



Estado de Derecho: Garantía Jurídica de las Inversiones

Alejandro Moreno Pérez

Prólogo

El tema que nos ha sido asignado, requirió definir previamente cómo abordarlo, en especial por aquella parte que habla de la “garantía jurídica de las inversiones”.

Consideramos una primera alternativa: la de adentrarnos en la normatividad vigente en México constituida por un sinnúmero de normas que regulan diferentes materias, establecen requisitos u obligaciones y conceden derechos a un inversionista o emprendedor, tales como las leyes relativas al desarrollo urbano, uso de suelo, medio ambiente, régimen laboral, inversión extranjera, reglamentos municipales, etc. Pero comprendimos que ello, además de extenso, resultaría inútil, pues tal normatividad no basta para ofrecer “garantías a la inversión”.

Creemos que una de las razones por las que fuimos invitados a desarrollar este tema, es precisamente por la ineficiencia de esas normas para fomentar en realidad la inversión y alentar la creación de empresas competitivas; además, porque sería tanto como aceptar que las garantías o normas que pudieran dar seguridad a las inversiones, pueden analizarse en forma separada o independiente de aquellas otras que

regulan aspectos diferentes de la vida en sociedad.

Dicho de otra forma: las normas que regulan el mundo de los negocios y a la economía en general, no se pueden desvincular de las normas que nos otorgan seguridad pública, de las que regulan las relaciones no mercantiles (ya sea con autoridades o entre los particulares), las profesionales y en general las que regulan la convivencia social en su sentido más amplio. Un régimen adecuado para la inversión está estrechamente ligado con uno adecuado para el desarrollo social en sentido integral. Esta afirmación la percibimos compartida con aquellos que eligieron este tema, pues lo ubican dentro del concepto de *Estado de Derecho*.

Por lo expuesto hasta aquí, preferimos someter al análisis de los lectores aquellos que consideramos razones de fondo de la palmaria insuficiencia dentro del marco jurídico vigente en México.

Antes, sin embargo, debemos aclarar qué significa ese concepto de *Estado de Derecho*. No busquemos la respuesta en las declaraciones y los discursos de los funcionarios públicos, de los partidos políticos ni aun de los líderes empresariales, ya que la expresión es utilizada libremente.

La utilización del término arroja verdades a medias que en vez de auxiliar para buscar soluciones reales, confunden y permiten que quienes gozan de beneficios por nuestra propia ineficiencia, lo continúen haciendo. Lo que es un hecho, y de esta realidad partimos para nuestra exposición, es que el concepto siempre se usa para denotar la ausencia del Estado de Derecho; su connotación manifiesta siempre algo negativo, que no funciona.

Acudamos a conceptos fundamentales que ayuden a comprender lo que significa *Estado de Derecho* y sobre todo, las razones del rezago como país en este rubro. Con este fin, realizaremos un ejercicio lógico muy simple. Partiremos de lo conceptual para luego tocar, en el terreno de los hechos, algunos eventos que consideramos relevantes del estado (con minúscula) que guarda nuestro Estado de Derecho (con mayúscula).

Concepto de Estado de Derecho

El tema de *Estado de Derecho* fue abordado en una convención nacional del IMEF, en la que se contó con una exposición realizada por el Doctor en Derecho José Ramón Cossio¹, en esa fecha Jefe del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y hoy Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Nos auxiliaremos de ese trabajo para iniciar el ejercicio lógico.

Como parte del análisis que el Doctor Cossio hace del tema, enfoca al Estado de Derecho como

un modelo, o sea, un formato o esquema dentro del que deben darse las formas de actuación de los componentes públicos y privados de una sociedad, sea respecto a sí mismos o sus integrantes, o al otro componente. Así, el modelo determina tanto las tareas del poder público y de los gobernados, como las relaciones entre ellos. Con este enfoque, el propio Doctor Cossio identifica cuatro modelos diferentes de Estado de Derecho surgidos en diversas etapas de la historia política. Nos referiremos a ellos concisamente.

A).- Rule of Law.

De origen inglés, postula fundamentalmente que todos los habitantes de un estado, sean gobernantes o gobernados, están sometidos a la Ley. Los derechos y obligaciones de tales gobernantes y gobernados deben estar establecidos en la Ley y no en las decisiones de los sujetos que detentan el poder. Es, en suma, el Estado de Derecho “un gobierno de leyes y no de hombres”.

B).- Etat du Droit.

Este modelo tiene su origen en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Sus conceptos básicos son dos: 1.- La existencia y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. 2.- La división de poderes como forma de garantizar el respeto a esos derechos fundamentales o garantías individuales de los gobernados.

La diferencia entre el modelo

¹ Estado de Derecho, Concepto, Funciones y Limite. José Ramón Cossio D.

inglés y el francés, es que el primero buscó garantizar la posición de gobernantes y gobernados frente a ellos mismos y frente al Estado; el segundo, en cambio, buscó proteger a los gobernados de los actos del Estado realizados por los gobernantes.

C).- *Rechtsstaat*.

De origen alemán, surgió como respuesta a la debilidad del Estado en la segunda mitad del siglo XIX y buscaba, por tanto, el fortalecimiento del poder público del Estado con el fin de dotarlo de la legitimidad necesaria para lograr la unificación de los diversos principados que constituían el Estado nacional alemán. Siendo reiterativos: este modelo puede justificar el fortalecimiento del poder público con objeto de alcanzar cualquier otro fin que en un momento histórico determinado se considere como valioso. Así, fue utilizado en el mismo país para intentar la eliminación de una minoría étnica.

D).- *Económico*.

Este cuarto y último modelo es el más reciente. Entrado en desuso, el concepto de *Estado de Derecho* fue retomado a finales de los años ochenta y principios de los noventa por los economistas, para significar la serie de requerimientos y normas que permitieran el desarrollo económico a través de la protección de la propiedad en su sentido económico. Se resta importancia a sus principios como ciencia y norma general de

relación social, para garantizar el desarrollo económico a través de criterios de eficiencia, tribunales expeditos y autónomos, apertura económica al exterior, libre competencia económica, etc. El Estado de Derecho significa todo aquello que sirva para satisfacer necesidades económicas. En este modelo, pues, el Derecho se constituye en un instrumento de la Economía.

Hoy día, los diferentes estados han tomado elementos provenientes de estos modelos enunciados por el Doctor Cossio; algunos han recurrido a su concepción original, otros han abrevado en diferentes momentos y grados de su evolución. Pero comencemos a separarnos del trabajo de referencia, para dirigir la atención a un común denominador de los cuatro modelos: todos persiguen un fin.

El modelo inglés tenía la finalidad de terminar con el poder discrecional del monarca, procurando que todo cuanto fuese objeto de regulación quedase previsto en la ley y no a la libre decisión del gobernante. Por su parte, el modelo francés buscaba salvaguardar la libertad del hombre frente al poder público. El concepto alemán se dirigía a que el Estado tuviera la fuerza jurídica para generar la unificación política de un país. Finalmente, el modelo económico del Estado de Derecho tiene por meta satisfacer preferentemente necesidades económicas.

Iniciando nuestro ejercicio lógico para encontrar el significado de Estado de Derecho, preguntémos: ¿a qué obedece la existen-

**En la sociedad,
las relaciones
societarias se
establecen sobre
la base de un fin
común conocido y
querido libremente
por los miembros
de la sociedad.**

cia de ese común denominador, esa búsqueda de un fin?

El Estado como organización política es una especie del género sociedad. En Sociología se distinguen dos clases de conglomerados de personas, la sociedad y la comunidad. Esta distinción radica en que en la sociedad, las relaciones societarias se establecen sobre la base de un fin común conocido y querido libremente por los miembros de la sociedad. En cambio, en la comunidad las relaciones entre los individuos se establecen por causas ajenas a la voluntad colectiva; provienen de hechos de la naturaleza o del medio. Un ejemplo simple: en la llamada célula de la sociedad, como es la familia, podemos encontrar relaciones comunitarias y societarias. Así, el parentesco por consanguinidad, existente entre personas que provienen de un tronco común, constituye el reconocimiento de un hecho de la naturaleza y no de la consecución de un fin por los miembros de esa familia; sin embargo, al adoptarse un régimen económico que regula el patrimonio de los cónyuges en una sociedad conyugal o en una sociedad legal, tendremos una relación societaria que persigue un fin conocido y querido por los propios cónyuges.

Así, el Estado, como forma compleja de una sociedad, persigue un fin; **fin común** que constituye el **primer elemento** del concepto de Estado de Derecho que estamos buscando.

De la existencia de un fin común se sigue otra consecuencia lógica: que el propósito de alcanzarlo requiere de la existencia de una autoridad

que ordene los actos tendentes a ello. Esto es, un poder público que imponga de manera ordenada la realización de los actos societarios para alcanzar ese fin común. Este *poder público* es el *segundo elemento* de nuestra definición de *Estado de Derecho*.

De la existencia de la autoridad, de un poder de mando, se colige el **tercer elemento** del Estado: el **territorio**. Toda autoridad por definición requiere de un espacio material o físico en donde ejercerse. Así, el territorio determina conceptualmente la dimensión de la autoridad política. Desde un punto de vista negativo, implica que ningún poder extraño podrá realizar actos de autoridad dentro de ese territorio; desde uno positivo, que todas las personas dentro de ese territorio, se encuentran sujetas a tal autoridad.

En la anterior afirmación encontramos al **cuarto elemento**. La autoridad política debe tener su origen en alguien que la nombre y la reconozca como tal y, obviamente, alguien que constituya el destinatario de su ejercicio. Esta es la **población**. No se concibe la idea de sociedad sin un conjunto de personas que se relacionen entre sí, las cuales constituyen la población del Estado por residir dentro de su territorio.

En este punto, hemos llegado al encuentro del **quinto y último elemento** definitorio de nuestro concepto. Es el que permite agregar la palabra *Derecho* a la palabra *Estado*. Una sociedad integrada por una **población** que reside dentro de un **territorio** y que persigue un **fin común** bajo la existencia de una **autoridad**, necesita un elemento de cohesión, **un orden jurídico**; en

suma, necesita al Derecho.

Antes de profundizar en esta última afirmación, concluyamos nuestro intento de construcción lógica del concepto de Estado, tomando una definición aceptada mayoritariamente por la doctrina de la Teoría General del Estado:

“La organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio”²

Habiendo llegado a esta definición, sólo nos resta analizar qué significa esa “organización jurídica” que aparece como el último elemento de la misma.

El primero de sus términos, esto es, la “organización”, significa según el sociólogo Jurista Eugen Ehrlich³: “La regla de la sociedad que asigna a cada miembro de ésta su posición dentro de la misma, ya de dominación, ya de sujeción, y las funciones que le corresponden.”

Esta regla de la sociedad, esta organización, es jurídica, lo que significa que está conformada por normas jurídicas. A fin de comprender el alcance del carácter *jurídico* de estas normas, conviene distinguir entre **regla, norma y norma jurídica**.

La **regla**, según su definición filosófica generalmente aceptada, es: “una fórmula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar un fin determinado.”⁴ Es un concepto más general que el de norma y que admite muchas variedades; así, tenemos reglas convencionales, culinarias, artísticas, etc.

La **norma** es “una regla de conducta obligatoria”. Prescribe un deber, no se limita a darnos una fórmula para

alcanzar un fin, sino que impone un juicio de valor, un “deber ser” para alcanzar ese fin. Así, tenemos las normas morales que prescriben un deber y que en conciencia las consideramos obligatorias; pero estas normas, aun cuando prescriben deberes, no generan un correlativo que tenga la facultad para exigirnos el cumplimiento de ese deber. Por tanto, su incumplimiento no trae como consecuencia la posibilidad de hacer que tal deber se cumpla coercitivamente.

En este elemento hallamos la distinción de las normas jurídicas respecto de otras normas. Las **normas jurídicas** tienen la característica de ser imperativo-atributivas: establecen un deber a cargo de un sujeto y correlativamente atribuyen una facultad a otro sujeto para exigir el cumplimiento de ese deber. La existencia de la dualidad de sujetos y el que uno de ellos tenga la facultad de exigir del otro el cumplimiento de un deber, trae consigo otra característica inherente a la norma jurídica, que es la coercibilidad. Bajo este punto de vista, la **coercibilidad** se define como *la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea e incluso en contra de la voluntad del obligado*.

Son las normas jurídicas las que constituyen y dan cohesión a esa organización jurídica de la sociedad que llamamos Estado.

Un punto final para encontrar

Una sociedad integrada por una población que reside en un territorio y que persigue un fin común bajo la existencia de una autoridad, necesita un elemento de cohesión, un orden jurídico; en suma, necesita al Derecho.

² García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 18ª ed., México, 1971.

³ Citado en García Maynez, *op.cit.*

⁴ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, 2ª ed., México, 1961.

el contenido del concepto *Estado de Derecho*: al conjunto de normas jurídicas, al conjunto de normas imperativo-atributivas, se le llama Derecho Objetivo. Podemos afirmar, pues, que hoy día no hay Estado sin Derecho, o dicho de otra forma, **todos los estados son Estados de Derecho**.

Por lo expuesto, disentimos de quienes intentan diferenciar los conceptos de Estado *de* Derecho y Estado *con* Derecho. Vale analizar la eficacia, el cumplimiento del Derecho en un Estado; pero no afirmar que hay Estados *con* Derecho que no son *de* Derecho. Bien dice el preclaro jurista Jorge Jellynek⁵: “*el Estado puede, es verdad, elegir su Constitución (su Derecho); pero es imprescindible que tenga alguna. La anarquía es una posibilidad de hecho, no de derecho*”.

Constitución Política de un Estado

Ahora bien, si el *Estado de Derecho* es un modelo y todo estado es un Estado de Derecho, ¿dónde y cómo se plasma ese modelo en cada país?

La interrelación estrecha e indisoluble del Estado y del Derecho supone un rasgo esencial del Estado. Éste es su autonomía.

La autonomía se entiende como *la facultad que la propia sociedad denominada Estado, tiene de darse a sí misma sus leyes y de actuar de acuerdo con ellas*. Esas leyes atañen a las normas que regulan la estructura y el funcionamiento del poder público (el componente público del que habla el Doctor Cossio cuando se refiere al Estado de Derecho como un

modelo) y aquellas que van dirigidas a los gobernados (el componente privado). De aquí que se diga que el orden jurídico estatal, o sea, el Derecho Objetivo de un Estado, está integrado por “normas de organización” y por “normas de comportamiento.”

En los Estados modernos, el *modelo elegido* (siguiendo con esta expresión) que, en ejercicio de su autonomía, se convierte en la ley suprema del Estado, se plasma en su Constitución Política.

Esta Constitución en México, lo sabemos, se denomina Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La misma, siguiendo el sistema de las constituciones escritas de los Estados Unidos y de Francia, contiene dos partes: la parte *dogmática*, que contiene las garantías individuales o derechos fundamentales de los gobernados, y la *orgánica*, que regula la organización del poder público, su división en Ejecutivo, Legislativo, Judicial y sus atribuciones.

La Constitución es la norma suprema de un Estado. Es ella misma la que establece este principio, al tiempo que determina la jerarquía de las demás normas jurídicas vigentes en el mismo. Así, el artículo 133 de nuestra Constitución, dice:

“Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados

⁵ Citado por Héctor González Uribe en *Teoría Política*, Porrúa, 1ª ed., México, 1972.

a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Por otra parte, considerando que el Estado, como toda sociedad, es una organización social dinámica y cambiante, todas las Constituciones Políticas pueden ser modificadas, sea para dirigir o para adecuarse a ese cambio. El órgano competente y las reglas para realizar ese cambio, están contenidos en la propia Constitución. Partiendo de este criterio, el Derecho Constitucional distingue las constituciones “rígidas” de las “flexibles”. Las primeras requieren para su modificación mayores requisitos que los exigidos para reformar las leyes ordinarias; las segundas pueden ser modificadas en los mismos términos que las leyes ordinarias. Nuestra Constitución Política es una constitución “rígida”, ya que requiere que el Congreso de la Unión acuerde su modificación por las dos terceras partes de los individuos presentes y posteriormente, que las modificaciones sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

Ahora, tres conclusiones personales:

- a).- México es un Estado de Derecho.
- b).- Como todo estado moderno, las estructuras fundamentales del modelo de Estado de Derecho elegido se encuentran contenidas en la Constitución Política mexicana.
- c).- El modelo elegido ya no es coincidente ni responde a la evolución actual de la sociedad mexicana; su orden jurídico, su Derecho, está resultando ineficaz, no sólo

para perseguir un fin común, sino incluso para identificarlo.

Una opinión sobre las principales causas del rezago de nuestro modelo de derecho y la ineficacia de nuestro derecho

Ponemos a consideración de los lectores dos causas que, a nuestro juicio, explican el rezago de nuestro “Estado de Derecho” y la ineficacia de nuestro Derecho vigente.

La primera de ellas, tiene un fondo jurídico-económico; la segunda, político.

A).- El movimiento auspiciado por los economistas que dio lugar a lo que se conoce como el modelo Económico del Estado de Derecho, tuvo una manifestación clara y contundente en México; pero –y esto es sumamente importante– *sin modificar el modelo*.

En efecto, en el régimen de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) –sin emitir crítica o aplauso alguno respecto a las bondades económicas de las medidas adoptadas en ese período–, el Derecho mexicano fue modificado de manera importante por los economistas, sin que al tiempo se reformara en forma congruente con dichos cambios el modelo del Estado de Derecho plasmado en nuestra Constitución. Nos explicamos.

Como consecuencia de la firma del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica con los Estados Unidos y Canadá en Diciembre de 1992, por criterios esencialmente económicos, el Estado Mexicano asumió una serie de obligaciones para con las contrapartes; obligacio-

Al conjunto de
normas jurídicas, al
conjunto de normas
imperativo-
atributivas, se le
llama Derecho
Objetivo.

nes que implicaban un cambio en nuestras leyes internas.

En el proceso de negociación del tratado, el Ejecutivo realizó, en mayor o menor medida, consultas a los diversos sectores de la economía, prestando oídos, también en mayor o menor medida, a sus opiniones. En las negociaciones mismas, dio participación a representantes destacados de la iniciativa privada y se auxilió de profesionistas reconocidos en las diversas materias que el tratado abarcaba; sin embargo, la participación y el cierto consenso que se obtuvo de buena parte de los sectores de la economía en las negociaciones, no se mantuvieron al efectuar las reformas legales que éste implicaba.

Estimamos que el cambio económico con motivo de este tratado y de la inserción de nuestro país en la inevitable globalización fue profundo. El modelo de Estado plasmado en nuestra Constitución, aun considerando las reformas constitucionales realizadas en el período del Presidente Miguel de la Madrid para establecer la Rectoría del Estado en la Economía y adelgazar el aparato estatal (que ya apuntaban en ese sentido), requerían de una reforma integral, una reforma de Estado, consensuada con los agentes económicos y sociales prevalecientes en aquel momento (al menos, con los que habían participado positivamente en las negociaciones); cosa que no se hizo.

En su lugar, para actualizar nuestra legislación de acuerdo con nuestros compromisos como país y con la nueva economía mundial, se siguieron dos prácticas que a la larga

nos han perjudicado, a saber:

1.- La redacción, no sólo en contenido sino incluso técnica, de nuestras leyes, quedó en manos de los economistas.

Existió una unidad de desregulación bajo la dependencia directa del titular de la, en ese entonces, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en la cual se elaboraron iniciativas de modificación a leyes y reglamentos de contenido económico. Otras, de tipo financiero, se produjeron en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los objetivos económicos guiaron a las nuevas normas dejando de lado no solamente la técnica jurídica, sino principios generales de derecho que deben ser guías de cualquier legislación, como son la justicia, la certeza jurídica y la seguridad jurídica.

Dentro del Derecho, como ciencia, existe una rama denominada Derecho Económico que, dada su calidad de rama, supone precisamente que no todo el Derecho es Derecho Económico. Al parecer, en la época a la que nos referimos se consideró a esta parte de la ciencia jurídica como el todo y bajo sus criterios se modificaron nuestras leyes.

Hoy, aunque vivimos en un Estado de Derecho, tenemos un Derecho que no responde a estos principios generales y por ello es ineficaz.

2.- Añadido a lo anterior, en esa misma época, el propio Poder encargado de aplicar la ley, esto es, el Ejecutivo, frecuentemente decidió, muy seguramente por motivos políticos, soslayarla, esquivarla, contradiciendo de esa forma su misión principal.

Un ejemplo explicará mejor lo anterior: fue necesario, porque así se había convenido, abrir ciertos sectores de la economía a la inversión extranjera. El cambio requería reformar la Ley de Inversión Extranjera, punto sensible de varios sectores y partidos políticos. La solución fue el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera, emitido por el propio Presidente de la República, que teóricamente reglamentó dicha ley; pero que en realidad fue más allá que ésta.

Es bien sabido que en la estructura jerárquica de las normas consagradas por nuestra Constitución en el artículo 133 antes comentado, así como en la distribución de competencias constitucionales entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, la Ley (norma jurídica formalmente emitida por el Poder Legislativo y materialmente de aplicación general y abstracta) se emite por el Poder Legislativo, para ser aplicada en la esfera de su competencia por el Poder Ejecutivo, el cual, para una mejor eficacia en su aplicación, tiene la facultad de reglamentarla. Estos reglamentos, por definición y jerarquía, tan sólo pueden reglamentar (esto es, llevar al detalle las normas generales y abstractas contenidas en la Ley), pero obviamente no pueden rebasarla, modificarla o desatenderla. No obstante, las modificaciones y desatenciones jurídicas constituyeron una práctica reiterada durante el régimen del Presidente Salinas de Gortari. Otros ejemplos son, por citar dos, los del Reglamento para la Prestación del Servicio de Tiempo Compartido y el Reglamento de la Ley Federal de

Correduría Pública.

Lamentablemente las normas legislativas y reglamentarias producidas en este período, o continúan en vigor o han dejado una secuela: son antecedentes de legislación hoy vigente. No nos extrañemos, pues, de su ineficacia en el terreno de la práctica: se rompieron principios de técnica jurídica y se desatendieron principios generales de Derecho.

B).- El otro evento o causa, éste de carácter político, que a nuestro juicio explica el rezago del modelo de Estado de Derecho plasmado en nuestra Constitución, en comparación con la realidad y la dinámica del país, fue el acceso de un partido diferente al Revolucionario Institucional (PRI) al poder.

No estamos seguros de si este evento político trascendental generó por sí mismo un rezago del modelo de Estado, o si tan sólo hizo manifiesto en forma contundente dicho rezago.

No se requiere ser politólogo para hablar de los hechos a que nos referiremos a continuación, pues forman parte de un conocimiento común que los mexicanos tenemos de nuestra realidad política. Pretendemos demostrar la divergencia que se generó entre nuestro modelo de Derecho y nuestra realidad política y social.

Durante los años de gobierno del PRI, bien se sabe, la estructura del poder político en México no estaba sustentada sólo en la estructura constitucional, sino en el modelo de Estado de Derecho plasmado en la Constitución. El acceso al poder y a los puestos públicos de elección

La autonomía se entiende como la facultad que la propia sociedad denominada Estado, tiene de darse a sí misma sus leyes y de actuar de acuerdo con ellas.

popular se decidían primero en el seno de ese partido y después, utilizando las estructuras constitucionales, se “oficializaba” o “formalizaba” a través de los procesos y entidades públicos legalmente reconocidos. La “palomeada presidencial de las listas”, o “dedazo” de los candidatos a ocupar los puestos públicos, ya se tratara de diputados, senadores o gobernadores e incluso del sucesor presidencial, fue práctica común. Los votos para legitimar tales decisiones cupulares se obtenían sobre la base de un sistema que, a cambio, concedía prebendas a organismos intermedios de la sociedad (CTM, sindicatos, comerciantes ambulantes, etc.).

Sabemos también que la división de poderes con las garantías de contrapeso que tal división implica no era real. Desde la Presidencia de la República se tomaban decisiones que el Congreso había de convertir en leyes, desde la misma silla presidencial se decidía la constitucionalidad de aquellas que eran controvertidas por los particulares, contando para ello con la sumisión del Poder Judicial Federal.

La existencia de una Federación, esto es, de entidades federativas verdaderamente autónomas, tampoco correspondía a la realidad. La dependencia presupuestal, además de la política, anulaba este concepto. Nuestra Constitución dice que somos una Federación y en realidad vivimos un centralismo a ultranza. Es así como hemos tenido un modelo de Estado de Derecho plasmado en nuestra Constitución Política, y al margen de él vivimos en otro de forma meta-

constitucional.

Después, cuando la oposición ganó la Presidencia de la República (indudablemente fue lo más importante, dada la naturaleza presidencialista de nuestro régimen) y se equilibraron las fuerzas en el Congreso de la Unión, al tiempo que se reforzó aún más la autonomía e independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (que ya había sido fortalecida en el régimen de Ernesto Zedillo), las estructuras de poder meta-constitucionales comenzaron a desmoronarse. Los lazos que mantenían el control de entes intermedios de la sociedad y su alimento financiero, frecuentemente obtenido de una corrupción permitida, se rompieron, de manera que esos entes se han visto en la necesidad de buscar otras fuentes de financiamiento y a la vez han empezado a actuar libremente, sin obedecer al mandato de una estructura cobijada por el partido en el poder (estos elementos o factores constituyen, creemos, las causas principales del incremento de la inseguridad pública y de lo que se ha dado en llamar ingobernabilidad).

Así, resulta que al partido que accedió al poder, le fueron transmitidas las facultades constitucionales pero no las meta-constitucionales. Se le entregó un modelo de Estado de Derecho, divorciado de la realidad social.

Es obvio que este cambio, en sus vertientes política y social, requería, como se intentó en su momento y se dejó de lado, lo que se llamó una reforma de Estado, la cual implicaba precisamente adecuarse desde

las bases, desde las finalidades a ese modelo de Estado de Derecho rebasado por la sociedad.

Situación actual del derecho de nuestro Estado de Derecho

Si vivimos en un Estado de Derecho rebasado por la evolución misma del país y por las causas antes mencionadas, entonces, ¿qué está pasando?, ¿cuáles son las causas por las que esos funcionarios públicos, partidos políticos, líderes empresariales, organismos intermedios de la sociedad claman “que no vivimos bajo un Estado de Derecho”, “que se ha atacado el Estado de Derecho”, “que sin Estado de Derecho no puede haber competitividad”, etcétera?

Opinamos que nuestro Derecho, es decir, el de todos los habitantes de este Estado, por las causas que expuse, no está cumpliendo su fin último ni obedece a los criterios que proporcionan sus principios generales.

Antes de desembocar en un diagnóstico práctico, prosigamos con un poco de Filosofía del Derecho. Dijimos antes que la norma jurídica tiene como esencia el ser un juicio imperativo-atributivo, por el que se establece un deber a cargo de un sujeto y una facultad para exigir su cumplimiento a favor de otro sujeto. Para lograr este efecto, la norma contiene una estructura lógica mediante la cual, partiendo de un supuesto hipotético, atribuye a éste, cuando se actualiza por un acto de voluntad, ciertas consecuencias. Un ejemplo simplista: en el contrato de compraventa, la estructura lógica de una norma que lo englobara sería que si

dos sujetos se ponen de acuerdo en el precio y en la cosa (acto de voluntad), un sujeto tiene el deber de pagar el precio y el otro de exigirlo; el primer sujeto tiene el deber de transmitir la propiedad de la cosa y el otro la facultad de adquirirla.

El cumplimiento o incumplimiento del supuesto contenido en la norma tiene siempre una sanción. Y aquí *sanción* no se utiliza como sinónimo de castigo, sino precisamente como la consecuencia a la observancia o inobservancia de la norma. La sanción se define como “el conjunto de recompensas y penas referidas respectivamente a la observancia y violación de la ley”⁶. Así como el cumplimiento de una norma moral nos da tranquilidad de conciencia, lo cual es una sanción que nos recompensa, y su incumplimiento nos causa remordimiento, lo cual es una pena, en la norma jurídica la validez de un acto jurídico es una sanción en vía de recompensa y su ineficacia una sanción en vía de pena.

Como la justicia significa dar a cada quien lo que le corresponde según sus obras, es evidente que el fundamento de la sanción contenida en la norma jurídica es dar a cada quien lo suyo, premiar o castigar. Así, el fin último del Derecho es la justicia.

La función de la justicia es la de estructurar la relación entre los hombres a fin de que a cada uno se le reconozca lo suyo.

La vida del hombre se da en sociedad, y como la sociedad comprende un gran número de formas

Considerando que el Estado, como toda sociedad, es una organización social dinámica y cambiante, todas las Constituciones Políticas pueden ser modificadas, sea para dirigir o para adecuarse a ese cambio.

⁶ HERNÁNDEZ PRECIADO, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Jus, México, 1986.

de asociación intermedias (la familia, el municipio, las asociaciones de trabajo, deportivas, científicas, los estados, etc.), es la justicia la que establece la jerarquía de los fines perseguidos por estas sociedades, con miras a asegurar el bien común que constituye el fin del Estado. La justicia como concepto se divide en general y en particular. A su vez, la justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa.

La justicia general busca que todos los actos de los miembros de la sociedad ordenen su conducta al bien común. Rige por tanto los deberes y relaciones entre gobernantes y gobernados; en cambio, la justicia particular atiende a los particulares entre sí o frente a la sociedad.

La justicia distributiva determina la participación que corresponde a cada particular en el bien común, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir para alcanzar ese bien común. Dado que no todos los particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción, el criterio racional de la **justicia distributiva** es el de una **igualdad proporcional**.

Es importante señalar que éstos conceptos de justicia, la general y la particular distributiva, coinciden en una misma relación y tan sólo cambian del punto de partida del sujeto al que le van a asignar lo suyo. El ejemplo claro es el impuesto con el que contribuimos para los gastos públicos, o sea, para recibir los servicios públicos: desde el punto de vista de la justicia general, todos los

miembros de la sociedad estamos obligados a pagar proporcionalmente los impuestos; desde el punto de vista de la justicia particular distributiva, tenemos derecho a que se nos dé nuestra parte (“bien común distribuido”) de los servicios públicos. Así, será justo que paguemos proporcionalmente los impuestos; pero es injusto que éstos se destinen en beneficio de ciertas clases dominantes y no proporcionalmente.

Las preguntas son: ¿cumple nuestro Derecho con ese ideal de justicia distributiva cuando es ineficaz para combatir la piratería, el contrabando, el comercio informal?, ¿se cumple con el principio de proporcionalidad cuando la carga fiscal no recae en todos los mexicanos capaces de contribuir?, ¿se cumple ese criterio de justicia cuando existen grupos sociales que viven en extrema pobreza? Creo que la respuesta es obvia.

Finalmente, hemos dicho que nuestro Derecho no cumple con los dos principios generales, los más ligados a esas “garantías que requiere la inversión”, como son: la *certeza jurídica* y la *seguridad jurídica*.

Estos términos, aunque se usan frecuentemente como sinónimos, en realidad tienen contenidos diferentes que, si bien están ligados entre sí, conviene distinguir. La *certeza jurídica* consiste en “el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente.”⁷

La certeza constituye una función propia de la norma jurídica, ya que nos proporciona la posibilidad

⁷ AZÚA REYES, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2001.

de calcular la sanción (en vía de recompensa o pena) que obtendremos por actuar, por actualizar el supuesto contenido en la norma. Dicho de una manera simple, consiste en “el saber a qué atenerse”, por el conocimiento de la ley o intuitivamente por el entorno de certeza que crea la propia ley.

Preguntémonos si las normas que rigen en México permiten que sepamos a qué “atenernos”. Un inversionista, un emprendedor, ¿sabe a qué atenerse? Ustedes, lectores, tienen la respuesta. Si es negativa, nuestro Derecho está faltando al principio general que universalmente lo anima, que es la certeza jurídica.

En mi opinión, es la ineficacia de nuestras normas jurídicas vigentes para producir esa certeza, la que establece condiciones desfavorables para los mexicanos en general y muy claramente para las empresas. Si no sabemos “a qué atenernos” en el corto plazo, menos aún en el largo plazo, que frecuentemente caracteriza los planes de una empresa para recuperar una inversión.

El otro principio, la *seguridad jurídica*, constituye un escalón superior al de la certeza jurídica y contiene, por tanto, elementos adicionales. Ya dijimos que un individuo o una empresa se halla en un estado de certeza jurídica cuando por el conocimiento de la norma sabe lo que es permitido y lo que no; pero el mismo individuo o empresa sólo podrá decir que se encuentra en un estado de seguridad jurídica, cuando pueda afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si es necesario, para que sus

derechos se conviertan en realidad.

Así, la seguridad jurídica tiene a la eficacia como elemento adicional. El Derecho será ineficaz, no proporcionará seguridad jurídica, si no garantiza el respaldo del poder público para que efectivamente se cumplan sus disposiciones. En este punto hay que subrayar algo que podría parecer estoy soslayando: el problema **de fondo** no es la capacidad o incapacidad de las personas que hoy detentan los cargos públicos (aunque indudablemente incide). Si nuestras normas cumplieran con el principio de seguridad jurídica, no tendríamos gobernantes ineficaces ni corruptos, ya que el propio sistema jurídico nos proporcionaría los elementos para removerlos. El caso del señor Andrés Manuel López Obrador que presumió su desacato a la más alta autoridad judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y hoy es candidato, ni más ni menos, a la Presidencia de la República, es una prueba. Las sentencias de jueces federales que el sistema judicial no permite remover y que, por ignorancia y corrupción, liberan criminales, es otra.

Este principio es de tales fuerza e importancia para el Derecho, que convierte en jurídicas o legales las situaciones que de origen no lo son. Es el principio de seguridad jurídica el que le da efecto de cosa juzgada, verdad legal, a una sentencia de un juez aunque esté equivocada (es preferible una sentencia injusta que un eterno estado de duda); es el mismo principio el que reconoce como forma de adquisición de un inmueble, el que un invasor o posee-

La solución de fondo es una reforma de Estado, una reforma constitucional que abarque todos los aspectos de nuestra sociedad.

dor de mala fe del mismo, si permanece bajo ciertas circunstancias en el mismo durante diez años, se convierte en propietario; es el mismo que da la base para la creación de un nuevo Derecho cuando una revolución gana, en lugar de considerarlo como delito de alta traición.

Es una especie de esta seguridad jurídica a la que reiteradamente llamamos “seguridad pública” o, en su sentido negativo, “inseguridad pública”. Es este principio el que exige que con eficacia el Estado sancione en calidad de pena y en forma coactiva a aquellos que transgrediendo las normas, nos privan de nuestras propiedades sin derecho, lesionan nuestra integridad física, afectan nuestra pacífica vida en sociedad. La contrapartida de la seguridad jurídica es la **impunidad**.

Nuevamente pregunto, ¿nuestro actual Derecho está produciendo seguridad jurídica?, ¿cuentan las empresas en México con la seguridad jurídica de que las obligaciones que adquieran para con ellas clientes, proveedores e incluso el mismo Estado, serán impuestas en forma coactiva por el Estado? Creo que todos conocemos la respuesta.

Conclusiones

Lo que está fallando realmente en nuestro país y es a lo que se refieren, me parece, todos aquellos que ponen en tela de juicio la vigencia de nuestro Estado de Derecho, es la eficacia de nuestro Derecho, dado que se encuentran ausentes del mismo los principios de justicia, certeza y seguridad jurídica.

La solución de fondo es una

reforma de Estado, una reforma constitucional que abarque todos los aspectos de nuestra sociedad. No son suficientes las llamadas reformas estructurales, las que, si bien constituirían grandes pasos hacia la solución, no se encuentran articuladas entre sí por una idea o fin común en consenso con la sociedad mexicana en general.

En tanto esto sucede, aun reconociendo que tenemos leyes injustas, los mexicanos, todos los mexicanos, debemos de cumplirlas. Como dice Santo Tomas de Aquino en la *Suma Teológica*: “las leyes injustas por su oposición al bien general, no obligan al fuero de la conciencia (pero es necesario obedecerlas) sino quizás para evitar el escándalo y desorden.”

Muchas gracias.

