

## LIBERALISMO Y ESTATISMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA\*

SUMARIO: I. *Una Constitución de orígenes liberales.* II. *El liberalismo económico en la Constitución.* III. *La propiedad limitada.* IV. *La evolución estatista.* V. *El juicio de amparo y la Suprema Corte.* VI. *El regreso a los principios liberales.* VII. *Consideraciones finales.*

### I. UNA CONSTITUCIÓN DE ORÍGENES LIBERALES

Este año, nuestra Constitución cumple su primer centenario. Se trata de un texto de una notable longevidad, siendo por mucho la Constitución más duradera de la historia de México y la más antigua de América Latina. Le sigue la Constitución de Costa Rica, la cual data de 1949. Si se consideran 188 textos de todo el mundo, el promedio de vida de una Constitución es de 36 años.<sup>1</sup>

Si nuestra Constitución ha durado tanto es porque, aunque los requisitos constitucionales para cambiarla implican amplias mayorías, la distribución del poder en México ha permitido que haya sido reformada 229 veces desde su promulgación. Únicamente 22 de sus 136 artículos no han sufrido modificación alguna.<sup>2</sup> No sólo durante los años de la hegemonía priísta se reformaba con relativa facilidad, también desde 1997 que tenemos gobierno dividido. Es decir, aun cuando el partido del Presidente no tiene la mayoría en el Poder Legislativo, la Constitución se ha modificado 91 veces en menos de una década. Este abultado historial de reformas le ha permitido a la Constitución sobrevivir en función de las necesidades políticas del gobierno en turno.

\* Profesor de la Escuela de Gobierno del Tecnológico de Monterrey. Campus Santa Fe.

<sup>1</sup> Véanse los datos del *Comparative Constitutions Project*. Disponibles en: <http://bit.ly/2dHjXcy>.

<sup>2</sup> Cámara de Diputados, “Sumarios de reformas a la Constitución y leyes vigentes”. Consultado el 9 de octubre de 2016. Disponible en: <http://bit.ly/2e5M6Nk>.

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

Ahora bien, en cierto sentido la Constitución de 1917 es aún más vieja que el centenario que ahora cumplimos. Una parte importante de ésta viene directamente de la Constitución de 1857. Por ello, su jurisprudencia prevaleció hasta que la Corte empezó a dictar una nueva a partir de la promulgación de la Constitución de 1917.

Los liberales ganaron la guerra civil en el siglo XIX. Su visión del mundo la plasmaron en la Constitución de 1857. Era un rechazo a un mundo organizado corporativamente, en torno a la iglesia, el ejército, todo tipo de gremios y la propiedad corporativa de la iglesia y de los indígenas. Era un rechazo a un mundo de poderes opresivos, comenzando por el más evidente, que era el del gobierno en turno, por lo que había que proteger al ciudadano de sus arbitrariedades, en particular a través del juicio de amparo; así como el abuso de todo tipo de monopolios públicos y privados. Aunque muchos de éstos se originaron cuando aún éramos una colonia española, los monopolios florecieron a lo largo de nuestra vida independiente, empobreciendo al consumidor.

El gobierno de la Revolución mexicana fue heredero directo de los liberales del siglo XIX. La Constitución de 1917, tal como fue presentada por Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente, era una reforma de la Constitución de 1857. Los cambios que proponía Carranza eran importantes, sobre todo en lo que respecta a la manera de afianzar las garantías individuales y evitar la anarquía en el territorio nacional. El proyecto de Carranza buscaba concentrar el poder en el Ejecutivo frente al Legislativo, reformar el procedimiento penal y limitar el amparo. Sin embargo, “en rigor, el Proyecto de Constitución tuvo poco de novedoso u original en relación con el estado en que se encontraba en ese momento la discusión sobre temas constitucionales”.<sup>3</sup> La raíz liberal de la Constitución de 1857 no fue modificada.

Carranza consideraba que las nuevas reformas servirían para culminar la obra liberal. En su mensaje inicial ante el Constituyente de Querétaro, Carranza señaló:

La Constitución Política de 1857, que nuestros padres nos dejaron como legado precioso... lleva indiscutiblemente, en sus preceptos, la consagración de los más altos principios, reconocidos al fulgor del incendio que produjo la revolución...

Más, desgraciadamente, los legisladores de 1857 se conformaron con la proclamación de principios generales que no procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a las necesidades del pueblo mexicano para darles pronta y cumplida satisfacción; de manera que nuestro código político tiene en general el aspecto de fórmulas abstractas en que se han condensado conclusiones científicas de gran valor especulativo, pero de las que no ha podido derivarse sino poca o ninguna utilidad positiva.<sup>4</sup>

Por ello, era necesario darle contenido positivo a los enunciados de la Constitución previa, pero siempre con un sentido liberal claramente definido:

---

<sup>3</sup> Marván, Ignacio, “El constituyente de 1917: rupturas y continuidades”, en Salmerón, Alicia y Noriega, Cecilia, *México. Un siglo de historia constitucional (1808-1917) Estudios y perspectivas*, México, SCJN, 2010.

<sup>4</sup> Carranza, Venustiano, “Mensaje del Primer Jefe ante el Constituyente de 1916”, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1997*, México, Porrúa, pp. 745-746.

...lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.<sup>5</sup>

El Constituyente haría cambios de fondo en el proyecto de Carranza. Los más notables, nuevas versiones del artículo 27 y el 123, las cuales alejaban a la nueva Constitución de sus raíces liberales. El resultado sería una Constitución, con orígenes liberales, donde el amparo seguiría con características muy similares a la Constitución de 1857, siendo en principio un freno al poder arbitrario, pero con un fuerte sello social, como resultado de las demandas revolucionarias. Cumplir éstas requeriría un Estado más interventor.

En México coexisten por ello dos tradiciones igualmente fuertes que se explican por la forma en que se construyó el Estado tras la guerra de Independencia y la Revolución: el liberalismo y el estatismo, por paradójico que parezca. El liberalismo ganó la batalla política e ideológica en el siglo XIX. Buscó hacer de cada mexicano un ciudadano y para ello pretendió romper con las principales corporaciones existentes: la Iglesia católica y las comunidades agrícolas. La desamortización de las tierras afectó por igual a una y a otras, dejando a nuestras comunidades indígenas despojadas.

El otro gran objetivo del liberalismo triunfante fue proteger al individuo del poder arbitrario de la autoridad, fuente de buena parte de los problemas enfrentados por los gobernados. El amparo, orgullo de los juristas mexicanos, fue el instrumento central para evitar el abuso de los gobernantes. Por ello la protección contra el poder arbitrario del Estado es particularmente amplia en principio para todos, aunque haya sido capturada por quienes tienen recursos económicos e influencias y, sobre todo, un buen abogado para litigar adecuadamente. Gracias al amparo, al Poder Judicial le toca acomodar las tensiones entre la parte liberal de la Constitución y la estatista, que en materia económica están representadas respectivamente por los artículos 28 y 27 constitucionales, que son en los que se centra el análisis en este artículo.

El estatismo se incorpora a la Constitución de 1917 a partir de sus artículos 27 y 123. Su expansión fue la respuesta a las necesidades de los gobiernos posrevolucionarios de pacificar el país e impulsar un modelo de desarrollo basado no en la fuerza de una burocracia autónoma que aplica reglas cuyo objetivo es el desarrollo, sino en el reparto discrecional, muchas veces con criterios políticos, de apoyos y beneficios para los distintos sectores de la economía. Con gran detalle, el gobierno regulaba la actividad económica y se hacía directamente cargo, a través de sus empresas, de muchas tareas que en otros países estaban en manos de agentes privados.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 749.

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

## II. EL LIBERALISMO ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN

La base de la Constitución de 1917 es una doctrina liberal a favor de la competencia. No está de más recordar la versión original del artículo 28:

En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria...

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Este artículo, en su versión original, casi no aceptaba excepciones. Sólo “los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el gobierno federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”. También quedaban exentas del espíritu de libre competencia del artículo 28: “las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses” y “las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad...”.

Sin embargo, el artículo 28, en donde están plasmados nuestros principios económicos liberales, no tuvo por décadas una regulación eficaz. Era un mero objetivo programático. No se desarrollaron las instituciones para hacerlo realidad.

Si bien existía una Ley Reglamentaria de este artículo, promulgada en 1934, más que pretender disciplinar a los monopolios en el espíritu del 28, lo cual hubiera implicado estimular la competencia, esta ley regulaba precios y limitaba la entrada de nuevas empresas en algunas industrias cuando la autoridad consideraba que ya había demasiados jugadores. No se consideraba monopólica alguna empresa pública o de participación estatal, incluso si no estaba en un área estratégica o prioritaria.

Se desconfiaba de los mercados y se fue legislando con mucho detalle para regularlos a través de controles de precios. Ejemplo de esto es la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950 y los innumerables decretos oficiales de controles de precios en varios años posteriores. La idea vigente entonces era que se enfrentaba el problema de precios excesivos regulándolos desde el poder

del Estado, no estimulando la libre competencia para que fuera el mercado el que hiciera esa tarea.

El presidente Salinas rompió con esta tradición de controlar los mercados a través de fijar los precios y otras disposiciones intervencionistas para buscar hacerlo a través de una buena regulación de los mercados, es decir, castigando las prácticas dominantes y limitando a los monopolios. Un mercado bien regulado, desde una lógica liberal como es la del 28 constitucional, aprobada hace 100 años, es el mejor instrumento para lograr mejores precios y productos de mayor calidad.

Con este objetivo se promulga en 1992 la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Ésta llevó a la creación en junio de 1993 de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco). Esta ley, a partir de las mejores prácticas en la materia, buscaba hacer de la competencia el eje para que los precios se alineen en el mercado, sin que los oferentes puedan abusar de su posición dominante en el mercado en caso de tenerla. En la práctica, sin embargo, la Cofeco no tuvo los instrumentos suficientes para lograrlo, en buena medida por la prevalencia del amparo, el cual hizo posible sobrevivieran o se ampliaran empresas privadas dominantes, el caso más conspicuo en el sector telecomunicaciones. Las reformas del artículo 28, como parte del Pacto por México en los inicios del gobierno del presidente Peña Nieto le dan mucho más instrumentos a la heredera de la Cofeco, la Cofece, para tratar de cumplir el espíritu del 28 constitucional.

### III. LA PROPIEDAD LIMITADA

El componente liberal a favor de la competencia en la Constitución de 1917 se fue diluyendo en el Congreso Constituyente donde se aprobó un artículo 27 y un 123 muy distintos a los propuestos por Carranza. En este texto nos vamos a centrar en el artículo 27. El artículo 27 de la Constitución de 1857 definía la propiedad en sólo dos párrafos:

La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil ó eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación ú objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad ó administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

El cambio central de la Constitución de 1857 frente a las Constituciones anteriores es que no protegió más los derechos de propiedad de las corporaciones y permitió la expropiación total de los bienes de la Iglesia y la desamortización de las propiedades comunales de los grupos indígenas. Conforme a la Constitución anterior, tal expropiación habría sido imposible. El artículo 9o., fracción XII, de las ba-

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

ses orgánicas de la República Mexicana de 1843 establecía: “La propiedad no puede ser violada, ya sea que se encuentre en manos de individuos o de corporaciones”.<sup>6</sup>

El texto de la Constitución de 1857 no hace más que confirmar las Leyes de Reforma, las cuales ya habían determinado que ninguna corporación podía poseer tierras. Esto permitió a los liberales privatizarlas, lo cual rompía con la tradición colonial que, de acuerdo con Saffon, le había dado a la corona española la capacidad de distribuir en América Latina tierras colectivas a grupos indígenas bajo un estatus jurídico especial.<sup>7</sup>

No hay espacio para analizar cómo los liberales, empezando por Benito Juárez y concluyendo con el largo gobierno de Porfirio Díaz, fueron privatizando y repartiendo el territorio nacional. Para los fines de este texto basta una foto del resultado final. Según el anuario estadístico de 1905 y el censo de población de 1910, la estructura agraria a fines del Porfiriato era de una profunda desigualdad: 0.2% de los propietarios controlaban el 87% de las áreas ocupadas por fincas rústicas.<sup>8</sup>

La Revolución mexicana empezó como una rebelión política, pero terminó como una revolución social basada en una movilización popular que hizo presión en favor de algún tipo de redistribución de la tierra. En el artículo 27 de la Constitución se elaboró un nuevo marco para definir los derechos de propiedad, en especial con respecto a la tierra y el agua.

No había sido planteado originalmente en estos términos. La propuesta original de Carranza trataba de apegarse al espíritu del mismo artículo de la Constitución de 1857. En su mensaje de apertura declaró: “La única reforma que con motivo de este artículo [27] se propone, es que la declaración de utilidad pública sea hecha por la autoridad administrativa correspondiente, quedando sólo a la autoridad judicial la facultad de intervenir para fijar el justo valor de la cosa de cuya expropiación se trata”.<sup>9</sup>

Sin embargo, el Constituyente modificó de fondo este artículo. La concepción de propiedad descrita en el artículo 27 restringe de manera fundamental la propiedad privada, en contraste a como había sido definida en la Constitución de 1857. El artículo 27 aprobado dice a la letra en su versión original, en sus primeros párrafos:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

<sup>6</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 408.

<sup>7</sup> Saffon, María Paula, “When Theft becomes Grievance: Dispossessions as a Cause of Redistributive Land Claims in 20th Century Mexico” (working paper), Department of Political Science, Columbia University, United States, 2014. Disponible en: <http://bit.ly/2dEELAW>. Nota: el texto pide no ser citado; sin embargo, al ser público por estar en la red, me parece se puede utilizar. Traducción mía.

<sup>8</sup> Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, *Deslinde y acaparamiento, el Reino de la Hacienda*, 2011. Disponible en: <http://bit.ly/2dE1HU7>.

<sup>9</sup> Carranza, Venustiano, *op. cit.*, p. 754.

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública.

De acuerdo con la Constitución de 1917, la propiedad corresponde originalmente a la nación, la cual está representada por el Estado. La propiedad no es un derecho natural previo al pacto fundador, sino una consecuencia de la propia Constitución.

Según el sociólogo Antonio Azuela, se puede dividir el contenido del artículo 27 en tres componentes principales. El primero es un principio general —la propiedad primaria de la nación sobre toda agua y tierra—. A partir de éste se derivan otros dos principios, los que se refieren a las intervenciones del Estado en la propiedad privada (expropiación y reglamentos) y otros que describen quién tiene derecho a poseer qué.

Para Azuela, es claro que la intención de sus redactores era definir la propiedad privada como un derecho menor en comparación con el derecho de la nación sobre el territorio. El principio general fue dar amplios poderes al Estado para distribuir tierras y dirigir la actividad económica.<sup>10</sup>

Conforme a la Constitución de 1857 y, en términos muy semejantes a la propuesta de Carranza, la propiedad podía ser expropiada únicamente para “uso público” y se estipula un procedimiento judicial claro a disposición del expropiado. Por ello, la expropiación sólo podía hacerse mediante “indemnización previa”, lo que, en principio, limitaba la posibilidad de las expropiaciones a la magnitud de los recursos del gobierno.

La Constitución de 1917 cambia en un aparente detalle este principio. La expropiación ahora es mediante indemnización. No dice cuándo será el pago. Como afirma el jurista Pérez Nieto, la regla discrecional respecto al momento en que el gobierno tendría que pagar la indemnización prácticamente destruyó la noción de tiempo con respecto a tal indemnización.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Azuela, Antonio, “Property in the Post-post-revolution: Notes on the Crisis of the Constitutional Idea of Property in Contemporary Mexico”, *Texas Law Review* 89 (1915): 1925.

<sup>11</sup> Pérez Nieto, Octavio, “El derecho de reversión en materia de expropiación”, tesis de licenciatura, UNAM, 1990, p. 18.



CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

El poder de expropiar fue uno de los principales componentes en la formulación del régimen posrevolucionario. La idea de que los derechos de propiedad privada a la tierra sólo eran justificados si no sobrepasaba cierta cantidad de tierra legitimó la reforma agraria bajo el imperio de la ley.

#### IV. LA EVOLUCIÓN ESTADISTA

La tendencia estatista se fue fortaleciendo significativamente a lo largo de los gobiernos posrevolucionarios que fueron reservando distintas áreas económicas al sector público. La Constitución se fue volviendo más restrictiva. Por ejemplo, el artículo 27 se modificó en 1940 para afirmar que “tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se expedirán concesiones ni contratos”.<sup>12</sup>

El artículo 28 también fue agregando excepciones. A partir del 3 de febrero de 1983 afirmaba:

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del gobierno federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.<sup>13</sup>

Estos cambios constitucionales son reflejo de una política económica basada en una fuerte presencia del Estado directamente como empresario o productor e indirectamente a través de una intensa protección comercial y de todo tipo de regulaciones y subsidios.

La segunda fuerza estatista fue la implementación de una reforma agraria que distribuyó casi la mitad del territorio entre los campesinos que no tenían o habían perdido su tierra. La tierra se les dotó a través del régimen de propiedad ejidal o comunal, contrario a los principios expresos del liberalismo del siglo XIX, ejemplificados éstos por la desamortización de todas las formas de propiedad colectiva, incluida la de las comunidades indígenas. La reforma agraria fue un intento de reparar los abusos de la desamortización de las tierras de los indígenas, y en menor medida el de las compañías deslindadoras.

Sin embargo, como ha argumentado Emilio Kouri, no era una propiedad colectiva y sin autonomía política lo que querían las comunidades. Para Carranza

<sup>12</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de noviembre de 1940. Disponible en: <http://goo.gl/tuo7q>.

<sup>13</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983. Disponible en: <http://goo.gl/qzWh5>.



la propiedad comunitaria sería temporal y, en palabras de Kouri, eventualmente “la propiedad de las tierras no pertenecerá al común del pueblo, sino que ha de quedar dividida en pleno dominio”.<sup>14</sup> Lo temporal se volvió permanente y fue mucho más allá de reparar abusos del pasado.

## V. EL JUICIO DE AMPARO Y LA SUPREMA CORTE

Desde la Constitución mexicana de 1857 el juicio de amparo ha sido, por lo menos en el papel, una poderosa protección frente a cualquier violación de derechos, incluida la propiedad privada. Sin embargo, durante el Porfiriato y hasta los años finales del priismo, el Presidente ejercía el poder más importante de los tres que marcan la Constitución y podía presionar al Poder Judicial para que negara amparos en asuntos que le eran importantes, o incluso si éstos los perdía, podía simplemente no cumplir la sentencia.

No es que no sirviera el juicio de amparo. Era muy útil para frenar al gobierno, federal y local, muchas veces arbitrario. Sin embargo, en aquellos temas que le eran de gran interés al Presidente, generalmente los amparos no se daban o simplemente no se cumplían. Señalo dos casos de nuestra historia no tan distante. Uno, la nacionalización de la banca al final del gobierno del presidente López Portillo. La Suprema Corte sobreescribió el amparo de los banqueros una vez que la Constitución se reformó *ex post* para justificar tal acto. Dos, el ISR para las personas morales a tasa única durante la administración del presidente Salinas fue declarado como inconstitucional por la Suprema Corte en primeras sentencias. Pero el gobierno presionó a la Corte y no se sentó jurisprudencia en ese sentido.

En Estados Unidos, paradójicamente se ha construido el mito del Estado débil. En la realidad han tenido un Estado fuerte, aunque éste no emane, como en los Estados europeos clásicos de un centro y se exprese en una sola burocracia fuerte y bien definida. Es un Estado con una gran capacidad de penetrar y ordenar a la sociedad, a pesar de estar muy descentralizado,<sup>15</sup> y donde el Estado impone multas y regulaciones de todo tipo aun sobre sus individuos más poderosos. Si bien existe un poder judicial autónomo, en temas de política pública hay una cierta deferencia a las acciones del Ejecutivo.

Nuestro caso es lo opuesto. Nos inventamos el mito del Estado fuerte, pero lo que teníamos era un Presidente con poder, incluso al margen de la ley si era necesario. El Estado jurídicamente enfrenta muchas restricciones para imponerse sobre los grupos con recursos económicos o políticos. La Constitución le brinda fuertes facultades para expropiar, por lo menos mientras estuvo vigente la jurisprudencia

<sup>14</sup> Kouri, Emilio, “La invención del ejido”, *Nexos*, enero de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1AHgOIA>.

<sup>15</sup> Novak, William J., “The Myth of the ‘Weak’ American State”, *American History Review*, núm. 113, junio, 2008, pp. 752-772.

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

estatadista, como veremos más adelante, pero no podía recaudar fácilmente y una de las razones de ello eran las limitaciones que le impone el juicio de amparo.

El juicio de amparo ha sido motivo de orgullo para los juristas mexicanos. Según uno de nuestros grandes constitucionalistas, Ignacio Burgoa, éste surgió de “la urgencia de encontrar un medio jurídico para hacer respetar los derechos consagrados en la ley a favor de los gobernados ante el poder y autoridad de los gobernantes...”<sup>16</sup> “Por primera vez en su historia, México ha salido al campo del derecho internacional con bandera propia. Cualquiera que sea el destino del amparo, esa bandera habrá de regresar al corazón de la patria con la huella de todos los climas y el halago de todas las constelaciones para confirmar nuestra fe en la sentencia judicial que ampara y protege a toda persona contra el ultraje de toda autoridad”.<sup>17</sup>

La propia profesión jurídica, en su enamoramiento con el amparo, ha contribuido a distorsionarlo. El amparo parece diseñado para excluir a quienes no tienen recursos. Como lo ha puesto Francisca Pou Giménez, el amparo implica una vía procesal “imposible de activar en la práctica sin un abogado especializado; que somete a las personas a vericuetos procesales interminables de imprevisible desenlace; y que, debiendo acabar en una sentencia capaz de “restituir al quejoso en el goce del derecho”, desemboca con frecuencia en una cadena de incidentes de inejecución o con sentencias con nula capacidad restauradora y preventiva de futuras violaciones”.<sup>18</sup>

El 27 constitucional dotó al Estado de grandes capacidades expropiatorias, o al menos así lo aceptó la Suprema Corte en su jurisprudencia desde el sexenio del presidente Lázaro Cárdenas hasta fines del de Vicente Fox. Sin embargo, impuso límites que no existen en otros países para recaudar. Uno de los instrumentos centrales para impugnar un impuesto es la constitucionalidad del mismo, pero una declaración de inconstitucionalidad sólo protege a quien impugna el impuesto.<sup>19</sup>

El amparo fiscal ha llevado a que ciertos contribuyentes se hayan visto beneficiados con la exención de impuestos, mientras que otros sí tienen que hacerlo, dado que en el sistema jurídico mexicano la declaración de inconstitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo sólo beneficia a aquéllos que buscan la protección de la justicia (la llamada doctrina Otero).

Esto cambia una vez que se sienta jurisprudencia con cinco sentencias en el mismo sentido. En este caso, cualquiera puede buscar la exención, aunque para el que no se amparó previamente, no sería retroactivo. El resultado es que el amparo en materia tributaria lleva a tasas efectivas reales muy distintas entre empresas en función de su capacidad y fortuna para litigar.

<sup>16</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2001, p. 28.

<sup>17</sup> “El aspecto mundial del amparo”. Estudio publicado en la Memoria de la Asamblea Anual del Consejo de L’Union Internationale des Avocats, “México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente” (1995), citado en: Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 27.

<sup>18</sup> Pou Giménez, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, p. 93.

<sup>19</sup> Los párrafos siguientes están basados en Elizondo Mayer Serra, Carlos, “La industria del amparo fiscal”, *Política y Gobierno*, vol. XVI, núm. 2, CIDE, México, 2009.

Con el apoyo de los despachos de abogados especialistas que han ido desarrollando toda una sofisticada técnica para defender al contribuyente, el juicio de amparo se fue convirtiendo en un instrumento jurídico poderoso en manos de quienes pagan impuestos y pueden pagar buenos abogados. Toda ley nueva puede ser impugnada por sus supuestos vicios de inconstitucionalidad. Dada la baja recaudación en México, la necesidad de aumentarla ha llevado a permanentes cambios en la legislación, con lo cual siempre queda espacio para buscar el amparo.

En México los contribuyentes han gozado de la protección de la justicia con una cobertura probablemente mucho mayor a la de cualquier otro país del mundo. Esa protección no existió durante casi cien años, ya que el artículo correspondiente emana de la Constitución de 1857. El texto constitucional no cambió. Sencillamente, a partir de los años sesenta fue interpretado de manera distinta, de suerte tal que se ampliaron los derechos de los contribuyentes.<sup>20</sup> Desde que el gobierno aprendió a litigar mejor estos asuntos, a partir de finales del sexenio del presidente Fox, la capacidad por parte de los contribuyentes de ganar estos amparos ha bajado.

Las bases constitucionales a partir de las cuales se construyó una jurisprudencia de protección para el contribuyente son endeble. Se encuentran en el artículo 31, fracción IV constitucional, que establece como obligación de los mexicanos “contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.<sup>21</sup>

Estos principios no figuran en el capítulo de garantías individuales, los primeros 29 artículos de la Constitución.<sup>22</sup> Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) decidió, a principios de los años sesenta, sostener que la violación de dicho artículo sí constituye una violación a las garantías de los contribuyentes. Con este criterio se garantizó la procedencia del juicio de amparo contra leyes que imponen contribuciones y que presuponen violaciones al artículo 31 de la Constitución.

Como el Poder Judicial define la constitucionalidad de las leyes, y lo hace con gran detalle, una parte significativa de la política tributaria se fue trasladando del Poder Legislativo al Judicial y, en última instancia, a la Suprema Corte. Esto implica problemas de representatividad importantes, al no ser la Corte un cuerpo electo pero que termina definiendo qué impuestos existen en México.

El amparo es un proceso oneroso. En general, se cobra una cuota fija por presentar el asunto, más cierto porcentaje de ingreso adicional, que oscila entre 3% y 10% de lo recuperado, en caso de éxito. Si bien en teoría está al alcance de todos los contribuyentes y en la práctica llegan buenas demandas que involucran a empresas

---

<sup>20</sup> O como lo ha puesto el ministro Góngora Pimentel en un libro reciente, se ganó la batalla por el amparo en la materia. Véase Góngora Pimentel, Genaro David, *La lucha por el amparo fiscal*, México, Porrúa, 2007.

<sup>21</sup> Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1993, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<sup>22</sup> Aunque en sentido estricto, no tratan derechos fundamentales los artículos 25 y 26, que se refieren al sistema de planeación, ni el 27 que se refiere a la propiedad privada, pero en una concepción que está lejos de ser liberal.

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

pequeñas o medianas, en ocasiones el afectado es un pequeño empresario, con lo cual el amparo fiscal tiene sobre todo sentido para quienes poseen amplios recursos y cuyos asuntos involucran montos fiscales potenciales en disputa. Esto es así porque para los más grandes el costo de invertir en un amparo es menor al tener ya un cierto *expertise* jurídico de calidad. Además, invertir recursos adicionales se justifica con más facilidad por el enorme potencial de ganancia en caso de ser exitoso. Este potencial es significativo en la medida en que la SCJN optó no sólo por frenar la acción del Ejecutivo, sino por exigir la devolución de los impuestos declarados inconstitucionales, incluidos impuestos indirectos, como el IVA, es decir aquéllos pagados por el consumidor, esto último por lo menos hasta 2004.

Mientras que para los grandes contribuyentes tiene sentido actuar judicialmente contra las autoridades hacendarias, para los contribuyentes de menor tamaño esta inversión no es tan rentable dados los costos fijos de entrada. Así, el gobierno tiene limitaciones sólo frente a una minoría de contribuyentes, los más importantes, mientras que frente a la gran mayoría tiende a ser una autoridad más discrecional y abusiva.

La interpretación de lo que es “proporcional” y “equitativo” ha llevado a una “escolástica barroca” en la que quejosos, autoridad y jueces tratan de darle coherencia a dos conceptos por naturaleza abiertos y que se entienden en forma distinta en función de la época o el asunto. La cantidad de energía gastada en esta discusión distrae el talento que podría canalizarse en otras actividades, pero que no se hará mientras sea rentable encontrar un resquicio en esta moderna escolástica. En otros países, estos recursos no se gastan en este ámbito.

## VI. EL REGRESO A LOS PRINCIPIOS LIBERALES<sup>23</sup>

A partir de la crisis económica de 1982, cuando el modelo estatista quebró, la Constitución empieza a recuperar su espíritu liberal, primero con las reformas constitucionales del presidente Salinas y más claramente con las reformas constitucionales en materia económica impulsadas por Peña Nieto, producto del Pacto por México.<sup>24</sup> Estas últimas son las primeras modificaciones importantes en la Constitución que la lleva de regreso a su origen más liberal, tanto al abrir el sector energético, como en el fortalecimiento de las capacidades institucionales para combatir las prácticas monopólicas.

Hay otra ruta que también hace más liberal la Constitución. El cambio en la interpretación de la Suprema Corte respecto al peso relativo de la parte liberal de la Constitución.

---

<sup>23</sup> Esta sección está basada en las páginas iniciales de un libro escrito con Luis Manuel Pérez de Acha, *Expropiación en México: jurisprudencia y nuevo régimen legal*, México, Ed. Dofiscal, 2011.

<sup>24</sup> Véase Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “¿Una nueva Constitución en el 2013? El capítulo económico”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 31, julio-diciembre, 2014, pp. 29-56.

La expropiación fue uno de los instrumentos centrales de los gobiernos posrevolucionarios. Fue piedra fundamental de la reforma agraria contra la cual incluso, por las reformas constitucionales impuestas por el gobierno de Lázaro Cárdenas en 1937, resultaba improcedente el juicio de amparo para evitar cualquier interpretación contraria a la misma. Algunos de los actos políticos más significativos del siglo XX fueron expropiaciones como la petrolera y la bancaria, así como las relacionadas con la reforma agraria. Para algunos pensadores, como Arnaldo Córdova, la nación mexicana se construyó expropiando. No se trata de un instrumento más del gobierno, sino de “EL” instrumento.<sup>25</sup>

Una de las razones que hacía muy poderoso un decreto expropiatorio es que durante varias décadas, el Pleno de la Suprema Corte sostuvo el criterio jurisprudencial en materia de expropiación, previsto en el artículo 27, segundo párrafo de la Constitución federal, de que era inaplicable la garantía de audiencia previa establecida en el artículo 14 constitucional. El Estado tomaba la propiedad y luego averiguaba. El lado estatista de la Constitución tenía prioridad sobre el liberal.

Esto cambió de forma dramática a principios de 2006 cuando el Pleno de la Suprema Corte emitió un nuevo criterio sustentado por mayoría de 8 de sus 11 ministros. En éste se determina que en toda expropiación practicada por cualquier nivel de gobierno —federación, entidades federativas o municipios— es obligatorio, para efectos del artículo 14, segundo párrafo de la Constitución, conferir a los propietarios de los bienes el derecho de audiencia previa. Éste permite a los potenciales afectados, con antelación a la emisión de los decretos expropiatorios, formular alegaciones fácticas y legales, así como aportar los elementos probatorios que procedan en aras de acreditar, en su caso, la improcedencia de la expropiación, de cuestionar la causa de utilidad pública aducida por el Estado, o de rebatir la posible infravaloración de los bienes a expropiarse.

Este cambio, tanto en su lógica política como jurídica, lo he analizado junto con Luis Manuel Pérez de Acha en el texto ya citado, pero lo relevante para fines de este artículo es señalar esa tensión entre el lado liberal de la Constitución, en este caso el artículo 14, donde se establece la llamada garantía de audiencia previa, y los objetivos del 27. La tensión entre estos dos artículos la resuelve la Suprema Corte de Justicia en función de sus valores y a partir de las presiones políticas que recibe.

Con esta nueva interpretación de la Constitución no hubiera sido posible la nacionalización del petróleo ni la bancaria. Ambas fueron decididas en secreto, única forma probablemente de hacerlo, dado el peso político de los afectados.

La Constitución es lo que los ministros definen que sea. No se modificó una coma en la Constitución y, sin embargo, ahora tiene un significado opuesto al que tuvo durante 70 años. El amparo en materia fiscal tuvo un destino distinto. Una vez que el gobierno aprendió a litigar, es mucho más raro que pierda amparos en la materia. En cualquier caso, un cuerpo no electo de manera popular puede darle un significado distinto a la capacidad de expropiar del Estado mexicano o de recaudar.

---

<sup>25</sup> Córdova, Arnaldo, “Nación y nacionalismo”, *Nexos*, núm. 83, México, 1984, pp. 27-33.

CARLOS ELIZONDO MAYER-SERRA

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Cumplimos 100 años de la promulgación de la Constitución de 1917, misma que durante décadas fue celebrada como una Constitución predominantemente estatista. Sin embargo, su estructura liberal ha estado siempre presente a través de la figura del juicio de amparo y de su oposición a los monopolios a través del artículo 28.

Como ha sido una Constitución tantas veces modificada, es difícil hablar de cuál es la “verdadera” Constitución. Sin embargo, si ésta fuera la originalmente aprobada, es mucho más liberal de lo que solemos recordar, más cercana a la lógica pro mercado que tiene ahora, tras las profundas reformas en materia económica derivadas del Pacto por México en la administración del presidente Peña Nieto.

Además, la Constitución sufrió una profunda reforma en materia de derechos humanos en el sexenio del presidente Calderón, la cual ha logrado ampliar aún más su veta liberal fundamental. El reto, como siempre en nuestro marco constitucional, es conciliar estos nuevos objetivos con las capacidades burocráticas reales para implementarlos y la disponibilidad de recursos fiscales para darle al individuo derechos de verdad, no un anhelo retórico.

