y medio, denominado Referendarzeit, durante el cual el aspirante desempeña labores prácticas en los tribunales, en la

oficina de un ministerio público (Staatsanwalt), en la administración pública y, posiblemente, en el departamento jurídico de una empresa privada. Durante todo este tiempo, el aspirante recibe una remuneración y es considerado un servidor público. Al completarlo, el aspirante se convierte en Assessor y debe aprobar un segundo examen de Estado antes de poder ejercer plenamente la profesión.

El Japón sigue un esquema similar. El aspirante debe aprobar un examen nacional que le permita ingresar en el Instituto de Preparación e Investigación Jurídicas, administrado por la Suprema Corte. Las labores que realizan los aspirantes son similares a las del Referendarzeit alemán, si bien se encuentran menos orientadas hacia la práctica: se realizan discusiones, conferencias y visitas a organismos de interés para los abogados, además de prácticas en diversas instituciones. El entrenamiento es uniforme, desemboca en un examen uniforme y califica al graduado para desempeñarse en cualquier clase de labor jurídica.

En ambos casos, sólo pueden ejercer la profesión quienes han cubierto una serie de importantes requisitos. Existe un conjunto de mecanismos en apoyo a esas reglas más estrictas que hacen constar el interés público y gubernamental en fomentar esta profesionalización. El énfasis -y apoyo gubernamental- a la capacitación de los abogados permite que el nivel de suficiencia profesional del abogado promedio sea bastante alto. Permite además, que el abogado capacitado no sea un recurso escaso al servicio del mejor postor, sino un bien público al alcance de la sociedad.

La organización de los abogados

La capacidad de un sistema jurídico para generar resultados justos depende, por otra parte, de la independencia, profesionalismo y pluralidad de sus

organizaciones de abogados.⁴ Aquí se hará referencia a algunos casos positivos y negativos, tomados principalmente de las organizaciones de abogados en los Estados Unidos.

En su evolución, la profesión jurídica ha creado una diversidad de marcos institucionales, más o menos eficaces para asegurar su autonomía. En varios países se han establecido organizaciones gremiales que ejercen gran influencia sobre la práctica del derecho. Tal es el caso de los "Inns of Court" en Inglaterra y de la "Ordre des Avocats" en Francia. En los Estados Unidos, la "American Bar Association", creada en 1878, ha desarrollado un papel prominente en el establecimiento de requisitos de admisión (en los estados es obligatoria la aprobación de un examen como requisito para pertenecer a la barra local y poder ejercer la profesión), en la elaboración de diversas propuestas de reforma y en la formulación de códigos de ética. Como parte de la ética de los abogados la barra norteamericana ha incluido la obligación de proporcionar en los casos de interés público, colaborando en el surgimiento del "derecho de interés público" que se analiza más adelante. En este sentido, desde los años veinte la barra nacional había sugerido la adopción por todas las barras estatales de comités de ayuda jurídica para los pobres. Además de las barras, en los Estados Unidos existen organizaciones profesionales como el "American Law Institute", que ha emprendido una gran tarea de codificación del derecho común estadounidense que se denomina "Restatement of the Law" (reexposición del derecho).

A estas organizaciones nacionales y estatales de los Estados Unidos debe sumarse la actividad conjunta de la amplísima red de despachos jurídicos privados que, en el pasado, han desarrollado una actividad social muy importante. Un ejemplo destacado de la capacidad de las organizaciones de abogados de la sociedad civil para mejorar el acceso a la justicia lo presenta el llamado "derecho de interés público" (public interest law) en los Estados Unidos.⁵

Este fue un movimiento dentro de las organizaciones de abogados norteamericanos que pretendía defender los intereses de sectores sociales tradicionalmente carentes de representación dentro del sistema jurídico. Principalmente significó ofrecer servicios legales gratuitos -o a precios muy reducidos- a aquellos sectores de la población que no podían pagarlos. El auge de este movimiento se presentó entre finales de los años sesenta y mediados de los setenta. A partir de entonces el entusiasmo por el movimiento ha decaído.

La idea central de la cual partían los abogados del derecho de interés público era que, para que el sistema jurídico funcionara correctamente, estaba en el mejor "interés público" que todos los intereses afectados participaran en el proceso, ya que el sistema de impartición de justicia se desarrolla con base en la solución de controversias entre partes contrapuestas. En muchos casos carecían de representación los intereses de las clases menos acomodadas, de las minorías étnicas, o de los afectados por áreas del derecho donde los intereses de los particulares eran difícilmente defendibles debido a los altos costos (ecología, comunicaciones, etcétera). En todos ellos, los despachos de abogados del derecho de interés público intentaron mejorar el funcionamiento del derecho al ofrecer mejor representación a ciertos intereses.

El movimiento estadounidense fue posible gracias al apoyo financiero privado de una red de bufetes con los recursos y conocimientos para reivindicar y ampliar los derechos de su clientela. Sin embargo, las fuentes de financiamiento constituyeron una de las grandes limitaciones del movimiento. Dado que este tipo de litigios no era el más rentable en términos económicos y que en ocasiones generaban más costos que beneficios, fue necesario el apoyo financiero de diversas fundaciones privadas o de grandes despachos de abogados. También desempeñó un papel importante el aprovechamiento de ciertas ventajas fiscales otorgadas por la ley, y las posibilidades de recuperación de los gastos judiciales

por el ganador del litigio. En todo caso una de las características fundamentales del movimiento fue que la acción gubernamental ejerció, durante mucho tiempo, un papel accesorio a los esfuerzos y esquemas ideados por los abogados privados.

Los despachos que tomaron parte en este movimiento pueden clasificarse en tres tipos. Por una parte, estaban los despachos dentro de los programas de ayuda jurídica, apoyados financieramente por fundaciones filantrópicas privadas. Algunos ejemplos de estos programas privados fueron el Fondo de Defensa del Medio Ambiente, el Centro de Comunicación de los Ciudadanos, el Centro para el Derecho y la Política Social, y Abogados Públicos. En algunos casos estos despachos surgieron en asociación con escuelas de derecho, como el Instituto para la Representación del Interés Público; y en otros, como parte de organizaciones de otro tipo, como el Fondo para la Defensa Jurídica del Club Sierra.

Un segundo esquema de organización privada dentro de este movimiento lo representaban los despachos de abogados constituidos sobre bases más tradicionales. Estos despachos se ocupaban primordialmente de atender casos de interés público, pero también podían atender otro tipo de asuntos. No representaban, a diferencia de los anteriores, casos aislados, sino que asesoraban a una gran cantidad de pequeñas empresas. En general, este tipo de despacho no dependía del apoyo de fundaciones, sino que se sostenían financieramente cobrando reducidas cuotas por sus servicios; gran parte de sus ingresos se generaba a través de los esquemas de ventajas fiscales. En los juicios en que resultaban vencedores, generalmente podían recuperar gastos y honorarios de la parte vencida. Por lo anterior, eran unidades económicas autosostenibles.

Un tercer tipo de organización privada que ha colaborado en el derecho de interés público es el gran despacho de abogados. Este tipo de despachos dedica

un esfuerzo secundario, pero significativo por su impacto cualitativo, a la defensa de casos de interés público. Varios despachos han creado programas denominados "pro bono publico" y algunos de los mayores han establecido incluso departamentos permanentes para ocuparse de litigios de interés público. Otra variante de participación ha sido el establecimiento de oficinas o sucursales de los despachos en barrios o vecindarios desfavorecidos.

A partir de mediados de los años sesenta, el gobierno estadounidense comenzó a tomar una participación destacada en este movimiento a través del Programa de Servicios Jurídicos de la Oficina para la Igualdad Económica. Este programa puso a disposición de los pobres una gran número de abogados que acudieron a los barrios marginados para proporcionar ayuda jurídica de alta calidad y en gran escala.

La labor de diversos esquemas de ayuda jurídica, fundamentalmente privados, muestra el papel potencial que las organizaciones de la sociedad civil pueden llegar a desempeñar en el mejoramiento del acceso a la justicia. Si bien el impacto de estas organizaciones depende en gran medida de la fortaleza financiera de los despachos de abogados y de las fundaciones privadas filantrópicas, también es fruto de ventajas fiscales otorgadas por el gobierno y del funcionamiento de las reglas de pago de costas procesales en el sistema jurídico. En México, los colegios y barras de abogados no han desarrollado un papel tan prominente como en los Estados Unidos. Esta situación puede tener sus raíces en la falta de estímulos institucionales que favorezcan la fortaleza de esas organizaciones. Por una parte, las reglas nacionales y estatales no han buscado garantizar la profesionalización y el control obligatorios de los abogados, lo cual ha tenido por consecuencia la debilidad institucional de la barra. Por otra parte, la ausencia relativa de instituciones filantrópicas privadas, la virtual inexistencia de esquemas de deducciones fiscales para fines de apoyo jurídico y la obsolescencia

de las reglas relativas al pago de los gastos procesales, no aportan un marco institucional y financiero favorable al nacimiento en México de un movimiento similar al conducido por los abogados del derecho de interés público.

EL PAPEL DE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL EN EL MANTENIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

El autocontrol del ejecutivo y la depuración del sistema jurídico

Típicamente, los poderes ejecutivo y legislativo son controlados por el judicial, para evitar que su actividad exceda los límites que les imponen las leyes. Dentro de este esquema, el guardián de las leyes y la última instancia de garantía del Estado de derecho es el poder judicial. Sin embargo, el autocontrol que puede ejercer sobre sí mismo el ejecutivo es capaz de desempeñar un papel importante en el mantenimiento de la observancia de las leyes.

En los países que cuentan con un control judicial activo de la constitucionalidad, el autocontrol ha surgido como respuesta del ejecutivo a la presión de los tribunales constitucionales. Estos tribunales, que representan no sólo una creciente politización de lo jurídico, han dado origen a una tendencia contraria que lleva a la juridización de la vida política. Este último fenómeno se caracteriza por el hecho de que el poder ejecutivo se vuelve cada vez más cuidadoso de que sus actos y sus iniciativas de ley respeten los límites impuestos por la Constitución y las leyes. En los países donde se ha llevado a cabo este autocontrol, las discusiones políticas asumen tintes jurídicos y se tiene conciencia de la necesidad de respetar la jerarquía de las leyes.

A esta clase de autocontrol del ejecutivo se puede sumar el efecto positivo

que su acción puede tener en la simplificación del orden jurídico, lo que facilita su observancia por los ciudadanos. Las grandes codificaciones y depuraciones legislativas han representado, desde Justiniano y Napoleón, grandes contribuciones del poder ejecutivo al mejoramiento del derecho.

En la medida de que en los Estados nacionales modernos la gran mayoría de las iniciativas de ley provienen del poder ejecutivo y cada vez menos del legislativo, debe aquél poner cuidado en respetar la Constitución, la sistematización del orden jurídico y sus principios normativos. Esto resulta aun más relevante si se considera que en la actualidad existe cada vez un mayor número de leyes que buscan regular problemas cada vez más complejos (ecología, salud, desarrollo tecnológico, etcétera). Si el ejecutivo no tiene cuidado con los principios normativos, es posible que el universo jurídico termine por convertirse en un caos.

En Francia, por ejemplo, el Primer Ministro Michel Rocard expidió el 25 de mayo de 1988 una circular donde enumeró una serie de lineamientos sobre la manera en que los miembros del poder ejecutivo debían actuar para mantener el Estado de derecho. Dicha circular iba dirigida a los ministros, no en su calidad de miembros del Parlamento, sino como integrantes del gabinete. Esos lineamientos giraban alrededor de una idea central: que para el gobierno resulta necesario vigilar que su propio comportamiento se ajuste a los mandatos constitucionales, sobre todo en relación a la leyes iniciadas por el propio ejecutivo. En palabras de Rocard:

"[e]s conveniente tomar cualquier providencia para descubrir y eliminar los riesgos de inconstitucionalidad susceptibles de manchar los proyectos de ley, las enmiendas y las proposiciones de ley inscritos en el orden del día ... Esta preocupación debe ser nuestra [del gobierno] aun ante la hipótesis de que una determinación del Consejo constitucional sea poco verosímil".⁶

Con base en esta idea, Rocard elabora una lista de acciones que los diversos miembros del gabinete deben llevar a cabo para garantizar que las cuestiones constitucionales sean discutidas y analizadas por el ejecutivo antes de que éste envíe una iniciativa de ley al órgano legislativo.

Un paralelo más desarrollado de esta primera directiva de Rocard se puede encontrar en el sistema de revisión constitucional sueco. Uno de los mecanismos institucionales que ha garantizado el imperio de las normas constitucionales en Suecia es el autocontrol del ejecutivo. A diferencia de la directiva francesa, el control de la constitucionalidad de las leyes suecas por el ejecutivo tiene un carácter más institucional, ya que es ejercido por un órgano permanente denominado "Suprema Corte", aunque guarde poca relación con sus homónimos internacionales. Desde 1809, todo proyecto de ley, antes de ser aprobado, es remitido a la "Suprema Corte". Esta institución pertenece al poder ejecutivo y se encarga de examinar las leyes para verificar que su contenido esté de acuerdo con la Constitución. Sólo después de que pasa este filtro, la ley es sometida al fallo del Rey y del Parlamento.⁷

Una segunda idea relevante que se encuentra en la circular de Rocard se refiere a la responsabilidad que tiene el gobierno para moderar la prolífica actividad legislativa que desarrolla en la época moderna. No cabe duda de que el mantenimiento del Estado de derecho depende en gran medida de que éste sea efectivamente sostenible: en una sociedad abrumada por la legislación, el Estado no dispondrá de la fuerza pública para hacerlas obedecer, ni los ciudadanos más respetuosos tendrán los conocimientos necesarios para cumplirlas. El ideal del Estado de derecho deja de ser atractivo para la sociedad cuando se convierte en el Estado abrumado por el derecho. El poder judicial puede hacer mucho para eliminar aquellas leyes que excedan el marco normativo constitucional. Sin embargo, el control constitucional no es idóneo para acabar con todas las

manifestaciones del exceso de reglamentación. En estos casos puede ser muy útil el autocontrol del ejecutivo (que es el gran iniciador de la legislación en los tiempos modernos). En este sentido Rocard hace referencia a la necesidad de combatir

"en su principio mismo, el exceso de legislación o de reglamentación, muy particularmente en el momento en que parezca que un aligeramiento de apremios de derecho escrito permitiría, gracias a la negociación social y a la responsabilidad individual, obtener resultados finalmente más satisfactorios para la colectividad".⁸

Una tercera idea se refiere al cuidado que el ejecutivo debe poner en que las disposiciones que promulga respeten el carácter sistemático del derecho. En este sentido, dado que la dispersión jurídica dificulta el conocimiento -y por ende el cumplimiento- del derecho, una buena sistematización mejora la posibilidad de que éste funcione adecuadamente. Rocard señala:

"ahí mismo donde el interés general justifica promulgar nuevas reglas, o la modificación de las existentes, la producción de normas jurídicas puede conducir a normas perjudiciales cuyos efectos se tengan que corregir: disposiciones superpuestas, que no se insertan de manera clara en las existentes; textos oscuros que suscitan toda clase de dificultades de interpretación y de aplicación; procedimientos inútilmente complejos que llevan en sí el germen de futuros contenciosos; disposiciones sin contenido normativo, cuyo lugar está en las exposiciones de motivos o de debates; el recurso a un lenguaje codificado propio de los iniciados, que dan a la administración y a los especialistas un monopolio de interpretación".⁹

Las directivas para la autovigilancia del gobierno que se desprenden de los señalamientos anteriores serían dos: a) no aumentar innecesariamente el cuadro normativo, esto es, que el ejecutivo debe evitar legislar salvo en aquellos casos en que la negociación u otra actividad del gobierno no puedan rendir mejores

resultados; b) favorecer el conocimiento y la legibilidad del derecho, esto es, desembarazarlo de dispersiones, confusiones y dificultades, y ayudar a convertirlo en un todo más coherente y ordenado.

Los problemas que tratan las últimas dos directivas están relacionados entre sí y ligados al problema de la justicia. En palabras de Fernando Vázquez Pando:

"[e]l exceso de legislación tiende a crear un estado de incertidumbre, en tanto dificulta el conocimiento del derecho objetivo y por lo tanto la sistematización del mismo. Pero el peligro principal deriva de la dificultad de observancia del derecho, que resulta necesariamente de tal estado de dispersión. Peligro que pasa a injusticia, si se recuerda que el sistema jurídico se presume conocido, y, por lo mismo, su ignorancia generalmente no excusa su incumplimiento".¹⁰

Las tres directivas generales que Rocard señala son especialmente relevantes en México. La primera -relativa al cuidado del ejecutivo en relación a las cuestiones de constitucionalidad- es muy importante para el sistema jurídico en su etapa actual. Para Jorge Barrera Graf, el principal problema que presenta el Estado de derecho en México es el desprecio en el cual el orden jurídico es tenido por el Poder Ejecutivo. Este desprecio se manifiesta principalmente en el aumento creciente de las leyes y reglamentos inconstitucionales (en opinión de ese autor), que provienen de la iniciativa del Ejecutivo. Al respecto dice:

"Hoy en día, el titular del Poder Ejecutivo se arroga, en violación de la Constitución de la República, facultades legislativas a través de supuestos reglamentos y de disposiciones de alcance general que las leyes delegan a autoridades administrativas y que dictan constantemente secretarías de Estado, comisiones administrativas, el Banco de México, etcétera".¹¹

La segunda y tercera directivas de Rocard -relativas a la necesidad de que el ejecutivo colabore en la disminución de la legislación y en su mayor

sistematización- también son importantes en México, dada la profusión legislativa, el creciente desorden normativo y la retórica que han impregnado las leyes mexicanas modernas. Al respecto Fernando Vázquez Pando nos dice que una de las últimas décadas:

"tal vez pase a la historia como uno de los periodos críticos de esa tendencia a la dispersión, la multiplicidad y especialidad de los ordenamientos jurídicos, en la que se pierden cada vez más las líneas directrices y los conceptos generales y que, por lo mismo, refleja una profunda crisis [del derecho mexicano] por su incapacidad de síntesis que en lo jurídico implica incapacidad de formulación de objetivos y valores generales y jerarquizados".¹²

A pesar de que la idea del autocontrol denote un acto voluntario, éste en última instancia sólo es posible si existe, por un lado, una amenaza efectiva de anulación (por los tribunales) de las leyes inconstitucionales promovidas por el ejecutivo, y por el otro, que se considere que de la sistematización legislativa deriva un beneficio político determinado.

Los tribunales constitucionales europeos

La preservación del Estado de derecho guarda una íntima relación con el control de la constitucionalidad desarrollado por el Poder Judicial. Este control ha asumido diversos nombres y formas en los diferentes sistemas jurídicos. Históricamente pueden encontrarse sus orígenes modernos en Inglaterra, bajo la forma de control judicial de los actos administrativos, y su plenitud en la revisión judicial (judicial review) desarrollada por el poder judicial en los Estados Unidos y por los tribunales constitucionales europeos que surgieron después de la Segunda Guerra

Mundial.

En términos generales, ese control consiste en la capacidad del poder judicial (ya sea de un solo "tribunal constitucional" o de todos los tribunales ordinarios) para anular los actos de los otros poderes (ya sean del ejecutivo o el legislativo) cuando considera que han sido realizados en violación de las disposiciones constitucionales. En México ese poder es ejercido por el Poder Judicial federal a través del juicio de amparo. Sin embargo, dicha facultad se encuentra significativamente limitada debido a temores históricos respecto a la función y fuerza que debe tener el Poder Judicial y a la manera como se estructura el juicio de amparo. En este apartado se analizará el impacto que ha tenido el control judicial de la constitucionalidad en algunos países, donde se ha ejercido sin las limitaciones prevalecientes en México. Estas experiencias ilustran el potencial reprimido que el Poder Judicial tiene en México.

El control judicial de la constitucionalidad de actos de autoridad ha sido visto por la doctrina constitucional como una de las formas más efectivas para garantizar el Estado de derecho. En un principio, el control judicial de la constitucionalidad parecía un dominio reservado a los juristas norteamericanos. En Europa, este control careció de relevancia durante mucho tiempo, debido a que la doctrina constitucional tradicional europea tomaba como punto de partida la soberanía del pueblo y sus representantes y no la supremacía de la Constitución, que en muchas ocasiones se consideraba de la misma jerarquía que las leyes ordinarias y por ello se reformaba a través de los mismos procedimientos. Los jueces no tenían poder para revisar la constitucionalidad de las leyes, que sólo podían ser modificadas por voluntad del legislativo.¹³

Sin embargo, desde principios de siglo, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes comenzó a ser defendida por una parte de los juristas europeos en la medida en que ganaba importancia el principio de la

supremacía de la Constitución, como expresión del Estado de derecho. Hans Kelsen, como muchos de sus colegas franceses y alemanes, argumentaba en las primeras décadas del siglo que si una Constitución había de tener algún significado, tenía que ser considerada superior a las leyes ordinarias, y que esta jerarquía debía defendida si el Estado de derecho (o Rechtsstaat) había de prevalecer.¹⁴ Sobre estas bases ha descansado la argumentación a favor de la creación de mecanismos judiciales que garanticen la supremacía de la Constitución por encima de cualquier acto que se desprenda de otra autoridad, sea legislativa o ejecutiva.

Sin embargo, la preocupación de que el Poder Judicial se coloque -gracias a sus facultades de control constitucional- por encima de los otros poderes ha sido una constante en la discusión teórica y sobre ella se ha erigido la oposición a la creación de mecanismos de control constitucional. La concentración de fuerza en el Poder Judicial ha generado oposición por varias razones. Por una parte, debido a que a través del control constitucional los jueces pueden ejercer influencia política, afectando la voluntad del legislador. Al respecto H.W. Ehrmann ha dicho:

"[I]a autoridad de un tribunal para declarar inconstitucionales las leyes y actos oficiales, es una práctica que arroja mucha luz sobre la amplia relación entre el derecho y la política. Es un acto judicial que da a los jueces una participación tan obvia en el diseño e implementación de políticas que donde prevalece es difícil pretender que los jueces solo aplican la ley".¹⁵

Siguiendo este razonamiento, los críticos han señalado el peligro de que los tribunales asuman como propias las funciones que corresponden a los órganos de elección popular (legislaturas y ejecutivos) dentro del esquema de división de poderes. Según esta postura, las únicas atribuciones legítimas del poder judicial son las relativas a la administración de justicia.

Por lo anterior, varios autores han visto con reticencia el ejemplo de los Estados Unidos donde, en su opinión, se había establecido un gobierno de jueces. Además, en ocasiones -como durante el gobierno de Franklin D. Roosevelt- la Suprema Corte se opuso tenazmente a los esfuerzos reformadores de los poderes elegidos democráticamente, lo cual hacía que el judicial fuese visto como el más conservador de todos.

Un gobierno de los jueces implicaba el riesgo de que el "aristocrático" poder judicial (depositado en unos pocos individuos y alejado por su naturaleza de los mecanismos directos de control social) pasara a ejercer las funciones de los órganos elegidos por la población para representarlos. Para los críticos del control constitucional, en un sistema democrático los jueces no pueden desempeñar la función de "guardias platónicos" iniciados en el arte del gobierno.¹⁶

Una buena forma de evaluar la controversia entre los defensores y los atacantes del papel del Poder Judicial dentro de las democracias la proporciona el análisis de las experiencias de los tribunales constitucionales europeos en las últimas décadas. Esa experiencia muestra que la postura tradicional de los juristas que mantienen la creencia en la separación tajante entre procesos jurídicos y procesos políticos resulta artificial y obscurece el gran impacto de los tribunales en la vida pública.

El primer ejemplo histórico de una jurisdicción especial que tuvo a su cargo decidir controversias constitucionales fue el tribunal constitucional austriaco, diseñado por el influyente jurista Hans Kelsen. Si bien la llegada del nazismo interrumpió el experimento, dicho tribunal estableció el modelo europeo de revisión constitucional.

El modelo austriaco consistió básicamente en la creación de una institución judicial, integrada por magistrados dotados de garantías judiciales para asegurar su independencia, y especializada en la resolución de controversias de carácter

constitucional. Dicho tribunal era el único organismo judicial facultado para revisar los actos de los otros poderes (leyes, decretos, etcétera), con el objeto de determinar su congruencia con los preceptos constitucionales. Las facultades podían ejercerse de manera "concreta" o de manera "abstracta", dependiendo de si la declaración de inconstitucionalidad sólo podía hacerse en el contexto de un asunto específico o si podía darse en la ausencia de un caso o controversia presente que estimulara su ejercicio.¹⁷

Después de la Segunda Guerra Mundial surgieron en Europa otros tribunales constitucionales que siguieron el modelo austriaco, si bien su creación buscaba responder a necesidades nuevas y específicas. Los nuevos tribunales debían constituir un bastión contra el resurgimiento del autoritarismo y una defensa de los derechos de los gobernados frente a los actos de las autoridades. Al mismo tiempo, los nuevos tribunales constitucionales debían resolver las controversias que se plantearan entre los diversos órganos constitucionales.

En el caso de Francia, la creación del Consejo Constitucional se debió al propósito de los políticos gaullistas de vigilar el cumplimiento de las limitaciones constitucionales del Parlamento. Sin embargo, después de un periodo relativamente pasivo, a partir de 1971 el Consejo Constitucional ha venido desempeñando un papel cada vez más destacado.

Actualmente la Comunidad Europea, Francia, Alemania, Italia, Grecia, Portugal, España, Suecia y, más recientemente, Rusia, cuentan con tribunales constitucionales encargados de ejercer, con diferencias y matices locales, el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

A través del control judicial de la constitucionalidad, se el poder judicial puede influir profundamente en la vida de una nación. Su sola presencia induce a los demás actores en el escenario político a confrontar la legitimidad de las acciones que se proponen realizar. En este sentido la existencia de la revisión

constitucional en Francia y Alemania, por ejemplo, ha venido a transformar la conducta y actividad de los políticos, haciéndola más consciente de la necesidad de apegarse al derecho. De acuerdo con Stone

"[l]a toma de decisiones (formulación e implantación de políticas) se ha juridizado en la medida en que las decisiones de las cortes, la autoridad pedagógica de su jurisprudencia anterior y la amenaza de sus futuras decisiones alteran los resultados del proceso legislativo".¹⁸

En sentido inverso, la mayor influencia de los tribunales constitucionales ha generado también su creciente politización, en el sentido de que cada vez un mayor número de nombramientos de sus integrantes obedecen a razones políticas y a que recaen en mayor medida en políticos. Sin embargo, Alemania, entre otros países, ha podido escapar en alguna medida a esa tendencia debido a que los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional federal son muy estrictos y ponen énfasis en la experiencia y los conocimientos jurídicos del candidato. En ese sentido, efectivamente, la creación de un tribunal constitucional ha llevado a la politización de la justicia.

Esta mayor politización no ha sido necesariamente negativa. Por una parte, no ha surgido una percepción pública significativa en el sentido de que dichos tribunales desempeñen un papel negativo en el sistema político.¹⁹ En Alemania y España, países ambos con antecedentes autoritarios, es difícil que los tribunales constitucionales sean objeto de ataques, dada la amplia labor que realizan para defender los derechos humanos y la percepción popular de que dicha defensa pueden ejercerla mejor los tribunales que las legislaturas.

Por otra parte, la forma en que los tribunales constitucionales europeos se han politizado ha sido en mayor medida producto de la negociación entre facciones políticas para el nombramiento de nuevos magistrados. Esta última forma de politización no es negativa. Por el contrario, ha sido tradicionalmente una

de las formas en las que se evita que el poder judicial quede aislado de la opinión pública y por las que se genera un control democrático indirecto del poder judicial.²⁰

Cabe decir que el control de la constitucionalidad sigue sin ser, incluso en los países donde es más activo, la función preponderante del poder judicial. La mayor parte de la labor de los tribunales carece de relevancia política. En ese sentido, la profecía de un poder judicial exclusivamente dedicado a la política no se ha cumplido en los tribunales europeos.

Uno de los elementos que ha evitado que los tribunales desarrollen un papel preponderantemente político, a pesar de que sus facultades de revisión constitucional podrían darles esa capacidad, ha sido el hecho de que los jueces han sabido ejercer prudentemente sus facultades y en muchas ocasiones evitan intervenir en cuestiones manifiestamente políticas, cuando consideran que la Constitución no autoriza su participación. La prudencia de los magistrados no es gratuita, sino que es resultado del funcionamiento de los contrapesos institucionales que la división de poderes le marca al poder judicial.²¹

La experiencia de los tribunales constitucionales europeos muestra que el peligro de la politización del poder judicial es cierto pero menor. Más aún, es un riesgo que, por las ventajas que genera, vale la pena asumir. Evitar que el poder judicial desempeñe un papel destacado en el control de la constitucionalidad debido al riesgo de su politización y a la posible invasión de las facultades de otros poderes, significa desconocer que los controles institucionales que la división de poderes ha establecido pueden resolver esos riesgos sin eliminar las ventajas.

La revisión constitucional en la transición a un Estado de derecho: la ex-Unión Soviética

Hasta diciembre de 1989, el control judicial de la constitucionalidad no había existido en la Unión Soviética. En esa fecha, el Congreso de los Diputados del Pueblo aprobó una ley que creó el "Comité de Vigilancia Constitucional", que recibió la facultad de declarar como inconstitucionales las disposiciones obligatorias emitidas por otros órganos políticos. Por primera vez tuvieron los jueces de la Unión Soviética el poder de emitir resoluciones sobre la inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad.

En el corto tiempo en que se han sucedido, las decisiones del Comité han ido tocando aspectos importantes de la vida del país, como los permisos de residencia, los derechos de los sindicatos, etcétera. El primer fallo del Comité fue revelador del papel que asumió en la transición soviética. De acuerdo con William Kitchen "[e]n septiembre de 1990 el Comité tomó su primera y trascendental resolución. Declaró un decreto presidencial como violatorio de los derechos humanos y lo suspendió inmediatamente".²² La importancia de la decisión del Comité queda de manifiesto cuando se revisa su contenido específico. Se refería a un decreto del presidente Gorbachov que transfería la facultad de regular las manifestaciones públicas en Moscú, del Consejo de la Ciudad de Moscú al Consejo de Ministros. "El efecto de este decreto era prohibir las manifestaciones públicas en Moscú".²³ Por lo anterior, el Comité declaró que violaba los derechos humanos y lo suspendió. La acción del Comité puso de manifiesto el valioso papel que puede desarrollar un tribunal constitucional como contrapeso al poder del ejecutivo en un régimen autoritario.

INSTRUMENTOS PARA EL MEJORAMIENTO DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PARTICULARES

Una preocupación permanente en la impartición de justicia ha sido la búsqueda de mecanismos para volver menos lentos y más justos los procedimientos seguidos ante los tribunales. La deficiencia de los mecanismos existentes ha traído como resultado que muchos agraviados prefieran llegar a arreglos notablemente desfavorables en lugar de someter sus conflictos civiles y mercantiles a procesos cuyos resultados dependen más de la habilidad de las partes que de la razón que las asiste.

Si bien el problema del acceso a la justicia es experimentado especialmente por los particulares con recursos reducidos, también es resentido por los litigantes que disponen de ellos. Si los procedimientos se prestan a ser alargados y no confieren certidumbre a los particulares, si los tribunales actúan con lentitud, poco importan los recursos de las partes, ya que, a final de cuentas, no serían suficientes para comprar un sistema de administración de justicia más eficiente, seguro y justo.

Entre las varias alternativas que persiguen resolver esos problemas, se observa una tendencia a nivel mundial hacia la institucionalización de formas privadas de la justicia, como el arbitraje, cada vez más frecuente en cuestiones comerciales. El arbitraje parece constituir una solución que se adapta a las necesidades especiales del comercio, que parece requerir de mecanismos menos contenciosos y lentos que los judiciales. En los Estados Unidos, por ejemplo, el arbitraje comercial ha florecido con gran fuerza. Por otra parte, formas menos ortodoxas de arbitraje en cuestiones comerciales y de inversiones extranjeras han surgido en el mundo como respuesta a la nueva configuración de la economía internacional. En estas últimas formas de arbitraje, el hecho de que una de las

partes sea un Estado soberano y la otra un particular parece estar abriendo nuevas posibilidades a las formas de justicia privada. El arbitraje internacional disminuye los amplios márgenes de discrecionalidad administrativa e influencia política que tienen lugar -o pueden tener lugar- en los órganos locales de justicia y genera seguridad para los inversionistas y los comerciantes.

El éxito relativo de esas alternativas para resolver cierto tipo de controversias debe evaluarse, sin embargo, frente al hecho de que muchas personas no tienen acceso efectivo a estos medios debido a los costos implican. A lo anterior debe añadirse que el arbitraje comercial no es todavía -y probablemente no vaya a llegar a serlo- la alternativa preponderante de los comerciantes. Los tribunales civiles siguen siendo la vía más importante para la resolución de conflictos comerciales. Por esa razón, mejorar el funcionamiento de los tribunales ordinarios sigue siendo la política que mayor influencia puede tener para garantizar un efectivo acceso a la justicia. La experiencia alemana del "modelo Stuttgart" -que se describe más adelante- representa una alternativa internacional que ha probado, en diversas evaluaciones, ser capaz de eliminar en gran medida la lentitud del proceso civil y al mismo tiempo garantizar resultados justos. Se toma el modelo -dentro de varias alternativas- debido a que surgió en un país que comparte la tradición jurídica mexicana.

Cualquier cambio que pretenda volver más eficientes los tribunales ordinarios debe también resolver agudos problemas estructurales de la concepción y de la práctica del sistema judicial mexicano. Una alternativa válida para economizar recursos y volver más eficiente el funcionamiento de los tribunales es introducir la figura del auxiliar de la justicia o Rechtspfleger del sistema alemán, misma que se tratará un poco más adelante. La adopción de esta figura implicaría una organización interna nueva de los mecanismos judiciales, que tomaría como punto de partida la distinción entre las labores propiamente

judiciales y aquellas de carácter más administrativo.

Privatización e internacionalización de la justicia: el arbitraje

El arbitraje es cada vez más una forma de solución de controversias comerciales, tanto a nivel nacional como internacional. La aceptación creciente del arbitraje comercial se ha basado en la consolidación de instituciones arbitrales que generalmente se encuadran en las Cámaras de Comercio. Entre las instituciones internacionales destacan el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. En México operan la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y la Sección Mexicana de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, para resolver controversias nacionales e internacionales respectivamente.

El arbitraje responde a la necesidad que tienen los comerciantes de resolver sus conflictos de manera menos antagónica que la ofrecida por las instituciones judiciales. Ante todo, a un comerciante le interesa que la controversia se resuelva en un ambiente menos propenso a generar oposición y animadversión entre las partes y más propicio a la negociación, debido a que en muchas ocasiones el demandante va a seguir haciendo negocios con su adversario. La vía judicial -con el sesgo implícito que genera el terminar el conflicto con un perdedor y un ganador- no ofrece un ambiente ideal para los comerciantes.

Más ampliamente, las ventajas del arbitraje privado, según Luis M. Díaz, son las siguientes: a) alivia la carga de trabajo de los tribunales judiciales; b) fortalece la cohesión de la sociedad civil al permitirle resolver sus controversias sobre condiciones propias; c) exime a las partes de entrar en incómodos pleitos

judiciales; d) resuelve los conflictos con mayor celeridad; e) permite prever anticipadamente el costo de la solución del conflicto; f) genera resoluciones dictadas por especialistas; g) proporciona imparcialidad, entendida como fruto de la confianza en los árbitros; h) humaniza a la justicia, dado que el ambiente informal y simple del arbitraje tiene ese impacto psicológico favorable.²⁴ Alexander Hoagland señala que en la esfera comercial internacional, el arbitraje ha probado ser superior a los tribunales judiciales. Asimismo, apunta que una de las ventajas del arbitraje consiste en que el 90% de los laudos arbitrales internacionales son acatados voluntariamente, esto es, sin necesidad de acudir a la ejecución forzosa.

A pesar de lo anterior, cabe hacer referencia a ciertos aspectos del arbitraje que han sido criticados. Se ha señalado que la celeridad de sus procedimientos puede ser perjudicial al no permitir un análisis concienzudo del conflicto; que el hecho de que se pueda determinar de antemano el costo de resolverlo no implica que el arbitraje sea más barato que los mecanismos judiciales, especialmente si una de las partes carece de recursos; y que para algunos participantes la informalidad del arbitraje se compara desfavorablemente con el ambiente más simbólico y respetuoso de los organismos judiciales, que parecen generar mayor confianza en las sentencias.²⁵

En México se ha observado un reducido dinamismo del arbitraje nacional. Durante 1989 sólo se atendieron cuatro casos por la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Esto contrasta con la situación en los Estados Unidos, donde la American Arbitration Association -la institución arbitral más activa del mundo- atendió 55,520 casos de arbitraje entre particulares en el mismo año.²⁶ La actividad de esta institución puede servir como ejemplo para volver más dinámica la solución de controversias comerciales en México.

Dos instituciones arbitrales esenciales para un país en proceso de

modernización son el arbitraje en materia de inversión extranjera y sobre cuestiones de competencia desleal en el comercio. Un aspecto esencialmente interesante de este tipo de arbitraje es, además, que involucra controversias entre Estados y particulares. Desde 1966, por ejemplo, existe el denominado Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), bajo los auspicios del Banco Mundial. El CIADI resuelve conflictos de naturaleza jurídica entre un particular, nacional de un Estado que haya suscrito el Convenio del CIADI y un Estado, donde el primero haya realizado una inversión, que también haya firmado el Convenio. Si tanto el Estado como el particular están de acuerdo, pueden someter esa controversia al CIADI.

Los laudos del CIADI no pueden ser apelados o recurridos y deben ser obedecidos y ejecutados por el Estado firmante. El atractivo de este organismo para los inversionistas es evidente. A través de él aseguran un recurso imparcial que impida que el Estado afecte sus inversiones injustificadamente y se apoye luego en los tribunales locales. El CIADI ha sido visto como un instrumento que genera mayor seguridad y que vuelve más atractiva la inversión en los países que reconocen a tal organismo. Sin embargo, la tradición jurídica mexicana parece ser contraria a la utilización de estos mecanismos. De acuerdo con Luis M. Díaz, a pesar de que

"[c]erca de un centenar de países son parte del CIADI. México [...] en esta materia refleja una posición tradicionalmente latinoamericana, [y] todavía no es parte del CIADI, porque ha considerado que el arbitraje internacional es violatorio de la Cláusula Calvo inserta en el Artículo 27 Constitucional".²⁷

Otro mecanismo, similar al arbitraje, es el de paneles bilaterales para la revisión de resoluciones administrativas de un Estado que afectan a los exportadores del otro país, cuando se les atribuye la realización de prácticas comerciales desleales (dumping). Este mecanismo ya se encuentra en vigor entre

los Estados Unidos y Canadá, y ha sido descrito con mayor amplitud en otro libro de esta misma serie.²⁸ Hasta la fecha la evaluación de los participantes sobre el funcionamiento de estos mecanismos ha sido favorable.²⁹

En resumen, como señala Luis M. Díaz, para México

"el uso generalizado del arbitraje para dirimir conflictos entre particulares o entre éstos y el gobierno, se asoma como una actividad necesaria para el futuro, paralela a la modernización e integración económica del país al resto de los mercados mundiales".³⁰

Simplificación y mejoramiento de los procedimientos ante los tribunales de primera instancia: el modelo Stuttgart

El "modelo Stuttgart" representa la respuesta de los países de la tradición jurídica romano-germánica para agilizar los procedimientos judiciales, que generalmente son menos simples y expeditos que los seguidos ante los tribunales de la tradición angloamericana.

El modelo Stuttgart (ciudad del sur de Alemania) se originó como una propuesta para volver más eficiente el proceso civil. Ciertos aspectos se adoptaron sólo en algunos tribunales y posteriormente, en la medida en que el modelo generaba mayor aceptación, se difundió hacia otros tribunales. En las evaluaciones empíricas que se han hecho sobre la institución, los tribunales que utilizan el modelo Stuttgart resuelven las controversias en un menor tiempo (es decir, abaten la lentitud de los procedimientos) y sus sentencias son apeladas en un menor número de casos (es decir, resuelven con mayor justicia). De acuerdo con Earl Johnson Jr. el modelo

"induce un porcentaje más alto de acuerdos y termina los casos dentro de tres meses, con rapidez tres o cuatro veces mayor que los procedimientos tradicionales. Más aún, sólo un 7 por ciento de los casos resueltos por los tribunales que aplican el modelo Stuttgart duraron más de un año, en contraste con el 33 por ciento de los casos en tribunales que utilizaron procedimientos ordinarios".³¹

El modelo Stuttgart tiene como objetivo fundamental reducir el número y la duración de las diversas audiencias, pasos procedimentales y otras fuentes de tardanza judicial. En este sentido, consiste en un procedimiento civil simplificado. Básicamente consta de dos etapas: la de instrucción y la resolutive.³²

En todo procedimiento judicial existe una llamada "etapa de instrucción" que consiste en que las partes van aportando los elementos necesarios y relevantes para que el juez pueda emitir su fallo. Dicha etapa generalmente es tardada e implica muchas horas de trabajo, debido a que el juez tiene que ir emitiendo un acuerdo respecto de cada una de las promociones que le ofrecen las partes. Además, dichos acuerdos no surten efectos hasta que se publican en la lista de los juzgados, y no se puede proceder a la audiencia hasta que el juez no haya acordado todas y cada una de las promociones. En México, como ya se mencionó en un capítulo anterior, se pueden impugnar estos acuerdos a través del juicio de amparo, en primera y segunda instancias, lo cual genera mayor tardanza y complejidad en esta primera etapa.

El procedimiento del modelo Stuttgart precisamente busca simplificar y reducir los costos de tiempo de la etapa de trámite del juicio. En esa etapa, en lugar de tener un juez activo que acuerde cada una de las promociones, el procedimiento dependerá exclusivamente de las partes, quienes irán aportando los elementos de su defensa dentro de un lapso relativamente corto (un mes). Dicho lapso sólo puede ser prolongado por acuerdo de las partes cuando ambas consideren que se justifica extenderlo. Dado que el demandante es el primer

interesado en que el proceso termine con rapidez, el procedimiento Stuttgart le da a éste la facultad de decidir, en principio, si se concede o no la extensión de tiempo. Así pues, las reglas están diseñadas para que resulte conveniente sujetarse a los plazos establecidos.

Una vez que se han reunido todos los elementos aportados por las partes, el juez procede a acordar lo conducente: a) selecciona las promociones que considera relevantes en el conflicto; b) ordena a un auxiliar de la justicia (ver la siguiente sección) la tramitación y desahogo de pruebas, citando a testigos, partes, peritos, etcétera; c) señala hora y fecha para la celebración de la audiencia; y d) elabora un bosquejo de sentencia donde señala su visión preliminar del asunto y de cómo puede resolverse en vista de los elementos con que cuenta.

Las ventajas que presenta el procedimiento Stuttgart al concentrar en un solo acto la participación del juez durante la etapa de trámite, además de la ya referida mayor celeridad del proceso, es que le permite tener una visión global del conflicto y no, como suele suceder, fragmentos entre los cuales se puede perder el meollo de la cuestión debatida. Lo anterior ayuda, además, a realizar una depuración previa de la información y los elementos relevantes, lo que simplifica posteriormente la elaboración de la sentencia definitiva. En el caso de México esta depuración no tiene lugar sino hasta el momento en que el juez se encuentra proyectando la resolución definitiva, y no es, hasta ese momento, en que el juez constata la irrelevancia de muchos elementos que ya han dilatado el procedimiento. Más específicamente, la elaboración de un proyecto de sentencia donde se plasma una visión global preliminar genera dos ventajas muy importantes. Por una parte, permite que las partes refuercen sus argumentos, y por otra, da al juez la oportunidad de percibir y rectificar los errores que las partes le pueden señalar antes de que dicte la resolución definitiva. Esto puede explicar,

en parte, la mayor calidad de las resoluciones dictadas en este procedimiento y el hecho de que se apelen en menos casos.

La segunda etapa, llamada "resolutiva", coincide, en gran medida, con lo que se conoce en México como la audiencia del juicio. Es decir, es la etapa en donde se desahogan las pruebas, se formulan los alegatos de las partes y se pasa el expediente para sentencia. Las diferencias, sin embargo, son muy interesantes. Por una parte, la presencia del juez y de las partes es imprescindible, mientras que en México el juez, no obstante que legalmente es quien preside la audiencia, en la práctica muy raras veces se encuentra presente en la misma. En México, las partes no tienen la obligación legal de estar presentes y en la práctica sólo algunas veces acuden.

En los procedimientos alemanes que siguen el modelo Stuttgart, los jueces desarrollan una amplia participación en la audiencia: dirigen los interrogatorios, dialogan con las partes, revisan las pruebas documentales, etcétera. El contacto con las partes, los testigos y los peritos, le permite al juez un mayor acercamiento a la realidad y hace que el conflicto pierda la impersonalidad que muestra en el expediente escrito.

Cabe destacar de qué manera el modelo Stuttgart ha conjugado principios de dos sistemas procesales: el escrito y el oral. Quienes idearon dicho modelo tuvieron en cuenta los beneficios de ambos sistemas. En la práctica, los principios generales del sistema escrito no mostraron ser muy eficaces en la última etapa, por lo impersonal que se vuelve el conflicto y por lo importantes que, en un momento dado, llegan a ser las apreciaciones directas del juez.

Existe al menos un elemento del modelo que puede hacerlo difícil de aplicar en México, y es que depende de jueces activos y muy bien capacitados. Es necesario considerar que este tipo de ejemplos internacionales implican cambiar la dependencia que el proceso civil mexicano tiene de los litigantes y el relativo

abandono en que ha colocado a los jueces. Para obtener buenos resultados de este tipo de procedimientos es necesario contar con jueces mejor preparados para desarrollar eficazmente una actitud activa durante el proceso.

Distribución más eficiente de las tareas en el área judicial: el Rechtspfleger³³

A nivel internacional han aparecido varias alternativas institucionales que persiguen economizar los recursos destinados al Poder Judicial mediante la promoción de la especialización del personal que se dedica a diversas labores dentro de los tribunales. Tales son, por ejemplo, la posición del "US Magistrate", establecida por los tribunales federales en los Estados Unidos para absorber ciertas funciones de menor responsabilidad, normalmente desempeñadas por los jueces de distrito. Similar es la institución del Rechtspfleger (término que en español puede traducirse de manera no literal como "auxiliar de la justicia") con la que Alemania pudo lograr reducciones significativas en el costo de la resolución judicial de ciertos asuntos. En este apartado se analizará tal alternativa y sobre todo sus implicaciones para la función judicial.

La institución del Rechtspfleger alemán persigue volver más eficiente resolución de los conflictos que tradicionalmente se plantean ante los tribunales civiles. Esta institución es el resultado de la paulatina transformación de los secretarios de los juzgados en funcionarios más especializados e independientes, que ya no sólo auxilian a los jueces en sus tareas sino que constituyen oficinas separadas con responsabilidades diferentes a las de éstos.

La estrategia en que se apoya la institución del Rechtspfleger busca reducir los costos judiciales a través del empleo de personal especializado que se puede utilizar efectivamente para realizar algunas de las tareas de menor complejidad,

normalmente asignadas a los jueces. Los encargados de la función operan en una oficina dentro de los juzgados civiles. El personal gubernamental que desempeña la función de Rechtspfleger tiene un nivel de estudios jurídicos inferior al de los jueces pero, en general, una mayor especialización en las materias muy específicas en que interviene. Normalmente realiza estudios en escuelas comerciales durante aproximadamente seis meses, frecuentemente interrumpidos por periodos de capacitación y práctica.

Los asuntos que no requieren la resolución de un conflicto ni la toma de decisiones discrecionales o delicadas, son asignados al Rechtspfleger. Hay, sin embargo, un grupo de actividades que implican cierto grado de discrecionalidad pero que han sido provechosamente remitidas a este funcionario, como la administración de la oficialía de partes de los tribunales, de ciertos procedimientos ejecutivos civiles (tan ampliamente utilizados en Alemania como el juicio ejecutivo mercantil en México), la ejecución de sentencias y las subastas. Las funciones anteriores fueron depositadas en órganos judiciales ajenos al juez debido a que, aun cuando implican cierta capacidad de decisión, están sujetas a normas que reducen la discrecionalidad del Rechtspfleger, sin disminuir las ventajas de su especialización. Por tradición, debido a generalmente desprecian este tipo de trabajo por considerarlo poco estimulante desde el punto de vista intelectual, los jueces no le dedican la suficiente atención y sus resultados son menos buenos que los de los auxiliares especializados.

Por otra parte, el Rechtspfleger actúa como especialista en una serie de actividades judiciales que no son de naturaleza contenciosa, tales como encargarse del Registro Público de la Propiedad, concursos, quiebras y acuerdos de acreedores, asuntos de tutela y sucesiones. En estas áreas, por las razones anotadas en el párrafo anterior respecto a la participación generalmente deficiente de los jueces, el trabajo del Rechtspfleger como especialista ha probado ser de

gran ayuda para los tribunales alemanes para lograr mayor eficiencia en la realización de esas tareas.

La principal aportación del Rechtspfleger, como de otras instituciones similares, es que representa un cambio significativo en la forma en que los sistemas jurídicos han asignado tradicionalmente sus responsabilidades a la maquinaria judicial. La idea central es que dado que no todas las funciones desempeñadas por los tribunales -y ni siquiera la mayoría de ellas- requieren los amplios conocimientos y la capacidad intelectual que deben caracterizar a los jueces, tales funciones pueden efectivamente ser depositadas en otras instituciones judiciales o parajudiciales construidas sobre principios y recursos humanos diferentes.

Los principios que rigen este tipo de modelos institucionales pueden ser ampliamente recuperados por el sistema jurídico mexicano, donde prevalece la visión tradicional respecto a las funciones de los juzgados, sobre todo en las jurisdicciones locales, y donde son muy necesarias las medidas capaces de reducir el rezago judicial y mejorar la eficiencia de los órganos de la justicia.

Algunos asuntos sencillos de los que actualmente se hacen cargo los tribunales, como los llamados de "jurisdicción voluntaria", pueden ser los primeros candidatos para trasladarse a funcionarios diferentes de los jueces. En la selección de las tareas que no pueden ser efectivamente asignadas a funcionarios con menor formación profesional y mayor especialización, dos factores deben jugar un papel fundamental: a) que se trate de asuntos significativamente contenciosos, es decir, que involucren un conflicto entre dos partes; y b) que se trata de asuntos en los que la autoridad debe ejercer en grado importante su capacidad discrecional. Pero los demás casos se verían beneficiados de la mayor eficiencia que puede surgir de instituciones como el Rechtspfleger.

EFFECTIVIDAD Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PROCURACION DE JUSTICIA

En este apartado se tratarán experiencias internacionales relacionadas con dos problemas de la justicia penal y la procuración de justicia. El primero se refiere a la necesidad de contar con instrumentos más adecuados para el tratamiento de la delincuencia menor. El segundo trata de las condiciones necesarias para tener organismos policiacos más eficaces y respetuosos de los derechos humanos.

En el capítulo sobre a la justicia penal en México se hizo referencia al aspecto de cómo las leyes penales y los mecanismos judiciales con los que se ataca la delincuencia menor en nuestro país, generan un castigo excesivo que se aplica generalmente a los más pobres. Lo anterior, se señaló, genera un problema conexo de sobresaturación de los tribunales penales y de las instituciones penitenciarias.

En esta sección se aborda el análisis de una institución alemana que puede servir de modelo para atacar ambos problemas. El "mediador" (Schiedsmann) constituye una institución que ha probado su efectividad para descargar a la administración de justicia del peso que implica perseguir la delincuencia menor. Además, el mecanismo de su funcionamiento resulta mucho más económico y humano en el tratamiento de estos problemas, dado que busca la conciliación y no la aplicación mecánica de normas sancionatorias.

En relación con el segundo problema, a nivel internacional se ha hecho referencia constante a las difíciles tensiones que se presentan en el organismo policiaco. El problema principal surge de la tensión entre la necesidad de garantizar independencia y unidad corporativa a la policía, por una parte, y la conveniencia de crear mecanismos de control social que aseguren que la policía

no abuse de sus prerrogativas.

La respuesta al dilema entre control y eficiencia es compleja y existen experiencias de diversas sociedades que pueden resultar ilustrativas. En consecuencia, se describe someramente el sistema de frenos y contrapesos organizacionales establecido por los ingleses, los diversos sistemas de profesionalización policiaca de las democracias occidentales, el establecimiento de canales de comunicación y cooperación utilizados por los suecos y la transición a una policía democrática emprendida por los españoles.

En referencia al ombudsman debe señalarse que si bien se ha considerado como alternativa destacada para la defensa de los derechos humanos, este tipo de organismo ya está bien representado en México por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Al respecto quizá valdría señalar algunas limitaciones y fortalezas del ombudsman que se han advertido internacionalmente, para poder evaluar mejor la función de esta Comisión. Una de las principales limitaciones de estas instituciones es que establecen una distancia entre la sociedad y la policía, ya que generalmente son vistas por esta última como organismos que ignoran sus realidades y necesidades y que sólo buscan perjudicar al organismo policiaco. En este sentido sus recomendaciones tenderán a no ser aceptadas o a ser desatendidas por esta corporación. Por esas razones, en otros países este tipo de ombudsman ha tenido una actividad reducida.³⁴

Mauro Cappelletti señala una limitación adicional que consiste en que el ombudsman interviene antes de que un caso llegue a ser objeto de un proceso; por lo tanto, sólo tiene un impacto indirecto en la solución final. En palabras suyas: la "función primordial [del ombudsman] tiene lugar antes del litigio y fuera de los tribunales; [lo que lo convierte en] un mediador ... entre individuos o grupos y el 'poder' gobernante". Cappelletti también señala la que podría ser la principal ventaja del ombudsman y su verdadera función. Esta institución proporciona

"un foro para los agravios de personas que no tienen la capacidad de superar las barreras psicológicas, financieras, legales y otras de acudir a los tribunales. De esta manera, el gran potencial del ombudsman es eliminar, o al menos reducir, los sentimientos difundidos en el público de aislamiento, alienación e impotencia ante la maquinaria burocrática del Estado moderno".³⁵

La solución de conflictos penales a través de la conciliación: el Schiedsmann³⁶

La conciliación representa una manera diferente de resolver conflictos. Se aparta fundamentalmente del principio conforme al cual en todo litigio debe haber un ganador y un perdedor. El dogma judicial tradicional encuentra fundamentación en la idea de que hay un interés público en que todo asunto se resuelva estrictamente conforme a las reglas preestablecidas, ya que éstas tutelan implícitamente los valores del orden jurídico.

Sin embargo, muchos individuos prefieren la conciliación en lugar de la solución contenciosa, lo que quiere decir que muchos conflictos no se solucionan ante los tribunales sino en la negociación de las partes. Tradicionalmente no se ha pensado que una función del gobierno sea crear vías que faciliten estos arreglos, si en todo caso se protege el interés público. Sin embargo, las instituciones jurídicas modernas han establecido cada vez mayor número de procedimientos e instituciones que recurren fundamentalmente a los métodos conciliatorios para resolver conflictos. Estos se han aplicado en áreas de la labor judicial donde las soluciones tradicionales parecen ser menos adecuadas, debido a que es menos intenso el interés público en el cumplimiento estricto de las normas; o en los casos que, al ser considerados de escasa importancia por los tribunales ordinarios, se resuelven mediante la aplicación automática de las normas, por lo que podrían ser

mejor atendidos a través de los mecanismos conciliatorios.

La institución del Schiedsmann alemán consiste en un mecanismo descentralizado de mediación para asuntos penales y civiles de menor importancia, especialmente aquéllos que se caracterizan por una fuerte relación interpersonal entre las partes. Es una institución pública que, sin embargo, no se localiza dentro del Poder Judicial.

El vocablo "Schiedsmann" se utiliza para designar tanto a la institución como a su personal y significa "mediador" en español. Ciertos asuntos penales le son remitidos automáticamente y algunos casos civiles lo son sólo por acuerdo de las partes. Las materias penales que llegan automáticamente a su conocimiento son aquellas que se refieren a la alteración de la paz pública, a los actos de violencia interpersonal intencionales o no que, sin embargo, son de menor gravedad, a la divulgación de datos confidenciales o a las injurias.

El personal que se convierte en Schiedsmann es escogido para desempeñar sus funciones durante 5 años por los órganos municipales y está sujeto a la aprobación de un tribunal, el cual también supervisa sus actividades. Un requisito importante para ocupar el puesto es residir en la comunidad en la que va a ejercer sus funciones (la cual en general no debe exceder los 8,000 habitantes para evitar que el Schiedsmann pierda contacto con su comunidad).

No se requiere que la persona nombrada tenga ningún antecedente académico o profesional específico. El Schiedsmann trabaja voluntariamente y sin remuneración. Los procedimientos de conciliación tienen lugar en la residencia del mediador con la asistencia de las dos partes. No se permite la representación de las partes, si bien éstas pueden hacerse acompañar por asesores que pueden ser retirados si el mediador lo considera conveniente. El Schiedsmann recibe testigos y peritos si éstos comparecen voluntariamente. El objetivo buscado a través de los procedimientos es lograr un acuerdo entre las partes. Una vez que se llega a este

acuerdo existe la posibilidad de hacerlo ejecutar judicialmente. Por las razones anteriores, el costo de proporcionar esos servicios es mínimo y si bien el porcentaje de conflictos resueltos es bajo (respecto al los que conoce), los resultados siguen siendo positivos.

La institución del Schiedsmann genera un impacto favorable en la disminución del volumen de casos relativamente sencillos que tienen que tener que examinar los tribunales, pero además produce resultados notables en términos de la percepción positiva que tienen los involucrados de sus métodos de actuación.

El ambiente que rodea a los procedimientos ante el mediador es significativamente diferente del que predomina en los tribunales. Mientras en estos últimos prevalece la adversariedad entre los litigantes, ante el Schiedsmann se utiliza fundamentalmente un esquema conciliatorio. Otro aspecto donde el Schiedsmann presenta una ventaja significativa respecto al procedimiento ordinario es el hecho de que los conflictos no son manejados como un asunto jurídico subordinado a reglas preestablecidas, sino como asuntos susceptibles de ser resueltos mediante reglas convenidas por las partes, de acuerdo con su propia visión del problema y de las posibilidades de solución. El énfasis jurídico en el pasado (esto es, las circunstancias en que ocurrió el conflicto) es substituido por un énfasis en las condiciones necesarias para garantizar la convivencia armoniosa entre las partes en el futuro (ya que las partes son las que llegan al acuerdo). La relativa ausencia de abogados litigantes es un factor determinante en lo anterior, ya que su intervención frecuentemente tiende a polarizar los asuntos. Ese mismo factor hace que este tipo de mecanismos permitan un mayor acceso a la justicia, sobre todo en el caso de individuos inculcados de delitos menores que generalmente cuentan con escasos recursos y no pueden emplear abogados litigantes.

Se ha observado que los jueces tienden a darle poca atención a los asuntos penales menores para no quitarle tiempo a asuntos de mayor importancia. Lo único que buscan es establecer ciertos hechos para la procedencia de una acción jurídica y llegar a una decisión en la cual las opciones sean reducidas. En estos casos el juez generalmente tomará cinco o diez minutos para reunir la información necesaria y decidir. Dado que sus costos son menores, y que no sacrifica la atención de otros asuntos, el Schiedsmann dedica más tiempo al análisis del conflicto (unas dos o tres horas) y llega por lo mismo generalmente a conclusiones más justas.

Un aspecto interesante del Schiedsmann cuando se le ve desde la perspectiva mexicana es que resuelve conflictos penales, los cuales corresponden generalmente a los tribunales locales en nuestro país. Una institución mexicana que tiene raíces similares al Schiedsmann alemán es la "justicia de paz", que también se inspira en el modelo francés de 1790. Sin embargo, las dos instituciones son, hoy día, fundamentalmente diferentes. Los jueces de paz mexicanos resuelven esencialmente disputas civiles y mercantiles, no provienen de las comunidades, reciben remuneraciones por su trabajo y resuelven los asuntos mediante una sentencia, no a través de un acuerdo entre las partes. El énfasis del Schiedsmann en la mediación sólo tiene un paralelo mexicano significativo en los procedimientos de la Procuraduría Federal del Consumidor. Los principios en que se basa la institución del Schiedsmann pueden constituir una alternativa especialmente interesante en México para aligerar la pesada carga de los tribunales locales -e indirectamente del sistema penitenciario- del peso de muchos asuntos penales menores. Ya en otra parte de este libro se habló del gran problema que constituye el rigor con que se castiga a los "pequeños delincuentes" (esto es, aquéllos que cometen delitos cuya pena no excede la media aritmética de tres años de prisión) y se mencionó como alternativa la despenalización. La

institución del Schiedsmann ofrece una alternativa intermedia, que a la vez que ofrece un trato más justo, mantiene eventualmente la sanción de esas conductas antisociales. El énfasis de esta institución en la mediación ofrece una alternativa al sistema penal mexicano, que castiga en ocasiones la pobreza de ciertos individuos, al someterlos a proceso penal por violaciones a la ley en las que el interés público quedaría mejor servido por un mal arreglo que por un buen juicio.

El control del organismo policiaco: el sistema inglés

El problema de la responsabilidad policiaca se inscribe dentro de los relativos al control social del poder, si bien en este ámbito el problema presenta características especiales, debido a la capacidad de la policía de hacer uso directo de la fuerza. Una de las preocupaciones sociales más generalizadas es que el gobierno utilice la policía como medio de control político, para mantenerse en el poder. Otra preocupación, más característica de las democracias modernas, es que la policía no responda a las necesidades públicas. El debate en torno a los mecanismos de control del poder de la policía ha estado profundamente relacionado con dos temas: la centralización o descentralización del organismo policiaco y su la relación con el Poder Judicial.

Tradicionalmente se ha pensado que la descentralización es un elemento imprescindible para garantizar la responsabilidad de la policía. Varios sistemas policiacos, el inglés, el norteamericano, el alemán y el japonés de la posguerra, han nacido sobre la idea de que deben ser las comunidades las principales encargadas de la policía. En todos los casos, esta forma de organización responde a la necesidad de garantizar el control democrático de estos organismos. Sin embargo, el desarrollo de la sociedad moderna ha tenido un

impacto significativo en los sistemas tradicionalmente descentralizados. Ahora se tiende cada vez más a la centralización. Las razones para ello son múltiples: el incremento de la criminalidad, la necesidad de evitar interferencias entre las jurisdicciones de las diversas policías, la búsqueda de la eficiencia generada por economías de escala en capacitación, el surgimiento de policías especializadas, etcétera. En esos países, la democracia corre mayor peligro por la existencia de fuerzas locales débiles que por la presencia de una policía central poderosa.

Una tendencia contraria puede observarse en sociedades que tradicionalmente se caracterizaban por poseer organismos policíacos centralizados y que actualmente evolucionan hacia formas más descentralizadas de organización. Ejemplo destacado de lo anterior lo constituye el caso de España. En ese país la descentralización de la policía fue vista como una forma de contribuir a la democratización social y de garantizar el control civil (no militar) y la profesionalización de la policía.

En consecuencia, no es la descentralización o la centralización lo que determina que un país tenga organizaciones ejemplares, ya que la mayoría de estos países tienen sistemas mixtos. Señalar el carácter mixto de los sistemas policíacos modernos no dice nada sobre los frenos y contrapesos que se establecen en su interior y que hacen compatible la demanda moderna de mayor eficiencia con la exigencia tradicional de responsabilidad policiaca. En este sentido el sistema inglés puede ilustrar estos equilibrios.³⁷

El sistema policíaco inglés combina la centralización de ciertos servicios con formas de independencia local. Como se señaló anteriormente, la organización inglesa básica es local. Los jefes de policía locales son nombrados por comités representativos de los consejos locales de gobierno, pero su designación requiere la aprobación del Secretario del Interior. La aprobación de este funcionario central no se dará a menos que el candidato haya trabajado recientemente en alguna otra

fuerza policiaca. De esta manera, el localismo obliga a los jefes de policía a buscar el apoyo de los consejos locales y, por lo tanto, los hace más responsables ante la opinión pública, pero se garantiza también el profesionalismo de los organismos policiacos.

Los medios de influencia del gobierno central no acaban ahí. Este utiliza además estímulos financieros para garantizar los estándares profesionales de las policías locales. Si el Inspector (central) de Policía certifica que una organización policiaca local es eficiente, el gobierno central paga la mitad de sus costos. De esta manera el jefe de policía tiene un incentivo para colaborar no sólo con el gobierno local sino también con el central, que puede establecer estándares uniformes y condiciones de servicio y retirar su aporte financiero si estos no son satisfechos. Lo anterior, junto con estipulaciones similares, ilustra el crecimiento y difusión de estándares policiacos nacionales en Inglaterra compatibles con las formas tradicionales de control local.

Por otra parte, en Inglaterra también es importante el papel del poder judicial en el control de la policía. Los tribunales pueden ejercer una gran influencia en la disminución de la arbitrariedad y el abuso policiacos, al negarse a convalidar las violaciones a los derechos del acusado, incluso si como resultado de ellas se han obtenido datos relevantes para el proceso. Si bien los policías tienden a señalar que tales límites judiciales dificultan su labor, no hay duda de que constituyen importantes incentivos para disminuir la arbitrariedad policiaca. En este sentido los tribunales ingleses han desarrollado una labor pionera a través de la formulación y difusión de las llamadas "reglas de los jueces", que establecen las garantías en favor de las personas acusadas que se encuentran sujetas a investigación.

La profesionalización policial y los sistemas policiacos de las democracias occidentales

La profesionalización de los cuerpos policiacos es una de las grandes estrategias para modernizar a estos organismos. Su objetivo es garantizar mayor eficiencia y capacidad para utilizar los complejos equipos que caracterizan a la función policial moderna, así como un mayor grado de ética profesional en el desempeño del servicio. El nivel de profesionalización tiene una incidencia directa en la disminución de los abusos policiacos: mientras más profesionalizada esté una organización policiaca utilizará menos sus facultades discrecionales.

De acuerdo con José María Rico, varios factores pueden contribuir a mejorar el nivel profesional de los cuerpos policiacos. Entre ellos se encuentra la existencia de un programa de formación permanente, la representatividad del personal respecto a la población, el reclutamiento de profesionales civiles, un sistema de ascensos basado en el mérito y no en antigüedad, y la limitación de la acción policial al área criminal.

La profesionalización es una característica de los sistemas policiacos de las democracias industriales. Francia tiene un sistema imparcial de reclutamiento por concurso, el cual pone directamente al alcance de los diplomados universitarios los puestos superiores, al mismo tiempo que ofrece a sus agentes la posibilidad de promoción social y profesional.

Por su parte, Inglaterra logra hacerse de elementos de calidad debido al prestigio de la carrera, a pesar del hecho de que recluta a sus oficiales de policía entre las bases. Este país tiene varias escuelas locales y una escuela nacional (Bramshill). En esta última los ingleses siguen la política de becar a los alumnos más destacados para que cursen una carrera universitaria (y así enriquecer a la fuerza de policía). Suecia forma a sus policías en la Escuela de Policía en un

curso de 10 meses, y luego continúa su formación a través de un programa permanente durante el empleo.

Alemania tiene una policía con alto grado de profesionalismo, mismo que es necesario para utilizar los complejos sistemas de apoyo que caracterizan el trabajo de la policía alemana. El personal utiliza exitosamente equipos, laboratorios y locales muy modernos gracias a los cuales Alemania se cuenta entre los países industrializados que a pesar de haber resentido el alza de las tasas de criminalidad, mantiene un porcentaje muy alto de casos resueltos. Debido a los antecedentes dejados por la policía alemana fascista entre 1933 y 1945, durante la formación actual de sus cuadros policiales se pone un gran énfasis en ética profesional.

Mejoramiento de la relación entre el público y la policía: el ejemplo sueco.

La relación entre la policía y la sociedad ha sido tradicionalmente y casi en todos los países una relación difícil y llena de prejuicios mutuos. Esta situación es problemática debido a que la comunicación, respeto y auxilio entre sociedad y policía es indispensable para asegurar el logro de los objetivos mutuos. La cooperación de los ciudadanos es indispensable para que la policía pueda investigar los crímenes y mantener el orden público. Sin embargo, la importancia de la relación también se encuentra en el hecho de que constituye una de las formas más efectivas de control indirecto que los ciudadanos tienen sobre la labor de los policías. Entre más limitados sean los contactos de un policía con el público, menor es su capacidad para entender el sentimiento de la comunidad y menor también la que puede tener para ejercer adecuadamente su discrecionalidad. En este sentido se ha encontrado que las relaciones distantes

entre la sociedad civil y policía tienden a generar un mayor número de arrestos.

Existe una serie de factores que ayudan a que la relación sea buena. Por una parte es conveniente que la policía comparta los valores éticos de su sociedad. En una sociedad más democrática, mejor educada y más tolerante, la policía debe reflejar esos valores y ayudar a protegerlos. En ese sentido corresponde a las políticas de reclutamiento garantizar la entrada de personal más capacitado, tolerante y representativo de la sociedad. Por su parte, los programas de formación también deben inculcar estos valores y, en general, contener mayores elementos técnicos y éticos. Sentar las condiciones para mejorar las relaciones entre la policía y el público no es sólo tarea de éstos; en ocasiones la existencia de leyes que tutelen valores notablemente alejados a los prevalecientes en el medio local y aplicados por la policía puede conducir a generar malas relaciones (como ha sucedido en algunos territorios coloniales de Africa). Hay veces en que los reglamentos que regulan a los policías les impiden convivir normalmente con el público (como sucede en ocasiones en los Estados Unidos). Ambos casos indican que la responsabilidad de los legisladores puede ser muy amplia en las buenas o malas relaciones de la policía con el público.

En todo caso, la creación y mantenimiento de canales activos de comunicación e interacción entre policía y sociedad son quizá la forma más directa y efectiva de mejorar esa relación. Estos canales parecen ser el resultado de un elemento más profundo: la prioridad que el organismo policiaco dé a la función de prevención de la delincuencia sobre la represión de la misma.

La prevención de la delincuencia es una forma diferente de combatirla y, en años recientes, ha sido vista como una estrategia que puede tener mejores resultados que las tradicionales. Adoptarla implica dar un giro importante en la actitud hacia el crimen. Ante todo se trata de un medio más económico (cuesta menos prevenir que reprimir), que genera una actitud activa (va hacia los

problemas en lugar de esperar a que lleguen a ella). En rigor todas las sociedades hacen uso de este método a través de la familia, de sus sistemas escolares y de las materias de civismo. Sin embargo, son pocos los casos en que esta estrategia se instrumenta a través de la policía.

El sistema sueco ha seguido este camino, consiguiendo además mejorar su relación con el público, en palabras de José María Rico:

"la policía ha instituido una colaboración sistemática con los organismos de promoción social para utilizar en común ciertas medidas pedagógicas, terapéuticas o simplemente de asistencia. Asimismo, la policía sueca informa regularmente al público, a través de la televisión, folletos y películas, de las precauciones que hay que adoptar para no ser víctima de una infracción; efectúa visitas a los colegios y escuelas para dar las clases inscritas en el programa obligatorio de educación cívica destinado a los adolescentes, explicándoles la razón de ser de las leyes, la función de la policía, los medios de que dispone, etcétera".³⁸

La policía en una sociedad democrática: la reforma española

Con la transición de España a un gobierno democrático se planteó en ese país la necesidad de ajustar la organización y normas que regían a la policía a otras más compatibles con el nuevo esquema de gobierno. En España esa cuestión adquirió un relieve mayor que en otros países debido al papel preponderante que desempeñaron los organismos policiacos durante la dictadura. Muchos de estos organismos estaban organizados sobre modelos militares o dirigidos por miembros del ejército. En todo caso, el sistema policial español tradicional era profundamente jerárquico y centralista.

Las propuestas de reforma de la policía española cobraron actualidad a raíz

de la mayoría parlamentaria alcanzada por los socialistas en 1982. Este grupo pugnó por una profesionalización de la policía. Sin embargo, su propuesta se encontraba ampliamente impregnada de las ideas democráticas de diversos reformadores respecto al papel y características que debía asumir el nuevo aparato policial. Estos reformadores partieron de la idea de que mientras que una estructura policial jerárquica y centralizada se adecuaba perfectamente a la estructura del gobierno militar de Franco, en un sistema político democrático las estructuras policiales debían ser mucho más descentralizadas y mantener entre sí relaciones de coordinación. En especial, consideraban que las facultades de dirección respecto a cuestiones de orden público (manifestaciones, protestas, etcétera) debían depositarse en las autoridades locales para evitar que se produjeran diferencias entre las negociaciones alcanzadas por los órganos políticos democráticos y las policías centrales.

La reforma policiaca española buscó la potenciación de los servicios de policía municipales y se apoyó en la creación de policías autónomas. La profesionalización fue vista por estos reformadores como un proceso de desmilitarización y de civilización de las policías. Si en un Estado de derecho la labor principal de la policía es garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, era importante que las policías no estuvieran alejadas de la ciudadanía ni en valores ni en estructuras de organización. Así, los planes de profesionalización de las policías buscaban ante todo impregnar a los integrantes de estos cuerpos de los valores de la sociedad democrática. Entre otras reformas los reformadores incluyeron la necesidad de garantizar los derechos mismos de los policías que se encontraban reducidos por requerimientos de disciplina y de control jerárquico. Se pensó que si los policías en una sociedad democrática debían proteger los derechos de los individuos, lo más necesario era también que se garantizaran sus propios derechos.

EPILOGO

HACIA UN ESTADO DE DERECHO PERMANENTE

A lo largo de seis capítulos se han descrito y analizado otras tantas perspectivas sobre la compleja problemática del "Estado de derecho". Cada uno de los temas discutidos representa una faceta de un problema mucho más amplio, que es el de la legalidad. Este conjunto de estudios revela que, hacia donde volvamos la vista, encontraremos como común denominador la ausencia de certidumbre en el derecho, es decir, quedan de manifiesto las grandes carencias del sistema jurídico y, sobre todo, la inadecuada protección a los derechos de los ciudadanos.

La pregunta crucial a la que hay que responder es si la realidad del derecho y sus carencias en México tienen alguna importancia. Después de todo, estos problemas han existido durante mucho tiempo; el país los ha sobrellevado e incluso ha logrado progresar en alguna medida. ¿Qué es lo que hace de esta realidad ancestral un problema en la actualidad? ¿Se ha producido algún cambio de tal manera significativo que justifique una transformación del sistema jurídico en su conjunto, como la que este análisis sugiere?

Dos líneas de respuesta se derivan de estas interrogantes. La primera es de imposible comprobación, pero tiene que ver con todo lo que el país habría podido lograr de haber existido un marco jurídico estable que otorgara certidumbre a los ciudadanos como tales, pero también en su calidad de ahorradores, de inversionistas, de trabajadores, de miembros de un sindicato, de profesionistas, de inculpados en un proceso penal y así sucesivamente.

La segunda vertiente tiene que ver con el futuro. En el pasado, la voluntad que privó fue, con la mayor frecuencia, la del poder en lugar de la de la ley. Esto pudo haber limitado el desarrollo del país, pero no mucho más. Sin embargo, lo

que pudo haber sido exitoso en el pasado ya no lo será en el futuro, porque las circunstancias han cambiado en forma radical. La profunda transformación que ha sufrido la economía mundial en las últimas dos décadas, sumada a los cambios que el país ha experimentado en los últimos años, entrañan condiciones muy distintas para el porvenir. La nueva realidad económica y las circunstancias sociales y políticas que se perfilan a pasos acelerados requieren una estructura jurídica que prevalezca por encima de las estructuras de poder. En otras palabras, es necesario conformar un verdadero "Estado de derecho".

LA "MODERNIZACION" DEL SISTEMA JURIDICO

Hay dos maneras de concebir el problema del Estado de derecho en México. Por una parte, podemos observar los extraordinarios cambios que experimenta la economía mexicana y percatarnos de que el marco jurídico resulta insuficiente e inadecuado para que México pueda competir exitosamente en el mundo. El gobierno ha respondido con gran diligencia a este reto, modificando amplios sectores de la legislación vigente en materia pesquera, minera, de inversión extranjera, etcétera.

Pero hay otra gran perspectiva de análisis que es necesario reconocer como esencial para el desarrollo del país: el llamado Estado de legalidad. La legalidad es mucho más que un conjunto de normas y leyes que están (y deben estar) sujetas a cambios que reflejen la evolución de la sociedad. La legalidad entraña una manera de concebir el mundo, un modo de relación entre los individuos y una forma de interacción entre la sociedad y el gobierno. La legalidad implica una manera de coexistir que va más allá de la ley del momento.

Por lo que respecta a la creciente integración de nuestro país a la moderna

economía global de mercado y a los requerimientos de la competencia en el ámbito de los negocios, es importante proseguir con el proceso de reforma del sistema jurídico y consolidar así los cambios que poco a poco han ido dando forma a la nueva estructura económica del país. Pero la modificación de esas leyes, por importante que sea para el proceso de recuperación económica en el corto plazo, entraña limitaciones naturales por el simple hecho de que seguimos dentro de un esquema que no puede caracterizarse como Estado de legalidad.

Las razones por las cuales es indispensable construir un nuevo sistema jurídico son muchas y muy persuasivas. En este epílogo pretendemos convencer al lector, una vez más, de la trascendencia del concepto de legalidad. Para ello se harán una serie de aproximaciones conceptuales al problema, buscando vincularlas a nuestra situación concreta. Para este último propósito hacemos referencia a la extinta Unión Soviética, pues las naciones que han ocupado el lugar de ese país enfrentan circunstancias no del todo ajenas a las nuestras en este ámbito.

En primer término se encuentra la lógica de la legalidad. Aunque el tema es relevante para el México de hoy, no se trata de un problema nuevo para la historia de la humanidad. La ley y la justicia son dos componentes centrales del desarrollo humano y su existencia determina en buena medida las potencialidades de la convivencia en sociedad. El acceso a la justicia, como hemos podido ver, sólo es posible en la medida en que prive el Estado de derecho en la sociedad en su conjunto. La mera existencia de leyes no garantiza la existencia de justicia ni el acceso de los ciudadanos a la misma.

En el ámbito económico, el problema de la legalidad es muy evidente. Se puede medir en términos de los costos incrementales de transacción, como vimos en el capítulo I, o se puede evaluar en términos de la predecibilidad de las respuestas jurídicas, aunque en ambos casos estamos hablando de costos

mayores o menores. El problema de la legalidad, sin embargo, trasciende el problema de la actividad económica. La legalidad es un concepto integral que no puede ser compartimentalizado; es decir, no se puede tener un marco jurídico que funcione de manera distinta para la economía que para los derechos humanos; para las elecciones de modo diversos que para la agricultura. Los principios generales de un sistema jurídico tienen que ser aplicables a todas las actividades o no cumplen con la condición central que les da vida: ser predecibles y conferir certidumbre.

Existe en la actualidad un amplio consenso alrededor de la idea de que el desarrollo, entendido en su más amplia acepción, es inviable en la ausencia de un marco jurídico integral que permita, no sólo la evolución natural de las cosas, sino que les dé contenido y estructura a las relaciones entre los actores sociales, sean individuos, empresas, gobierno o cualquier tipo de institución.

La Unión Soviética ejemplifica esta afirmación en forma excepcionalmente directa. Aunque la famosa perestroika resultó un fracaso en su propósito inicial de darle viabilidad económica a la antigua URSS, las reformas partían de una concepción que no es menos actual para Rusia de lo que lo es para México: primero, había que crear el concepto de Estado de derecho y reformar los órganos del poder estatal. La segunda etapa consistía en crear los fundamentos del Estado de derecho al llevar a cabo las diversas reformas políticas y económicas, cosechar los resultados de las reformas y disminuir la escasez de bienes y servicios.¹

En el esquema "socialista" que prevaleció en la URSS, el Estado de derecho se consideraba como un concepto burgués, propio de la superestructura del sistema capitalista. El Partido Comunista, en cambio, consideró prioritaria su responsabilidad de construir un "Estado fuerte" que instituyera y consolidara el modo de producción socialista, aunque ello fuera a costa de un sistema de derechos inalienables de los individuos o de los agentes económicos.

¿Por qué resultaba necesario crear un "Estado de derecho" en la URSS? La economía soviética venía experimentando, por casi dos décadas, síntomas de rezago y esclerosis, mientras que la economía mundial presenciaba el fenómeno de la creciente informatización. Las características del sistema jurídico propio del régimen soviético impidieron que su aparato económico aprovechara las rápidas transformaciones en la tecnología que la ciencia impulsó a partir de 1970.

En esta perspectiva, es natural que exista el consenso antes descrito en el sentido de que

"la economía de mercado requiere de un Estado de derecho no menos que el ciudadano individual. Las personas morales necesitan de la misma estabilidad en las leyes y legitimidad en sus expectativas tal como estas condiciones se han considerado un derecho inalienable de las personas físicas".²

Lo jurídico es parte constitutiva de las relaciones entre los hombres. Lo que ha cambiado en la antigua URSS, por ejemplo, no es el concepto de la ley, sino que ha habido un reconocimiento de que su predominio es un requisito sine qua non para el progreso. La lógica de este cambio es muy clara. En palabras de uno de los estudiosos soviéticos:

"Puesto que en las diversas etapas de desarrollo de la sociedad, los intereses de la gente cambian, asimismo cambian sus ideales y sus conceptos de la realidad. Una teoría que en una etapa tenía una cierta orientación y un cierto valor, puede cambiar en otra etapa tanto su orientación como su valor. [...] El derecho como la concentración de los principios progresistas de la sociedad es el criterio para el poder y la ley. De aquí se sigue la necesidad del pluralismo, la separación de poderes, y una grave responsabilidad de los tribunales, como antípodas del poder de la administración burocrática. La instrumentación de estas nociones significa un amplio campo para la democracia en todos los ámbitos de la vida social, aunque también amenaza con la inestabilidad y cambios en las

instituciones".³

¿Es relevante el experimento de la URSS para nosotros? En la medida en que se trata precisamente de un experimento que constituye un profundo cambio no sólo de leyes, sino sobre todo de concepciones fundamentales de lo que es el hombre, de lo que es la ley y de lo que son las relaciones entre ambos, su relevancia es trascendental. México se encuentra en una tesitura semejante a la que caracteriza a la ex-URSS, precisamente porque nos encontramos ante la necesidad de transformar esas mismas concepciones fundamentales y darles contenido y una estructura capaz de regir las relaciones sociales, más allá de las relaciones de poder.

LA ESENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

Varios son los principios fundamentales que caracterizan a un "Estado de derecho" y que lo diferencian de un sistema jurídico que no puede ser clasificado como tal:

- Las constituciones, aunque requieren de una flexibilidad natural para adaptarse a las circunstancias del momento, son la ley suprema. Ninguna ley puede contradecirlas y todas las leyes tienen que ser congruentes con la ella.
- Las contradicciones entre las leyes sirven tan sólo para contraponer la realidad con las reglas de comportamiento entre los individuos.

- El "gobierno de las leyes" y no de los hombres no es una tautología, si por "ley" se entiende un sistema de derecho general, abierto y relativamente estable.
- El principio clave del "Estado de derecho" es que la creación de las leyes esté regida por reglas generales, abiertas y relativamente estables.⁴
- Un "Estado de derecho" no se crea de la noche a la mañana ni se puede imponer desde arriba. Más bien, constituye el resultado de un proceso evolutivo a lo largo del cual se definen no sólo las leyes mismas, sino los procedimientos para adoptarlas, para modificarlas y para proteger a los ciudadanos de los abusos que éstas podrían llegar a generar.
- El "Estado de derecho" constituye la institucionalización de las relaciones entre los individuos y, sobre todo, de las relaciones entre éstos y el gobierno. Ambas partes comparten el entendido implícito de que ninguna puede ni debe violar las reglas establecidas. Este entendido y la convicción para sostenerlo, son de gran importancia.

El derecho y las actividades políticas encauzadas por la Constitución de un Estado son las formas generales de expresión, de organización, de regulación y de protección de la libertad en las interacciones de los individuos, y en conjunto forman una condición necesaria para el funcionamiento de la economía y de la sociedad moderna. Así, la reforma de los órganos de gobierno, en el sentido de asegurar la presencia de frenos y contrapesos, el establecimiento de un régimen político democrático y un sistema de impartición de justicia equitativo y eficiente, son los tres requerimientos indispensables para hacer funcionar un orden estatal

sustentado en la legalidad.

No es posible minimizar la importancia de un sistema judicial moderno, independiente y eficaz para la actividad diaria de los millones de individuos que componen la sociedad. En un Estado de derecho, las personas pueden ganar o perder más por la resolución de un juez que por cualquier acto del Congreso o Parlamento.⁵ No en vano existe el viejo dicho de que es mejor "un mal arreglo que un buen pleito", particularmente cuando la solución de conflictos corresponde a un poder judicial premoderno, sometido y subordinado al poder ejecutivo y degradado por la corrupción de sus elementos.

En un Estado de derecho, el aparato judicial no sólo cumple con la función de resolver las controversias entre los particulares, o entre éstos y el gobierno, sino que tiene también la facultad de interpretar la ley. La salvaguarda de la Constitución y de las normas jurídicas es, en efecto, función esencial de la judicatura en un Estado de derecho. Una Constitución, señala Ronald Dworkin

"...podría haber sido interpretada como dando órdenes al Congreso, al Presidente y a los funcionarios estatales, órdenes que estos funcionarios tuvieran el deber tanto legal como moral de obedecer, pero convirtiéndolos en sus propios jueces. La Constitución habría jugado entonces un papel muy diferente y mucho más débil en la política norteamericana".⁶

Es necesario que otro tanto pueda decirse de la Constitución mexicana en la práctica; sólo así la ley se convierte en garantía de equidad y trato justo para todos los individuos que forman la sociedad.

En un Estado de derecho, en el que todos los individuos, gobernantes y gobernados, están sometidos al imperio de la ley, y en el que sólo ella es soberana, la ley debe ser considerada con una "actitud constructiva":

"su objetivo, en el espíritu interpretativo, [deberá ser] colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro

mejor, cumpliendo con el pasado. Es por último [la actitud constructiva], una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es [...] lo que el derecho es para nosotros; para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener".⁷

En este sentido, el establecimiento de un verdadero Estado de derecho en nuestro país mediante diversas reformas políticas, organizacionales y legales, condición necesaria para el eficiente funcionamiento tanto de la sociedad como de la economía, deberá inspirarse en un sentido de comunidad nacional y en el propósito de mantener y fortalecer la soberanía de nuestro país en un mundo cada vez más integrado e interdependiente.

¿Cómo se traduce todo esto a la actividad económica? Esto ocurre de dos maneras. En primer lugar, la competencia es la esencia de una economía moderna y, en esta perspectiva, el pluralismo es una forma especial de Estado cuyo éxito consiste en que los intereses en competencia se pueden coordinar racionalmente y resolver sus conflictos con base en el derecho.⁸ En este sentido, la llamada economía de mercado no es más que la traducción del pluralismo político a las actividades productivas. En esta perspectiva, el éxito del mercado para asignar con eficiencia los recursos escasos a la satisfacción de las variadas necesidades individuales y sociales, implica la vigencia de un Estado de derecho que permita calcular efectivamente a todos los individuos los probables costos y beneficios futuros de cualquier decisión en el presente.⁹ Sólo este cálculo, que es resultado de la confiabilidad y estabilidad del orden jurídico y de los procedimientos de solución de conflictos, permite a los individuos una actividad económica racional.

La relevancia del "principio de legalidad" es inobjetable, pero su instrumentación es mucho más compleja de lo que podría parecer a primera vista.

El marco jurídico de cualquier país representa la evolución de esa sociedad y, por ello, no puede ser impuesto desde arriba. Por definición, el principio de legalidad tiene que ser resultado de la existencia de consensos sociales sobre los procedimientos para la aprobación de las leyes y no al revés. Es en este sentido que México tiene un enorme camino que recorrer.

En los últimos años, los mexicanos hemos venido observando cómo el marco jurídico se ha ido modernizando en forma significativa. No son sólo las legislaciones agraria o la minera que han sufrido modificaciones sensibles, sino incluso temas centrales para el desarrollo social y político como las leyes electorales y el código penal, en aquellos temas de especial relevancia para los derechos humanos. En el fondo, sin embargo, estos cambios, aunque visionarios, bien intencionados y extraordinariamente importantes para el desarrollo del país, adolecen de un fenómeno inmanente: todos han sido iniciados por la autoridad y todos podrían ser modificados, de la misma manera, por el propio gobierno. Para que se dé el Estado de derecho, se supone, de entrada, que el gobierno puede proponer leyes, pero no que las pueda virtualmente imponer, modificar o cancelar como resultado de su propia autoridad. El gobierno puede aprobar disposiciones jurídicas o lograr que el Congreso las apruebe. La legalidad, sin embargo, se logra cuando eso es posible, no porque no exista oposición (que es parte del proceso), sino porque hay una concurrencia efectiva de la ciudadanía, cuya participación se convierte en una condición necesaria para el proceso legislativo.

En un primer momento, la determinación gubernamental de construir un Estado de derecho representa un enorme paso adelante. Pero su consecución sólo será posible en la medida en que el gobierno respete los procedimientos legales en forma sistemática y permanente por un periodo tan largo y sin excepción alguna, que sus acciones resulten no sólo previsibles sino anticipables y certeras. Por más que se quisiera pensar que hemos rebasado ese primer

umbral, el fenómeno de la legalidad es uno en el que lo único que cuenta es la perseverancia y la permanencia. Para ello, a pesar de las buenas intenciones, nos falta un enorme trecho que recorrer.

BIBLIOGRAFIA SELECTA

Se incluyen en esta bibliografía las obras citadas en el texto que guardan una relación más directa con el tema del libro. Asimismo, se añaden otros trabajos, señalados con un asterisco, que pueden contribuir a completar el panorama ofrecido.

Aguilar, Magdalena. El defensor del ciudadano (ombudsman) (México: UNAM-CNDH, 1991).

Almond, Gabriel y Verba, Sidney. The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations (Princeton: Princeton University Press, 1963).

Alt, James y Shepsie, Kenneth (comps.). Perspectives in Political Economy (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

Basañez, Miguel. "Encuesta electoral 1991", en Este País, núm. 5, agosto 1991, pp.3-9.

Baratta, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal; trad. de Alvaro Búnster (México: Siglo XXI 1986).

Barry, Brian. Sociologists, Economists, and Democracy (Chicago: University of Chicago Press, 1970).

Beccaria, Cesare de. De los delitos y de las penas (varias ediciones).

Becerra Ramírez, Manuel. El factor Jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes (México: UNAM, 1992).

Berman, Harold. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition (Cambridge- London: Harward University Press, 1983).

Butler, W.E. (ed.). Perestroika and the Rule of Law: Anglo-American and Soviet Perspectives (London: I.B.Tauris and Co., 1991).

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.). Access to Justice. A World Survey (Milano-Aalphenaaandenrijn: Giuffré-Sijthoff & Noordhoff, 3 vols., 1978-1979).

-----, La justicia constitucional (estudios de derecho comparado) (México: UNAM, 1987).

*Carpizo, Jorge. El presidencialismo mexicano (México: Siglo XXI, 1978).

- CIDAC. Reforma al sistema político mexicano (México: CIDAC-Diana, 1990).
- . Vivienda y estabilidad política (México: Diana, 1990)
- Coase, Ronald. "The Problem of Social Cost", en Journal of Law and Economics, vol.3, 1960, pp. 1-44.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. Diagnóstico de las prisiones en México (México: CNDH, 1991).
- . Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano (México: CNDH, 1992).
- *Cosacov Belaus, Gustavo, Gorenc, Klaus-Dieter y Nadelsticher Mitrani, Abraham. Duración del proceso penal en México. (México: INACIPE, 1983).
- De la Barreda, Luis. La tortura en México (México: Porrúa, 1990, 2a. ed.).
- De Soto, Hernando. El otro sendero (México: Diana, 1989).
- Del Palacio, Alejandro. Teoría final del Estado (México: Miguel Angel Porrúa, 1986).
- Díaz, Luis Miguel. Arbitraje: privatización de la justicia (México: Themis, 1990).
- Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia (Barcelona: Gedisa. 1988).
- Fix Zamudio, Héctor. Los problemas contemporáneos del Poder Judicial (México: UNAM, 1986).
- *------. "El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial", en El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones) (México: UNAM, 1988, pp. 269-364).
- . Los tribunales constitucionales y los derechos humanos (México: Porrúa, 1985, 2a. ed.).
- García Ramírez, Sergio. Narcotráfico: un punto de vista mexicano (México: Miguel Angel Porrúa, 1989).
- Gessner, Volkmar. Los conflictos sociales y la administración de justicia en México; trad. de Renate Marsiske (México: UNAM, 1984).
- Gil Díaz, Francisco y Fernández, Arturo (comps.). El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana (México: FCE/ITAM/CINDE, 1991).
- Góngora Pimentel, Genaro. Introducción al estudio del juicio de amparo (México: Porrúa, 1989).

- *González Avelar, Miguel. La Suprema Corte y la política (México: UNAM, 1979)
- Huntington, Samuel P. Political Order in Changing Societies (New Haven: Yale University Press, 1968).
- . Power and Order in Changing Societies (New Haven: Yale University Press, 1988).
- Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. El sistema procesal penal en la Constitución (México: Porrúa, 1979).
- Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)"; trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Anuario Jurídico, núm. 1, 1974.
- Levy, Margaret. Of Rule and Revenue (Berkeley: University of California Press, 1988).
- Madison, James. The Federalist Papers (Varias ediciones).
- Magaloni Ana Laura. La suspensión en el juicio de amparo (tesis de licenciatura, México, ITAM, 1989).
- Montesquieu, Charles de. Del espíritu de las leyes (varias ediciones).
- Noriega Cantú, Alfonso. Lecciones de amparo (México: Porrúa, 1980).
- North, Douglas. Institutions, Institutional Change and Economic Performance (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).
- . Structure and Change in Economic History (New York: Norton, 1981).
- *Ovalle Favela, José (comp.). Temas y problemas de la administración de justicia en México (México: Miguel Angel Porrúa, 1985, 2a. ed.).
- *------. "Acceso a la justicia en México", en Estudios de derecho procesal (México: UNAM, 1981, pp. 67-125).
- *Pérez Carrillo, Agustín. Teoría de la legislación y prevención delictiva (México: INACIPE, 1989).
- Posner, Richard A. "The Social Costs of Monopoly and Regulation", en Journal of Political Economy, núm. 83, agosto 1975, pp.807-827.
- Przeworski, Adam. Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America (Cambridge: Cambridge University Press, 1991)
- Rabasa, Emilio. La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización

- política de México (México: Porrúa, 1956).
- Rawls, John. Sobre las libertades (Barcelona: Paidós Ibérica, 1990).
- Rico, José María (comp.). Policía y sociedad democrática (Madrid: Alianza Editorial, 1983).
- Roxin, Claus. Problemas básicos del derecho penal (Madrid: Reus, 1976).
- Sánchez Medal, Ramón. El fraude a la Constitución (México: Porrúa, 1988).
- *Schwarz, Carl E. "Jueces en la penumbra: La independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos y en México"; trad. de Fausto E. Rodríguez, en Anuario jurídico, núm. 2, 1975, pp. 143-29.
- Singer, Peter. Democracy and Disobedience (Oxford: Oxford University Press, 1974).
- Tamayo y Salmorán, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución (México: UNAM, 1986, 2a. ed.)
- Varios autores. Policy Studies Journal (Symposium. Judicial Review and Public Policy in Comparative Perspective) vol.19, núm. 1, otoño 1990.
- Vázquez Pando, Fernando Alejandro. "Notas sobre el sistema jurídico mexicano", en Jurídica, núm.7, 1975.
- ". "La evolución general del derecho mexicano", en Jurídica, núm. 10, tomo 1, 1978.
- Weber, Max. Economía y sociedad (México: FCE, 1983).
- *Zippelius, Reinhold. Teoría general del Estado (México: UNAM-Porrúa, 1989, 2a. ed.)

NOTAS AL PROLOGO

- ¹) Der Rechtsstaat (El Estado de derecho); reimpr. de la edición de 1864. Aalen, Scientia Verlag, 1961, p. 2 (subrayado nuestro). Por otro lado, ya Hermann Heller hacía notar que Estado y derecho se implican mutuamente: el derecho "es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral como técnico, de todo poder permanente"; y "todo poder político es poder jurídicamente organizado". Teoría del Estado; 4a. ed., trad. de Luis Tobío. México, F.C.E., 1961, pp. 208, 210-211.
- ²) Esta es la tesis del magnífico libro de Berman, Harold: Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 1983, especialmente el capítulo 2, pp. 85 y ss.
- ³) Véase Tamayo y Salmorán, Rolando: La jurisprudencia y la formación del ideal político. Introducción histórica a la ciencia jurídica. México, UNAM, 1983.
- ⁴) Preámbulo de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. Recuérdese también en lo proclamado por el artículo 16 de la misma declaración: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución".
- ⁵) De la República, libro primero. Véase también Bobbio, Norberto: La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político; trad. de José F. Fernández Santillán. México, F.C.E., 1987, pp. 44 y ss.
- ⁶) Esta afirmación debe matizarse históricamente, si recordamos que la teoría de la división de poderes (Locke, Montesquieu) se elabora teniendo como trasfondo las luchas entre el monarca y los estamentos, y especialmente ante el ascenso de la burguesía.
- ⁷) Si esto fuera cierto, no dejaría de ser irónico el triunfo, en apariencia definitivo, de la ideología del Estado liberal occidental.

NOTAS AL CAPITULO I

- ¹ Los libros de la serie Alternativas para el futuro de CIDAC, publicados por Editorial Diana, exploran con detalle todos estos cambios. Sobre las transformaciones económicas véase en particular La conversión industrial en México, 1988; México ante la Cuenca del Pacífico, 1988; Hacia una nueva política industrial, 1989; y el Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos, 1991. Sobre los cambios políticos, véase en especial Reforma al sistema político mexicano, 1990. Por lo que se refiere a la política social, cabe mencionar Vivienda y estabilidad política, 1991; Educación para una economía competitiva, 1992; y Contra la pobreza, 1993.
- ² MacCarney, Joseph: "The True Realm of Freedom: Marxist Philosophy After Communism", en The New Left Review, London, núm. 189, septiembre-octubre 1991, p. 33.

-
- 3 Weber, Max: Economía y sociedad. México, F.C.E, 1983, p. 1048.
- 4 Ibidem.
- 5 North, Douglass: Structure and Change in Economic History. New York, Norton, 1981.
- 6 North, Douglass: Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- 7 Existe una nueva Ley de Competencia Económica, que crea una Comisión gubernamental encargada de su aplicación, pero precisamente su novedad impide hacer algún pronóstico sobre la eficacia de su funcionamiento.
- 8 Hayek, F.A. von: The Road to Serfdom. Chicago, Chicago University Press, 1944.
- 9 De Soto, Hernando: El otro sendero. México, Diana, 1989.
- 10 Existe una amplia bibliografía sobre los costos de transacción y sobre el surgimiento de diversas instituciones para solucionar los problemas que estos plantean. El respectivo marco teórico se inicia con los trabajos de Ronald Coase: "The Nature of the Firm", en Economica, vol. 4, 1937, pp. 386-405 y "The Problem of Social Cost", en Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960, pp. 1-44. Asimismo: Williamson, Oliver F.: Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. New York, The Free Press, 1975. En la actualidad: Barzel, Yoram: An Economic Analysis of Property Rights. Cambridge, Cambridge University Press, 1989; Libecap, Gary: Contracting for Property Rights. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, entre otros.
- 11 El problema de la asimetría en la información es desarrollado por North, Douglass op. cit. supra nota 6, y Akerlof: "The Market of 'Lemons': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism", en Quarterly Journal of Economics, vol. 84, 1970, pp. 488-500, entre otros. Esto implica que las mercancías, los servicios y el desempeño mismo de los agentes económicos, tienen numerosos atributos que varían profundamente de uno a otro. Estas características son menos conocidas por un agente que por otro y siempre existe la posibilidad de que sean ocultadas cuando es mayor el beneficio de no proporcionar información suficiente. Así, por ejemplo, en la venta de una casa, el vendedor sabe cosas que el comprador no conoce, como el mantenimiento que se le ha dado, la naturaleza del vecindario, el tipo de servicios públicos que se reciben, la seguridad, etcétera. Asimismo, siempre es costoso medir dichos atributos. De ahí que existan, por ejemplo, marcas que garantizan el cumplimiento de ciertos estándares de calidad.
- 12 Al concluir la redacción de este apartado, se produjo una reforma de la legislación inquilinaria que parece subsanar las fallas aquí analizadas. Sin embargo, todavía no hay seguridad de que las reformas produzcan el efecto deseado, que es la reanimación del mercado de la vivienda, ni que vayan a quedar en la forma en que se aprobaron. En todo caso, no anulan el carácter ejemplar de esta legislación para ilustrar la problemática tratada por esta obra.
- 13 Véase CIDAC: Vivienda y estabilidad política. México, Diana, 1990.
- 14 Creel, Santiago: "Una prueba de eficiencia del orden jurídico: la celebración y cumplimiento

de contratos de arrendamiento para casa habitación en el Distrito Federal", en Gil Díaz, Francisco y Fernández, Arturo (compiladores): El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana. México, F.C.E./ITAM/CINDE, 1991 (Lecturas F.C.E. núm 70), pp. 209-231.

15 Idem.

16 Este cuadro fue elaborado por Jaime E. Ayala, del despacho Noriega y Escobedo, A.C.

17 Esta sección se elaboró con ayuda del despacho Sánchez Mejorada, México D.F.

18 Magaloni, Ana Laura: La suspensión en el juicio de amparo. México, ITAM (tesis de licenciatura), 1989.

19 Esto se debe a que las reglas de mayoría, como lo demostró Kenneth Arrow, no son inmunes a la manipulación si las preferencias de los agentes son razonablemente complejas. Los así llamados "nuevos institucionalistas" en la ciencia política norteamericana han explorado, desde el punto de vista formal, la función estabilizadora de las instituciones en el poder legislativo y los partidos políticos. Véase Alt, James y Shepsie, Kenneth (compiladores): Perspectives in Political Economy. Cambridge, Cambridge University Press, 1990, en especial los artículos de Riker y Ordeshook.

20 Samuel P. Huntington señala que el sello distintivo de un sistema político moderno es la existencia de un sistema de partidos competitivo. Véase Political Order in Changing Societies. New Haven, Yale University Press, 1968.

21 Singer, Peter: Democracy and Desobedience. Oxford, Oxford University Press, 1974.

22 El término "poliarquía" es utilizado por Dahl, Robert A.: Poliarchy: Participation and Opposition. New Haven, Yale University Press, 1971; aunque esta interpretación va más acorde con Lindblom, Charles: Politics and Markets. New York, Basic Books, 1977.

23 Este no es el lugar para replantear el sistema político mexicano, pues semejante empresa requeriría un trabajo aparte. Sin embargo, no hay que olvidar el papel crucial de legisladores y partidos en todos los fenómenos que aquí se discuten. El libro de CIDAC: Reforma al sistema político mexicano. México, Diana, 1990, discute con mayor profundidad algunos de los problemas esbozados aquí. Esta sección se aboca a analizar más bien las dimensiones político-jurídicas del problema.

24 North, Douglass, op. cit. supra nota 5, p. 11.

25 La bibliografía sobre los procesos de transición a la democracia es muy extensa, pero un argumento que se presenta una y otra vez es que la creación de nuevas constituciones depende de la voluntad política de acordar reglas del juego aceptables para todos. Véase Przeworski, Adam: Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

26 Véase, infra, el capítulo III.

27 Véase Basáñez, Miguel: "Encuesta electoral 1991", en la revista Este país, núm. 5, agosto

de 1991, pp. 3-9. En lo relativo a la confiabilidad de los servicios públicos: escuelas, 67%; servicio médico, 55%; teléfono, 40%; basura y limpia, 41%; seguridad y vigilancia, 32%; policía, 24%.

28

Aun las concepciones más liberales, que propugnan el Estado mínimo, hablan de la necesidad de contar con mecanismos policíacos y judiciales para asegurar a todos el respeto de sus derechos. Nozick, Robert: Anarquía, Estado y utopía. México, F.C.E., 1988, desarrolla una argumentación muy ingeniosa para demostrar la necesidad de dichos mecanismos y de que éstos sean públicos, ya que ni siquiera la existencia de agencias privadas para investigar y perseguir los delitos serían suficientes, pues dejarían fuera a los ciudadanos que no pudieran pagar por sus servicios y entrarían en conflictos si las partes pagaran por el servicio de agencias distintas.

29

Al respecto debe recordarse que los jueces pertenecen al Poder Judicial, mientras que las policías judiciales, no obstante su nombre, forman parte del Poder Ejecutivo. Dependen directamente del Ministerio Público, que depende a su vez de la Procuraduría General de la República y de las procuradurías de justicia de los estados y del Distrito Federal.

30

El artículo 16 de la Constitución señala las formalidades legales para detener a las personas: orden de aprehensión dictada por un juez, excepto en los casos de "flagrante delito" o de "urgencia", cuando no haya autoridad judicial que la dicte y se trate de delitos que se persiguen de oficio. En ambos supuestos, la Constitución ordena que se ponga al presunto delincuente inmediatamente a disposición de un juez.

31

Bates, Robert: Beyond the Miracle of the Market: The Political Economy of Agrarian Development of Rural Kenya. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

32

Para una definición de "bien público" véanse los artículos de Tullock y Olson en Alt, James y Shepsie, Kenneth (compiladores), op. cit. supra nota 19.

33

Véase el artículo de Rodolfo de la Torre García: "Legislación y regulación del comercio interno en México", en Gil Díaz, Francisco y Fernández, Arturo (compiladores), op. cit. supra nota 14, pp. 138-156.

34

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant: "Access to Justice" The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report", en Cappelletti y Garth (eds.): Access to Justice. A World Survey. Milano-Aalphenaanenrijn, Giuffré-Sijthoff & Noordhoff, 1978-79, vol. I, pp. 5-124.

35

Así, por ejemplo, John Rawls escribe: "La última observación sobre la prioridad de la libertad es que esta prioridad no es necesaria en todas las condiciones. Sin embargo, para nuestros actuales propósitos voy a suponer que es necesaria bajo lo que voy a llamar 'condiciones razonablemente favorables', es decir, en circunstancias sociales que, siempre que haya voluntad política, permitan el establecimiento efectivo y el ejercicio pleno de estas libertades. [...] Supongo algo suficientemente evidente para nuestros propósitos, que en la actualidad se dan en nuestro país [los Estados Unidos] condiciones razonablemente favorables, de modo que es necesaria para nosotros la prioridad de las libertades básicas". Sobre las libertades. Barcelona, Paidós Ibérica, 1990, pp. 39-40.

36

Camps, Victoria: "Introducción" a la obra de Rawls ult. cit., p. 24.

NOTAS AL CAPITULO II

- ¹ Aunque existen otro tipo de instancias y procedimientos, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, para resolver conflictos entre particulares, así como de éstos con la administración pública, y que dependen del Poder Ejecutivo, como las juntas de conciliación y arbitraje, las diversas procuradurías, etcétera (véase el apartado sobre "La justicia fuera del Poder Judicial").
- ² Los números son los siguientes (1o. de diciembre de 1991 a 30 de noviembre de 1992): 102,045 asuntos civiles y concursales ingresados al Poder Judicial del Distrito Federal (Informe de Labores 1992). 1,128 asuntos ingresados a los Juzgados de Distrito de la materia en el Distrito Federal (Informe de Labores 1992. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice estadístico).
- ³ Idem. Los números correspondientes: 25,952 sentencias definitivas dictadas por las salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 9,456 amparos directos ingresados en los Tribunales Colegiados del Primer Circuito (Distrito Federal) en materia civil y penal.
- ⁴ Fix Zamudio, Héctor: Los problemas contemporáneos del Poder Judicial. México, UNAM, 1986, p. 13.
- ⁵ CIDAC: Reformas al sistema político mexicano. México, CIDAC-Diana, 1990, p. 158-184.
- ⁶ 76% de los amparos civiles y penales y 79.4% de los administrativos y del trabajo.
- ⁷ El artículo 74 de la Ley de Amparo señala como casos de sobreseimiento los siguientes:
I. Cuando el quejoso se desiste expresamente de la demanda de amparo.
II. Cuando el agraviado quejoso muere durante el juicio.
III. Cuando durante la tramitación del juicio se comprueba o sobreviene alguna causa de improcedencia.
IV. Cuando no se demuestra la existencia de los actos reclamados.
V. Cuando en la substanciación del juicio se registra el fenómeno de la inactividad procesal.
- ⁸ El artículo 73 de la Ley de Amparo establece que el amparo es improcedente:
I. Contra actos de la Suprema Corte de Justicia.
II. Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo y en ejecución de las mismas.
III. Contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución.
IV. Contra leyes o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo.
V. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso.
VI. Contra leyes, tratados y reglamentos que por su sola vigencia no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite de un acto posterior de aplicación para que se origine el perjuicio.
VII. Contra resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.
VIII. Contra resoluciones y declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o

Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión, revocación o remoción de funcionarios, en los casos en que las constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana y discrecionalmente.

IX. Contra actos consumados de modo irreparable.

X. Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas de modo irreparable las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo.

XI. Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento.

XII. Contra actos consentidos tácitamente, es decir, aquellos en que no se promueva juicio de amparo dentro de los términos que señala la ley.

XIII. Contra resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de los cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, y se haya acudido al amparo sin antes haberlo agotado.

XIV. Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o medio de defensa que pueda tener por efecto modificar, revocar o anular el acto reclamado.

XV. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio o proceda algún recurso o medio de defensa y el promovente del amparo no lo haya agotado.

XVI. Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado.

XVII. Cuando existiendo el acto reclamado, no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o materia del mismo.

XVIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

9

El catálogo de causales constitucionales de improcedencia del amparo se han ido reduciendo con el tiempo. Recientemente desaparecieron las que existían en materia agraria y educativa.

10

Tesis 689 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1975, p. 1229.

11

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, tomo XL, p. 3721 (Lescier, José y coag.)

12

Góngora Pimentel, Genaro: Introducción al estudio del juicio de amparo. México, Porrúa, 1989, p. 188.

13

Toca 5449-46-1a. fallado el 6 de febrero de 1947. Informe de Labores de 1947, Segunda Sala, p. 7.

14

Góngora Pimentel, Genaro, op. cit. supra nota 12, p. 7.

15

Tesis 219, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1975, Tercera Parte, Segunda Sala, p. 492.

16

Gessner, Volkmar: Los conflictos sociales y la administración de justicia en México; trad. de Renate Marsiske. México, UNAM, 1984, pp. III-XVI ("Introducción a la edición mexicana"), 134 y ss., y especialmente 142 y ss. (sobre el filtro de la conciliación).

NOTAS AL CAPITULO III

- 1 Un caso extremo es el de Nelson Mandela, quien sufrió 25 años de prisión injusta. Y año con año son reprimidos penalmente, de manera ilegítima, numerosos hombres por expresas sus ideas. Amnistía Internacional, que lucha por su libertad, los considera presos de conciencia.
- 2 Un buen sector de la llamada "criminología crítica", o criminología radical, comparte esta visión. Como introducción a esta corriente de pensamiento véase, entre otros, Baratta, Alessandro: Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal; trad. de Alvaro Búnster. México, Siglo XXI Editores, 1986.
- 3 Pablo Neruda expresa poéticamente esta idea:
No los quiero de embajadores,
tampoco en su casa tranquilos.
Los quiero ver aquí juzgados,
en esta plaza, en este sitio.
Quiero castigo.
- 4 Binding, Karl: Lehrbuch des Strafrechts (Manual de derecho penal). 2a. ed., 1902, p. 20.
- 5 Roxin, Claus: "Sentido y límites de la pena estatal", en su libro Problemas básicos del derecho penal. Madrid, Reus, 1976, pp. 21-22.
- 6 Beccaria, Cesare de: De los delitos y de las penas. Varias ediciones (la original apareció en Milán en 1764).
- 7 Roxin, Claus: "Las nuevas corrientes de la política criminal en la República Federal Alemana", en Nuevo pensamiento penal, Buenos Aires, año I, número 3, septiembre-diciembre 1972, p. 390.
- 8 "... las cárceles son escuelas privilegiadas del crimen y escenario de concentración de riñas, lesiones personales, asesinatos, violaciones carnales, robos, destrucción, planeación del crimen organizado... ". Rojas, Fernando: Criminalidad y Constituyente. Bogotá, CINEP, 1977, p. 76.
- 9 Si se revisa, por ejemplo, el Código Penal para el Distrito Federal, se observará que las figuras delictivas cuya punibilidad aritmética no excede de tres años de prisión, tipifican hechos que, si bien son objeto de reprobación social, no se consideran como auténticos crímenes, esto es, como conductas antisociales muy graves. En el caso de que alguna de estas figuras tipifique una conducta antisocial grave, habría que preguntarse si no es muy leve la sanción que le señala el código.
- 10 Esa contaminación propicia, entre otras cosas, que un pequeño delincuente salga convertido en gran delincuente.
- 11 El tema se aborda exhaustivamente en De la Barreda, Luis: El delito de aborto: una careta de buena conciencia. México, INACIPE-Miguel Angel Porrúa, 1991.

12

El Código Penal para el Distrito Federal establecía:

Artículo 255: "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes. Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador o sin licencia".

Artículo 256: "A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía".

13

Véase De la Barreda, Luis: "Legalidad penal y poder punitivo estatal. Un caso: las figuras de vagancia y malvivencia", en Alegatos, México (UAM), número 14, enero-abril 1985, pp. 97-105.

14

Un inteligente planteamiento sobre la relación entre derecho penal y democracia lo expone Barbero Santos, Marino: "La reforma penal española en la transición a la democracia", en Revue internationale de droit penal, 1978, pp. 57-70.

15

"Se criminalizan conductas que pertenecen preferentemente a la manera y condiciones de vida de los sectores marginales ..." Aniyar, Lolita: "Sistema penal y sistema social. La criminalización y descriminalización como funciones de un mismo proceso", en Memorias del Segundo Encuentro Nacional de Abogados Penalistas. Cali, 1981, p. 16.

16

Los números: 182,075 presuntos responsables; 15,693 detenidos, 49,136 sin detener 117,246 no identificados. 68,076 órdenes de investigación; 14,666 casos concluidos y 53,410 pendientes. Fuente: Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en: Salinas de Gortari, Carlos: Tercer Informe de Gobierno, 1991. Anexo.

17

Solórzano, Ana Irene, Martínez, Irene y Alonso, Antonio: "Foro México 2010". Escenario base común. México, Fundación Javier Barros Sierra, septiembre 1985, tabla 13 (mimeo.).

18

Fuente: Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en Salinas de Gortari, Carlos: Tercer Informe de Gobierno 1991. Anexo.

19

Véase García Ramírez, Sergio: Narcotráfico: un punto de vista mexicano. México, Miguel Ángel Porrúa, 1989.

20

Datos de la Procuraduría General de la República.

21

Estas medidas ya habían sido propuestas en De la Barreda, Luis: La tortura en México; 2a. ed. México, Porrúa, 1990.

22

Thorwald, Jürgen: El siglo de la investigación criminal. Barcelona, Labor, 1966.

23

Palabras pronunciadas en la inauguración de la Jornada Nacional contra la Tortura. Véase la Memoria correspondiente, publicada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.

-
- 24 Paper Protection: Human Rights Violations and the Mexican Criminal Justice System. Minneapolis, 1990.
- 25 Aguilar, Magdalena: El defensor del ciudadano (ombudsman). México, UNAM-CNDH, 1991, p. 17.
- 26 Consúltase el informe completo en Nexos, México, núm. 157, enero de 1991, pp. 33-42.
- 27 Véase el informe completo en Nexos, México, núm. 160, abril 1991, pp. 35-44.
- 28 Montesquieu, Charles de: Del espíritu de las leyes; libro XI. Buenos Aires, Helista, 1987.
- 29 Alejandro del Palacio trata ampliamente esta cuestión en su libro Teoría final del Estado. México, Miguel Angel Porrúa, 1986, pp. 54-82.
- 30 De la Barreda, Luis: "Sistemas procedimentales en materia penal", Criminalia, México, enero-junio 1981, pp. 54-82.
- 31 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio: El sistema procesal penal en la Constitución. México, Porrúa, 1979, pp. 45-46.
- 32 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe de labores de 1992. Apéndice estadístico.
- 33 En diciembre de 1990 había 93,119 internos en las diferentes cárceles del país. De ellos, 56,193 estaban bajo proceso y 36,926 se encontraban purgando una pena. Comisión Nacional de Derechos Humanos: Diagnóstico de las prisiones en México. México, CNDH, 1991, p. 71.
- 34 Véase Alegatos, México, núm. 2, enero-abril 1986, pp. 58-59.
- 35 Dirección General de Servicios Legales del DDF, 1991.
- 36 La creación de plazas suficientes, con salarios decorosos, es una medida indispensable, a la que pueden sumarse otras. Se podrían celebrar convenios de servicio social con escuelas y facultades de derecho, a fin de que los pasantes, supervisados por los profesores, atendieran la defensa de indiciados en las agencias investigadoras. Las barras y colegios de abogados podrían comprometerse a que sus miembros llevaran un número determinado de casos. En España, por ejemplo, las defensas gratuitas significan, para los abogados particulares, la exención de impuestos hasta cierto límite.
- 37 Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación (véase Comisión Nacional de Derechos Humanos: Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano. México, CNDH, 1992, p. 11)
- 38 Segundo informe semestral de la Comisión Nacional de Derechos, junio de 1991. Véase también CNDH: Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano, cit. supra nota 37.

NOTAS AL CAPITULO IV

¹ En realidad, los despachos de abogados aplican muy variados sistemas de cobro. Es frecuente que en los asuntos comunes de particulares, en lugar del pago por hora, se cobren dos o más salarios mínimos por mes, aparte de otros gastos. Una simple consulta, por su parte, puede costar varios cientos de nuevos pesos. Clemente Valdés S. ("El acceso a la justicia en México", en La Jornada, 3, 10, 12 y 13 de marzo de 1993, pp. 35, 21, 39 y 13 respectivamente) calcula que el 86% de la población del Distrito Federal, con ingresos hasta de 5 salarios mínimos al mes, no tiene posibilidades de acceso real a una buena asesoría jurídica privada.

² Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant: "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report", en Capelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.): Access to Justice. A World Survey. Milano-Aalphenaanenrijn, Giufré-Sijthoff & Noordhoff, 1978-79, vol. I, p. 10.

³ Entrevista con el Director General de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal.

⁴ Fix Zamudio, Héctor: Los problemas contemporáneos del Poder Judicial. México, UNAM, 1986, p. 13.

⁵ Idem.

⁶ Principalmente en los tribunales locales, sucede a menudo que una de las partes da una propina al personal para que esconda el expediente, con el fin de retrasar el procedimiento. La contraparte se ve entonces obligada a ofrecer dinero para que aparezca el expediente perdido.

⁷ Si no se retribuye al actuario para lleve a cabo su trabajo, es común que elabore un acta donde hace constar que no encontró el domicilio señalado para practicar el embargo o notificar la demanda, o bien, asienta simplemente que no había nadie en el domicilio y que, por consiguiente, no pudo realizar la diligencia.

⁸ Normalmente se cobra un porcentaje sobre el valor del asunto (alrededor de un 1%), pero aumenta en razón de la distancia o de las perspectivas de enfrentar problemas especiales, como la resistencia del embargado.

⁹ También hay la posibilidad de sacar copias "clandestinas", que cuestan alrededor de un nuevo peso por hoja, propina incluida.

¹⁰ El monto varía cada año, conforme a la Ley Federal de Derechos. Se trata actualmente de un porcentaje (2.5%) sobre el valor del asunto principal, con un tope de 2,200 nuevos pesos si dicho valor supera los 104,000 nuevos pesos.

¹¹ Algunos abogados cobran un porcentaje sobre el valor de lo recuperado (10 o 15%, por ejemplo).

¹² Precisamente el alto costo de los litigios es causa de que una u otra parte utilicen las

demandas judiciales como medio de presión para llevar a un arreglo negociado.

13 Las costas procesales son los honorarios de los abogados y los gastos y demás erogaciones legítimas y susceptibles de comprobación legal efectuados durante la tramitación del juicio.

14 Por esta razón, dicha tarifa o arancel, contenida en los artículos 229 y 230 de la Ley citada, no se aplica prácticamente nunca.

15 Un ejemplo de derecho informal se da en la compraventa de inmuebles. Así, para efectuar la compraventa de un terreno, toda vez que no se podrían pagar las elevadas tarifas notariales por la escrituración, se celebra una especie de convenio que, según los firmantes, transfiere la propiedad del vendedor al comprador.

NOTAS AL CAPITULO V

1 Alcántara, Manuel: Sistemas políticos de América Latina. México, Tecnos, 1990, p. 23.

2 Barry, Brian: Sociologists, Economists and Democracy. Chicago, University of Chicago Press, 1970.

3 Almond, Gabriel y Verba, Sidney: The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations. Princeton, Princeton University Press, 1963.

4 Levy, Margaret: Of Rule and Revenue. Berkeley, University of California Press, 1988.

5 Véase, por ejemplo, la obra clásica de Lerner, David: The Passing of Traditional Society. New York, The Free Press, 1958, o las obras del politólogo Karl W. Deutsch.

6 Huntington, Samuel P.: Democracy's Third Wave. Oklahoma, Oklahoma University Press, 1991.

7 Banco Mundial: Informe del desarrollo mundial de 1992. Oxford, Oxford University Press, 1992.

8 O'Donnell, Guillermo: Modernization and Bureaucratic Authoritarianism. Studies in South American Politics. Berkeley, Institute of International Studies, 1973.

9 Huntington, Samuel P.: Power and Order in Changing Societies. New Haven, Yale University Press, 1988.

10 Przeworski, Adam: "Some Problems in the Study of the Transition to Democracy", en O'Donnell, Guillermo y Schmitter, Phillip C. (compiladores): Transitions from Authoritarian Rule, vol. 1. Baltimore, John Hopkins University Press, 1986; y del mismo autor: "Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts", en Elster, Jon y Slagstad, Rune

(compiladores): Constitutionalism and Democracy. Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

11 Przeworski, Adam: Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

12 Excélsior, año 10, núm. 5 (1927), p. 19-A, citado en Tobler, Hans Werner: "Peasants and the Shaping of the Revolutionary State, 1910-1940", en Katz, Friedrich (compilador): Riot, Rebellion and Revolution. Rural Social Conflict in Mexico. Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 497.

13 Sánchez Medel, Ramón: El fraude a la Constitución. México, Porrúa, 1988.

14 Tena Ramírez, Felipe: Derecho constitucional mexicano; 12a. ed. México, Porrúa, 1973.

15 Rabasa, Emilio: La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México. México, Porrúa, 1956.

16 Bazant, Jan: "From Independence to Liberal Republic", en Bethell, Leslie (comp.): Mexico since Independence. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

17 Cosío Villegas, Daniel (comp.): Historia moderna de México. México, Hermes, 1958-72.

18 Rabasa, Emilio, op. cit. supra nota 15, p. 66.

19 Huntington, Samuel P., op. cit. supra nota 9.

20 Bazant, Jan, op. cit. supra nota 16.

21 Coatsworth, John: Los orígenes del atraso. Nueve ensayos de historia económica de México en los siglos XVIII y XIX. México, Alianza Editorial Mexicana, 1990.

22 Idem.

23 Ibidem, p. 215.

24 Bazant, Jan, op. cit. supra nota 16.

25 Coatsworth, John, op. cit. supra nota 21.

26 Idem.

27 Stevens, Donald F.: Origins of Instability in Early Republican Mexico. Durham, N.C., Duke University Press, 1991.

28 Zoraida Vázquez, Josefina: "Los primeros tropiezos", en Cosío Villegas, Daniel (coord.): Historia general de México; tomo 2, 3a. ed. México, Harla-El Colegio de México, 1988.

-
- 29 Bazant, Jan, op. cit. supra nota 16.
- 30 Coatsworth, John, op. cit. supra nota 21.
- 31 Zoraida Vázquez, Josefina, op. cit. supra nota 28.
- 32 Coatsworth, John, op. cit. supra nota 21.
- 33 Florescano, Enrique y Gil Sánchez, Isabel: "La época de las reformas borbónicas y el crecimiento económico, 1750-1808", en Cosío Villegas, Daniel (coord.), op. cit. supra nota 28.
- 34 Coatsworth, John, op. cit. supra nota 21.
- 35 González, Luis: "El liberalismo triunfante", en Cosío Villegas, Daniel (coord.), op. cit. supra nota 28.
- 36 Stevens, Donald F., op. cit. supra nota 27.
- 37 North, Douglass: Structure and Change in Economic History. New York, Norton, 1981.
- 38 Tamayo y Salmorán, Rolando: Introducción al estudio de la constitución. México, UNAM, 1989, p. 248. Subrayado en el original.
- 39 Véase al respecto el análisis de Noriega Cantú, Alfonso: Lecciones de amparo. México, Porrúa, 1980. La Suprema Corte de los Estados Unidos, al analizar la constitucionalidad, no se limita a hacer un contraste lógico-jurídico entre la Constitución y el acto impugnado. Aplica, en cambio, criterios generales de interpretación constitucional y evalúa qué tan razonable o conveniente es dicho acto, según los principios del derecho.
- 40 Respecto de la doctrina de la cuestión política, se puede recomendar el interesante debate entre Herbert Wechler, Alexander Bickel y Graham Hughes: "Civil Disobedience and the Political Question Doctrine", en New York University Law Review, vol. 43, núm. 4, 1972. La posición de Wechler es que la doctrina de la cuestión política es materia de competencia constitucional; para Bickel se trata de "prudencia institucional" y se justifica cuando se presenta alguna de las siguientes razones: a) lo extraño del asunto y la imposibilidad de tratarlo conforme a los principios generales del proceso judicial; b) su carácter intrincado que tiende a desequilibrar el razonamiento judicial; c) la dificultad de ejecutar la sentencia; y d) la vulnerabilidad del Poder Judicial al no estar vinculado con el electorado. Para Hughes, en algunos casos se justifica no decidir por razones políticas, como por ejemplo, cuando la decisión amenace la seguridad nacional. Sin embargo, Hughes considera en general que la Corte está obligada a decidir o de lo contrario se le estaría dando libertad a los otros poderes para actuar en forma inconstitucional.
- 41 Weingast, Barry: "The Economic Role of Political Institutions", The Hoover Institution (mimeo.).

42

Véase, supra, el capítulo II.

43

Dichas disposiciones misceláneas no se modificaron, por primera vez, en el presente año.

44

Levy, Margaret, op. cit. supra nota 4.

45

Más formalmente, no se viola una ley cuando la utilidad estimada de infringirla es menor que el costo de hacerlo, ponderado con la probabilidad de ser descubierto, más una prima por adversidad al riesgo. Véase la teoría del cumplimiento de Becker, Gary: The Economic Approach to Human Behavior. Chicago, University of Chicago Press, 1987; la teoría económica del derecho de Posner, Richard A.: "The Social Costs of Monopoly and Regulation", en Journal of Political Economy, núm. 83, August 1975, pp. 8-7-827, y la escuela de la elección pública de Buchanan, James y Tullock, Gordon: The Calculus of Consent. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

46

Véase Kreps, David: "Corporate Culture and Economic Theory", en Alt, James y Shepsie, Kenneth (eds.): Perspectives on Positive Political Economy. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

47

Madison, James: The Federalist Papers, varias ediciones.

48

Idem.

49

Popper, Karl: The Open Society and its Enemies; 2 vols. New Jersey, Princeton University Press, 1966.

NOTAS AL CAPITULO VI

1

Esta influencia puede advertirse en muchos países. Por ejemplo, en Inglaterra se desarrolló el control de los actos de autoridad gracias a la alianza del Parlamento con abogados y jueces independientes del poder real. Debido a la independencia y capacidad de sus funcionarios judiciales, la India tiene en su poder judicial uno de los escasos contrapesos al Parlamento y un gran promotor de los derechos de las clases desprotegidas.

2

Fix Zamudio, Héctor: Mensaje a los alumnos de primer ingreso de la Facultad de Derecho de la UNAM. 1990, pp. 9-10 (mimeo.)

3

Ibidem, p. 10.

4

Nonet, Phillip y Carlin, Jerome E.: "The Legal Profession", en International Encyclopaedia of Social Sciences; vol. 9. New York, The MacMillan Co & The Free Press, 1972, pp. 66-72.

5

La mayor parte de lo descrito en este apartado se basa en Johnson Jr., Earl et al.: "Access

to Justice in the United States: The Economic Barriers and Some Promising Solutions", en Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.): Access to Justice; vol. I, libro 2. Milano-Aalphenaaandenrijn, Giuffré-Sijthoff & Noordhoff, 1978, pp. 1003-1023.

6 Rocard, Michel: "Carta a los ministros", en El Nacional; suplemento especial, 20 de agosto de 1990, p. 2.

7 Stjerquist, Nils: "Judicial Review and the Rule of Law: Comparing the United States and Sweden", en Policy Studies Journal (Symposium. Judicial Review and Public Policy in Comparative Perspective), vol. 19, núm. 1, otoño 1990, pp. 106-115.

8 Rocard, Michel, op. cit. supra nota 6, p. 2.

9 Idem.

10 Vázquez Pando, Fernando Alejandro: "Notas sobre el sistema jurídico mexicano, a la luz de la Constitución", en Jurídica, núm. 7, 1975, p. 631.

11 Discurso pronunciado al recibir el Premio Nacional de Jurisprudencia, en Proceso, núm. 736, 10 de diciembre de 1990, p. 8.

12 Vázquez Pando, Fernando Alejandro: "La evolución general del derecho mexicano", en Jurídica, núm. 10, tomo I, 1978, p. 119. Si bien el autor hacía referencia a una década (1968-1977) marcada por la demagogia legislativa, la afirmación mantiene su actualidad en lo fundamental, ya que no cabe duda que las que en su opinión eran las causas principales de la dispersión normativa, siguen existiendo en México: el centralismo y los numerosos organismos del Ejecutivo facultadas para emitir normas de carácter general (esto es, "paralegislativos" y "paraconstituyentes").

13 Véase Stone, Alec: "The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe", en Policy Studies Journal, vol. 19, núm. 1, otoño 1990.

14 Ibidem. Kelsen expuso estas ideas en un conocido trabajo de 1928. Véase Kelsen, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)"; trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Anuario jurídico, México, núm. 1, 1974.

15 Ehrmann, H. W.: Comparative Legal Cultures. Englewood, N. J., Prentice Hall, 1976.

16 Sobre la cuestión de la legitimidad democrática de la justicia constitucional véase el incisivo ensayo de Cappelletti, Mauro: "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional"; trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, en su libro La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado). México, UNAM, 1987, pp. 307-353.

17 Sobre los tribunales constitucionales europeos puede verse Fix Zamudio, Héctor: Los tribunales constitucionales y los derechos humanos; 2a. ed. México, Porrúa, 1985.

18 Stone, Alec, op. cit. supra nota 13, pp.87-88. Sin embargo, los políticos no siempre aprenden la lección. Son famosas en este sentido las repetidas sentencias del Tribunal

Constitucional federal alemán sobre el financiamiento de los partidos políticos.

19 Ibidem. La opinión de Stone se refiere a los tribunales constitucionales europeos. Sin embargo, en Canadá, el papel activo de los tribunales no despierta insatisfacción popular. Por el contrario, las encuestas indican que "una clara mayoría de los canadienses prefiere que sean los jueces y no las legislaturas los que decidan finalmente en cuestiones relativas a derechos y libertades". Russell, Peter: "The Diffusion of Judicial Review: The Commonwealth, the United States, and the Canadian Case", en la misma publicación, p. 123.

20 Véase Rehnquist, William H.: "Presidential Appointments to the Supreme Court", en The Supreme Court. New York, William Morrow and Company, 1987.

21 William H. Rehnquist, actual presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, describe el funcionamiento del mecanismo institucional que impide que el poder judicial quede sin contrapesos. "Los creadores de nuestro sistema de gobierno pueden haber construido una obra mejor que la que planeaban. Querían una Constitución que limitara los excesos del gobierno de la mayoría, y crearon una institución para hacer cumplir las normas de la Constitución. Pero, temerosos del poder sin contrapesos en el poder judicial, como en las otras ramas del gobierno otorgaron al Presidente, con aprobación del Senado, la facultad de nombrar a los miembros de la Corte, y a los ciudadanos, el derecho de enmendar la Constitución, mediante una mayoría especial. Limitaron a la Corte a decidir sólo los casos y las controversias que se le plantearan, y la hicieron parcialmente dependiente de las ramas del gobierno electas por voto popular para la ejecución de sus sentencias". Op. ult. cit. supra nota 20, p. 319. Mecanismos institucionales similares existen en casi todos los sistemas políticos que adoptan la división de poderes.

22 Kitchin, William: "The Implications for Judicial Review in the Current Legal Reforms in the Soviet Union", en Policy Studies Journal, vol. 19, núm. 1, otoño 1990, p. 103.

23 Ibidem, p. 103.

24 Díaz, Luis Miguel: Arbitraje: privatización de la justicia. México, Themis, 1990, pp. 13-14. Alexander Hoagland proporciona también una lista de las ventajas del arbitraje privado, menos optimista que la de Díaz pero igualmente favorable a este mecanismo. Hoagland, Alexander: "Treaties Provide an Alternative to Lawsuits for Settling Private International Trade Disputes", Business Mexico, vol. 1, núm. 4, junio 1991, p. 46.

25 Mills, Miriam K.: "Overview and Implications of Alternative Dispute Resolution", en Policy Studies Journal, vol. 16, núm. 3, primavera 1988, pp. 495-496.

26 Datos de los organismos mencionados, citados por Díaz, Luis Miguel, op. cit. supra nota 24, p. 17.

27 Díaz, Luis Miguel, op. cit. supra nota 24, p. 16. Sin embargo, en el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y los Estados Unidos (firmado pero no ratificado), nuestro país acepta, con modalidades específicas, este mecanismo de arbitraje. También se obliga a promover el arbitraje comercial en lo interno.

28 Véase el "Apéndice B" a CIDAC: El Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos: Camino para fortalecer la soberanía. México, CIDAC-Diana, 1991, pp. 247-265.

29

Véase Lowenfeld, Andreas F.: "Binational Dispute Settlement Under Chapter 19 of the Canada-United States Free Trade Agreement: An Interim Appraisal" y el debate de expertos reproducido a continuación de este artículo, en New York University Journal of International Law and Politics, vol. 24, núm. 1, otoño 1991, pp. 269-437. Con la entrada en vigor del Tratado trilateral de Libre Comercio, nuestro país podrá recurrir también al mecanismo de los paneles bilaterales al que se hace referencia.

30

Díaz, Luis Miguel, op. cit. supra nota 24, p. 17.

31

Para información sobre este modelo procesal, véanse Bender, Rolf: "The Stuttgart Model" y Johnson Jr., Earl: "Promising Institutions: A Synthesis Essay", ambos en Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.), op. cit. supra nota 5, vol. II, libro 2.

32

Johnson Jr, Earl, op. ult. cit., p. 888.

33

La mayor parte de la información sobre el Rechtspfleger (pronúciase "réjtspfleguer") se tomó de Bender, Rolf y Eckert, Helmut: "The Rechtspfleger in the Federal Republic of Germany", en Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.), op. cit. supra nota 5, vol. II, libro 2, p. 824.

34

Rico, José María: "El poder discrecional de la policía y su control", en Rico, José María (compilador): Policía y sociedad democrática. Madrid, Alianza Editorial, 1983.

35

Cappelletti, Mauro: "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", en Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.), op. cit. supra nota 5, vol. II, libro 1.

36

Rico, José María, op. cit. supra nota 34, pp. 38-39.

37

Dos sistemas considerados anteriormente paradigmáticos de la centralización y de la descentralización policiaca, el de Francia e Inglaterra, respectivamente, muestran hoy día elementos mixtos así como un contrapeso importante en el poder judicial.

38

Rico, José María, op. cit. supra nota 34, pp. 38-39.

NOTAS AL EPILOGO

1

Butler, W. E.: Perestroika and the Rule of Law: Angloamerican and Soviet Perspectives. London, I. B. Tauris & Co., 1991, p. 5.

2

Ibid., p. 5.

3

Livshits, R. Z.: "Jus and Lex: Evolution of Views", en Butler, W. E., op. cit. supra nota 1, pp. 35-36. Sobre el papel relevante del derecho en las reformas soviéticas puede verse Becerra Ramírez, Manuel: El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la

Comunidad de Estados Independientes. México, UNAM, 1992.

4 Freeman, M. D. A.: "The Rule of Law - Conservative, Liberal, Marxist, and Neomarxist: Wherein Lies the Attraction?", en Butler, W.E., op. cit. supra nota 1, pp. 44-45.

5 Dworkin, Ronald: El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa, 1988, p. 15.

6 Ibid., p. 15.

7 Ibidem, p. 290.

8 Kumanin, E. V.: "Political Pluralism and Law", en Butler, W. E., op. cit. supra nota 1, p. 77.

9 Samuelson, Paul A.: Economics. New York, McGraw-Hill, 1980.