



## “El derecho en perspectiva”. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy

María Elena Orta García

RDP

Obra colectiva realizada en homenaje al querido maestro de la Facultad de Derecho doctor José de Jesús López Monroy, por cincuenta y dos años de investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el marco de la serie Doctrina Jurídica, coordinada por el doctor David Cienfuegos Salgado, quien también prologa la obra y es publicada por la Editorial Porrúa en diciembre de 2009, con una semblanza del homenajeado a cargo del doctor Máximo Carbajal. Trata temas relevantes de actualidad analizados desde el punto de vista del autor en una perspectiva de la ciencia jurídica, divididos en cinco grandes rubros: Historia del derecho, Enseñanza del derecho, Derecho comparado, Derecho público y Derecho privado.

Los estudios inician con las aportaciones del homenajeado en los artículos titulados *La jurisprudencia de la Corte y la historia del derecho en México* y *Protección de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*.

En el primero, el maestro López Monroy parte de la definición de jurisprudencia de Ulpiano en el Digesto: “Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas a la ciencia de lo justo y lo injusto”. Con el paso del tiempo se han adoptado otras definiciones, sin embargo, en el presente artículo, el autor hace un análisis de la ciencia que surge en el México independiente acerca de lo justo y de lo injusto, analizando la jurisprudencia emanada tanto de las decisiones judiciales de la Suprema Corte como de los demás tribunales federales.

Señala que en el México independiente se identifican tres etapas, las cuales son:

1. La Época Antigua. Inicia con la Constitución de 1824 (en su artículo 135 crea la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Sobresalen las decisiones del periodo 1824 a 1835, en las que se busca el equilibrio de poderes, este desarrollo se ve suspendido por el surgimiento de un centralismo manifestado en las Constituciones de 1836 y 1843 llamadas “conservadoras”, y concluye con el acta de reformas de 1847 y con el juicio de amparo precedido por el constitucionalismo de Crescencio Rejón.
2. La Época Moderna. Esta segunda etapa tiene su más amplio desarrollo a partir de la Constitución de 1857, que en su artículo 101 consagra la distinción de dos jurisdicciones: la jurisdicción federal y la jurisdicción local, además establece las garantías individuales; en su artículo 102 regula el juicio de amparo. Esta época tiene especial importancia en el desarrollo del país debido a las experiencias de don Benito Juárez, cuando se elaboraron las leyes reglamentarias de 1861 y 1869, estableciendo la necesidad de proteger a los mexicanos a través de las garantías individuales. Ignacio Mariscal aporta las primeras ideas sobre la creación de jurisprudencia, señalando al efecto que era indispensable combatir la anarquía en la interpretación de la Constitución, aun cuando las sentencias de amparo no debían tener, para otros juicios, toda la fuerza de ejecutorias.

Dentro de esta época se considera incluido el porfiriato por los extraordinarios votos del gran jurista Ignacio L. Vallarta para suprimir el aspecto político como fundamentación para rechazar los juicios de amparo, es decir, no se examinan las condiciones *ultra vires* del ejercicio del poder, se reconoce el poder como un poderío fáctico y, por consecuencia, la procedencia del juicio de amparo en función de la necesidad de la defensa de la persona humana.
3. La Época Contemporánea. Esta tercera etapa se caracteriza porque a través de la Constitución de 1917, en los artículos 103 y 107, se pretendió una defensa de la Federación, y con las reformas que hubo a las leyes reglamentarias del juicio de amparo se fueron adecuando los avances jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En los primeros años posteriores a la Constitución de 1917 se plantearon dos problemas: el primero fue que la primera Corte tenía un rezago de asuntos pendientes de resolución, y el segundo que la propia Corte, en la interpretación y aplicación de los artículos 27 y 123 constitucionales, adoptó una actitud conservadora, esto implicó que las primeras resoluciones no aceptaron ni la restitución ni la dotación de tierras; por otro lado, vieron a las juntas de conciliación y arbitraje como tribunales que emitían meras recomendaciones.

En la época del cardenismo el Ejecutivo federal influye en la Corte para admitir la aplicación del Código Agrario de 1934 y, asimismo, para fundamentar el decreto expropiatorio de las compañías petroleras después de que la Corte, el 2 de diciembre de 1939, denegó todo lo esencial al amparo solicitado por las compañías, puede decirse que las interpretaciones de los artículos 27 y 123 fueron protectoras hacia los campesinos y obreros principalmente a partir del cardenismo.

Las acciones de inconstitucionalidad quedaron establecidas en las reformas de 1966, en razón de que era necesario establecer un mecanismo de control en la Federación por medio de los partidos políticos o mediante la actuación política de los distintos poderes.

En cuanto a la *Protección de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia* tiene como punto de partida el análisis y la historia del control constitucional, el cual, afirma el maestro López Monroy, tiene sus orígenes tanto en el derecho inglés como en el derecho estadounidense, donde hubo casos en ambas naciones que fueron un punto central para que el Poder Judicial respectivo analizara la constitucionalidad de una ley.

Tanto en el caso inglés como en el derecho estadounidense, la decisión de inconstitucionalidad la dicta un organismo jurisdiccional en función de una acción hecha valer por un particular, este antecedente tiene que ver con el desarrollo del derecho mexicano, ya que éste tiene raíces romanas, pero evidentemente también tiene ciertos principios del *common law* anglosajón.

Un ejemplo relacionado con la constitucionalidad, en el caso del derecho mexicano, ha sido el artículo 105 constitucional, respecto al cual ha habido controversias constitucionales.

Para la aplicación del mencionado artículo 105 constitucional en relación con las fracciones segunda y tercera la primera relativa a la controver-

sia que se suscite por leyes o actos de autoridad que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o de la esfera de la competencia del Distrito Federal, y la fracción que da competencia para conocer de la controversia que se suscite por leyes o actos de autoridades de los estados que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal si otorgamos un control difuso de la constitucionalidad, el maestro López Monroy propone que se amplíe la competencia de la Suprema Corte de Justicia para que ésta pueda analizar la constitucionalidad, asimismo, interpretar la Constitución no parece dar pie a que se diga que sería una invasión del Poder Judicial sobre el Legislativo y el Ejecutivo, puesto que precisamente el antecedente del control constitucional en Inglaterra era en contra del Parlamento y del monarca, y en Estado Unidos es contra el Congreso, dado que el presidente ejecuta las decisiones del Congreso.

Por lo anterior la única reforma que propone el maestro López Monroy es establecer, además, de la ciudadanía a los mexicanos, la ciudadanía local de la entidad federativa donde habiten de facto, que aunque algunas Constituciones locales lo admiten, no existe una uniformidad de criterios.

En el rubro de HISTORIA DEL DERECHO encontramos los siguientes ensayos:

Del doctor José Barragán Barragán, el titulado *La recepción del derecho español en México después de consumada la Independencia*, concluyendo que aún se encuentran vigentes en nuestro país las instituciones jurídicas recibidas del derecho español, después de la independencia, por lo que hay mucho por hacer al respecto.

Alejandro Carlos Espinosa, *Vida y obra del maestro Ricardo Calderón Serrano: influencia histórica reciente en el derecho militar mexicano*, detallando la importancia de este insigne maestro en el desarrollo del ordenamiento y regulación de la vida militar en México.

Russell Cerón Grajales, *Las instituciones jurídicas en la conquista de Yucatán*, señalando que la fundación de Mérida como capital política fue un acto formal y solemne que se ajusto a todos los ordenamientos generales y particulares del derecho aplicable al nuevo mundo, y a las circunstancias especiales que enmarcaron la histórica gesta yucatanense.

Óscar Cruz Barney escribe el estudio titulado *El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847: 161 aniversario*, en el que narra que, en pleno sistema centralista, Francia le declaró la guerra a México, y en marzo de 1838 empezaron a aparecer buques franceses en las aguas de Antón Lizardo y

Fondeaderos. Manuel Rincón fue el encargado de la defensa de Veracruz, San Juan de Ulúa fue atacado, y tras una breve resistencia cayó ante los agresores, no obstante el gobierno desconoció este hecho y envió a Santa Anna a combatir a los franceses, aunque sin mayores éxitos, finalmente tuvo que ceder a las pretensiones de Francia.

En diciembre de 1843, Bravo designó a 80 notables que habrían de elaborar las bases constitucionales, integrados en una junta nacional legislativa, de acuerdo con lo propuesto por el movimiento triunfante, las bases de la organización política de la República mexicana fueron sancionadas por Santa Anna el 12 de junio de 1843, y publicadas dos días después. Desde la apertura del Congreso se inició la oposición a Santa Anna, por lo cual asumió el poder el general José Joaquín Herrera hasta diciembre de 1845.

Entre las disposiciones más relevantes, menciona, en el Acta Constitutiva y de Reformas del 21 de mayo de 1847 se establecía la mayoría de edad a los 20 años y el derecho al voto, en el estado de Guerrero. Es importante señalar que una de las consecuencias al sistema federal en 1847 fue que la codificación del derecho volvió a ser facultad de los estados, el gobernador de Oaxaca, Benito Juárez, pone en vigor el Código Civil de Oaxaca, que había sido promulgado entre 1827 y 1828, y estuvo vigente hasta 1837. Ordenó su revisión, lo que dio origen a un nuevo Código Civil de Oaxaca, concluido en 1852. Después de una gran alternancia en el poder se pudieron sentar las bases constitucionales en nuestro país con relevancia hasta nuestros días, especialmente en lo relativo al derecho constitucional.

Adriana Y. Flores Castillo, *Instrucción otorgada a don Francisco Fernández de la Cueva, duque de Alburquerque, virrey de la Nueva España.*

Fernando Serrano Migallón, *Tres episodios del constitucionalismo mexicano*, en el que concluye: una Constitución nueva, como un momento de ruptura histórica, tiene que recoger la tradición, para formar parte de cultura de una sociedad, de la cual el derecho es sólo una de sus expresiones, aunque quizá la más importante.

Adriana Terán Enríquez, *Fuentes del derecho novohispano.*

Florentino Valenzuela Soto, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los preludios de su independencia. Caso Sinaloa: amparo de Miguel Vega.*

En el rubro de ENSEÑANZA DEL DERECHO podemos deleitarnos con los siguientes ensayos:

Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez escriben *El neoconstitucionalismo como paradigma iusfilosófica y pedagógica en la enseñanza de los derechos fundamentales*.

Ismael Camargo González escribe *Esencia e importancia del derecho procesal en la cátedra*, manifestando que el derecho procesal “es el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de los normas de derecho sustantivo”. La del derecho procesal nace a mediados del siglo XIX, en Alemania, entre 1856 y 1857, en los que los procesalistas alemanes Winschied y Muther exponen sus tesis sobre el concepto de acción; la acción del derecho romano desde el punto de vista moderno, el primero y la teoría de la acción romana y el derecho de obrar moderno el segundo. La doctrina italiana se reconoce como pionera de esta nueva corriente jurídica que marca la autonomía de la ciencia procesal o procesalismo científico.

En nuestro país, las disposiciones procesales que han tenido trascendencia en el ordenamiento jurídico son las vigentes durante la Época Colonial, en virtud de que las de origen precortesiano poco influyeron con posterioridad a la Conquista, y se aplicaron en forma muy restringida a través de su reconocimiento por las leyes españolas. La educación universitaria ocupa un papel relevante como cúspide de la estructura educativa, y como tal enfrenta el reto de introducirnos en la modernidad, aportando nuestra colaboración para transformación del pensamiento universal.

El proceso de enseñanza aprendizaje por el binomio maestro alumno, y en el los profesores constituyen un elemento clave para el logro de las funciones y objetivos institucionales, por ello es importante asegurar que su trabajo lo desempeñen con profesionalismo y con pleno dominio de las materias que imparten, lo que deja ver esta reseña es la importancia que tiene el contar en las escuelas y facultades de derecho con catedráticos preparados en esta materia.

David Cienfuegos Salgado escribe *La enseñanza de la argumentación jurídica, reflexiones críticas sobre un programa de estudios*.

Carina Gómez Fröde escribe *La enseñanza del derecho procesal*.

Verónica Hernández Alcántara escribe *Las tecnologías de la información y la comunicación de la enseñanza del derecho*.

Pedro Noguerón Consuegra escribe *Lexicología jurídica*.

Laura Ortiz Valdez escribe *Problemas actuales de la enseñanza del derecho*.

Alejandro Panduro Reyes escribe *Apoyo de la técnica legislativa en un modelo constructivista de enseñanza del derecho*.

J. Alberto del Real Alcalá escribe *La doctrina de la indeterminación del derecho*.

Juan Bruno Vilchis Cuevas escribe *La teoría de la argumentación jurídica en el derecho penal mexicano*.

José Luis Villegas Moreno escribe *Aproximación crítica a la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela*.

En el apartado correspondiente a DERECHO COMPARADO podemos apreciar los siguientes ensayos:

Alberto Biglieri escribe *La habilitación legal de los abogados y la circulación de los servicios profesionales en el Mercosur*.

Mariana Cendejas Jáuregui escribe *Acceso y difusión de la información judicial en España*.

Oswaldo Chacón Rojas escribe *Aspectos a considerar en el análisis del marco normativo de la fiscalización del financiamiento de campañas en Estados Unidos y México. Lecciones para un estudio de derecho comparado*.

Víctor Manuel Collí Ek escribe *Los principios fundamentales del constitucionalismo inglés*.

Eloy Espinosa Saldaña Barrera escribe *Descentralización territorial en el Perú: asignatura pendiente, pero apuesta necesaria y con algún camino por recorrer*.

Aida Figueroa Bello escribe *El Poder Legislativo mexicano y el Parlamento alemán: un estudio de derecho comparado*.

Georgina Alicia Flores Madrigal escribe *El Wrongful Life Francia y Estados Unidos. Dos perspectivas de la cuestión*.

Julietta Morales Sánchez escribe *Derechos humanos y tortura. Una perspectiva comparada entre México y España*. En este artículo la autora inicia el análisis mencionando que la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos

o Degradantes (DT) de 1975 define a la tortura como: a) todo acto por el un funcionario público u otras personas a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, y b) la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante. La prohibición se funda en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan: Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención contra la Tortura, anteriormente mencionada.

En el *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional general obligatorias para todos los Estados, independientemente de que determinado Estado haya ratificado o suscrito el instrumento internacional en el que está contenida alguna de esas normas), el Comité de Derechos Humanos ha considerado “los estados partes no pueden en ningún caso invocar el artículo cuarto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como justificación de actos que violan el Derecho Humanitario”. Menciona el caso de México, la fracción II del artículo 20 de la Constitución consagra como derecho del inculpado: “no podrá ser obligado a declarar”. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda inco-municación, intimidación o tortura, asimismo, establece que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta al juez o Ministerio Público o ante estos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio.

México ha suscrito diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos y prohíben la tortura que por disposición del artículo 133 constitucional, son ley suprema de toda la Unión junto con la Constitución.

En relación con España, el artículo 15 de la Constitución española de 1978 señala: “Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. A diferencia de la legislación mexicana, el Código Penal Español regula de forma independiente el delito de trato degradante y el delito de tortura, los cuales tiene fundamentación en los artículos 173 y 174, respectivamente, al igual que en México existe un pronunciamiento relacionado con el tema por parte del Poder Judicial, es el caso concreto de las sentencias del Tribunal Constitucional, pero



fundamentalmente lo que se ha hecho al respecto es retomar algunas sentencias. Al respecto también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que el artículo tercero del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Lo anterior motiva a la autora del presente artículo a algunas conclusiones que vale la pena mencionar:

1. En el ámbito internacional, la práctica de la tortura ha sido prohibida en términos absolutos, y se considera que constituye una norma *ius cogens*, lo cual acarrea consecuencias internacionales para los Estados que la practiquen.
2. Tanto en México como en España existe regulación que prohíbe y sanciona la tortura tanto a nivel constitucional como federal, e inclusive local.
3. Es necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación formule una interpretación acorde con los compromisos internacionales contraídos por nuestro país. Podemos afirmar que la tortura está sancionada a nivel internacional, no sólo en México y España, sino que ha sido condenada por la comunidad internacional.

Luis Miguel Reyna Alfaro escribe *El proceso penal, adversarial en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano y una reflexión sobre la marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo*.

DERECHO PÚBLICO es el siguiente modulo en el que encontramos los artículos que a continuación se mencionan:

Anderson F. Camacho Solano escribe *Derechos sociales: letra muerta en Latinoamérica*.

Ulises Coello Nuño escribe *Sistema jurídico sui generis de los tzeltales-tenajapanecos en los altos de Chiapas*.

L. Iván Díaz García escribe *El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. Concepto y garantías*.

Sonia Escalante López y Martín Ariel López Castro escriben *Algunas notas sobre la acción de inconstitucionalidad*.

Luis Escobar Aubert escribe *Hacia un tribunal de justicia ambiental*.

Jordi Espeleta Pérez escribe *Diversas concepciones de la justicia electoral en el ámbito de las entidades federativas*.

Manuel González Oropeza escribe *¿Pena de muerte o prisión de por vida? disyuntiva judicial*.

Rubén Lara Patrón escribe *La legitimidad democrática como nuevo paradigma para reformar el Estado*.

José Miguel Madero Estrada escribe *Importancia de los contenidos procesales en la Constitución de Nayarit*.

Eliseo Muro Ruiz escribe *La corresponsabilidad de nuestros gobiernos locales respecto de los migrantes a Estados Unidos, a través de los consulados mexicanos*.

Zainer Pimentel Cavalcante Costa escribe *La nueva doctrina del dolo*.

Aldo Rodríguez escribe *Visitas domiciliarias ¿qué son? y cómo se hacen?*

Laura Viviana Sagrera escribe *Los avances y progresos de la República argentina en la disminución de las emisiones de CO<sub>2</sub>, luego de la vigencia el protocolo de Kyoto*.

Bajo el título de DERECHO PRIVADO encontramos interesantes ensayos:

Arturo Acevedo Serrano escribe *Análisis jurídico sobre algunos aspectos de la contratación moderna*.

Luz Gabriela Aldana Ugarte escribe *México y los mecanismos de solución de controversia, ante el crecimiento de regionalismo, a sesenta años de la implementación del sistema multilateral de comercio*.

María Leoba Castañeda Rivas se pregunta *¿Puede el “nasciturus” ser adoptado en México?* A lo que responde: el concepto de *nasciturus*, según Cabanellas, es: “el que ha de nacer, el concebido no nacido”. A su vez, el término concebido incluye al ser humano, al óvulo fecundado de la mujer “para el derecho, para lo favorable, el concebido se tiene por nacido siempre que nazca con vida y, además, en algunas legislaciones censuradas, sea viable o lo demuestre con la mínima supervivencia de 24 horas.

Por lo anterior, la doctora Castañeda plantea, entre lo más relevante del ensayo, lo siguiente: el feto, en el seno materno, no puede ser adoptado, ya que las tendencias internacionales y el derecho mexicano patentizan el propio espíritu de la norma jurídica, en el sentido de ejecutar la adopción de un menor y por supuesto el menor debe haberse desprendido del seno

materno y no dentro de dicho claustro. Concluye diciendo que la adopción del *nasciturus* no es factible jurídicamente, sin embargo, en el caso de niñas chinas, hindúes o rusas, actos jurídicos en ocasiones propalados durante el embarazo de la madre que indaga sobre el sexo del producto, y en caso de ser género femenino, será condenado a morir por un aborto cortando su existencia y violentando sus derechos humanos, manifiesta la doctora Castañeda Rivas, debe prevalecer el interés superior del menor para evitar el exterminio de esta niñas a pesar de que no exista una estricta aplicación de la norma jurídica.

Irina Cervantes Bravo escribe *El arbitraje como proceso civil especial en México: imperante reforma de su legislación*.

María Elena Mansilla y Mejía escribe *Institución desconocida*.

Ruperto Patiño Manffer escribe *La justicia social como valor del Estado democrático moderno en un mundo globalizado y de libre mercado (el caso de México)*.

Luis Efrén Ríos Vega toca un tema interesante *El matrimonio del mismo sexo: ¿es válido el populismo moral?*, analizando la relevancia constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El derecho a contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo tiene dos vertientes: una en el sentido de la libertad negativa, que implica analizar lo que el Estado no puede restringir o prohibir como un delito, y otra en sentido liberal positiva, que tiene como premisa la discusión de las pretensiones que el Estado tiene que cumplir a este grupo de personas para evitar su discriminación. La discusión de la homosexualidad es clásica en la filosofía del derecho, y en este artículo se plantea en torno a si la “mayoría inmoral” puede imponer límites a la “minoría inmoral”, ambas preguntas son claves para mostrar las diferentes posturas que tratan de resolver el problema de cuándo es válido, si es que lo es, prohibir algo inmoral, particularmente en la esfera de la vida homosexual.

De lo anterior se concluye que es importante separar el aspecto moral del aspecto jurídico, ya que moralmente —desde el punto de vista del autor— es aceptable y necesario reconocer en la ley el derecho de las personas del mismo sexo a proteger su relación afectiva y regular, por consecuencia, sus derechos que nazcan de esa unión, sean personales, patrimoniales, sucesorios, afectivos, laborales, de seguridad social, etcétera. No es razonable que las parejas homosexuales queden al margen de

este tipo de derechos civiles y sociales, porque, según se argumenta, no se ajustan al concepto de matrimonio.

Sin embargo, se argumenta la justificación de algunos límites a la libertad de la unión homosexual, como saber si es válido reconocer derechos relacionados con la procreación artificial o a la adopción en una pareja homosexual.

Mauricio Yanome Yesaki escribe *La patria potestad y sus efectos*.

La obra reseñada es recomendable para todos los estudiosos del derecho que deseen conocer las tendencias modernas de las distintas ramas de la ciencia jurídica y de consulta obligada para los investigadores y docentes de esta importante rama del conocimiento humano.

